

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXIV
FASCICULO III



JULIO - SEPBRE.
MCMLXXI

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SEBASTIAN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

JAIME GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registros
y del Notariado

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

RODRIGO URIA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIVA
Profesor A. de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO: <i>La adopción</i>	685
GABRIEL GARCÍA CANTERO: <i>El nuevo régimen de la adopción</i>	789
RUBÉN DE MARINO: <i>La capacidad adopcial</i>	863
LUIS DÍEZ PICAZO: <i>La capacidad para adoptar y el estatuto religioso del matrimonio</i>	913
RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO: <i>Los efectos sucesorios de la adopción</i> .	929

Estudios de Derecho extranjero

JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ: <i>La reforma de la patria potestad en el Derecho francés</i>	971
--	-----

Vida Jurídica

Notas Críticas

Introducción al Derecho mercantil, por MANUEL BROSETA PONT	993
--	-----

Bibliografía

Libros	1013
--------	------

CARBONE, Vicente: *Il fatto danoso della responsabilitá civile*, por C. B.—CARVEVALI, Ugo: «*La donazione modale*», por C. B.—*Faculte internationale pour l'enseignement du Droit comparé*, por, R.—FERNANDEZ ALBOR, Agustín: *El agio arrendaticio en torno a las primas por arrendamiento de vivienda*, por R.—HERNANDEZ GIL, Antonio: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, por C. B.—HERNANDEZ, Juan: *La Resolución del contrato por obras*, por R.—MISEROCCHI, Luigi: *La verbalizzazione nelle società per azioni*, por R.—NAVARRETE, Jaime: *El reenvío en el Derecho internacional privado*, por C. B.—SALINAS QUIJADA, Francisco: *Derecho civil de Navarra*, por Amadeo de Fuenmayor.—SCHIZZEROTTO, Giani: *L'arbitrato rituale nella giurisprudenza*, por R.—SINISCALCO, Marco: *Irretroatività delle leggi in materia penale*, por R.

Revistas

A cargo de Rodrigo Bercovitz y Antonio M. Morales	1032
---	------

Jurisprudencia

Sentencias comentadas:

1. Obligaciones en moneda extranjera, responsabilidad contractual y devaluación, por Luis Díez Picazo	1047
2. El contenido de las servidumbres constituidas por signo aparente, por José Bonet Correa	1059
3. La vivienda del portero como objeto de interpretación del contrato de compraventa, por Ángel Lucini Casals	1070

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125-1958.

IMPOR TANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXIV
FASCICULO III

JULIO - SEPTIEMBRE

MCMLXXI



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados**



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid-15

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La adopción

MARIANO FERNANDEZ MARTIN GRANIZO
Fiscal

SUMARIO: *Examen crítico-sistemático de la reforma introducida por la Ley 7/1970, de 4 de junio: I. La adopción y el matrimonio en el Código civil: a) En orden a la licencia para contraer matrimonio; b) En orden a las prohibiciones para celebrar matrimonio. II. La adopción y el Derecho de Familia: a) En orden a la prestación de alimentos; b) La reforma de la adopción y el artículo 165 del Código civil; b') La adopción y el artículo 166 del Código civil; c) En orden a la ausencia; d) En orden a la tutela; d') la "patria potestad" y los artículos 176-II y 178-I del Código civil; e) La adopción y la dote. III. La adopción y el Derecho Sucesorio. IV. La adopción y el Derecho contractual; a) La adopción y la transacción. V. La adopción y la responsabilidad extracontractual.*

La reforma de la adopción bajo el prisma del Derecho positivo: I. La reforma desde el punto de vista de la sistemática jurídica. II. En orden a la caracterización jurídica de la adopción: a) La adopción en el Derecho de familia; b) La adopción bajo el punto de vista del acta que la origina. III. La Ley 7/1970 y la persona. Requisitos de carácter subjetivo para la adopción. Problemática de la adopción y del consentimiento: A) La "capacidad" en la adopción. Examen de otros requisitos personales: I) Adoptantes; requisitos generales. Adoptantes; requisitos personales especiales: a) Para la adopción plena; b) Para la adopción simple. II) Requisitos personales para ser adoptados: a) Disposiciones de carácter general; b) Disposiciones especiales: 1.^º Para la adopción plena; 2.^º Para la adopción simple. B) Las prohibiciones para adoptar: 1.^a Las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio; 2.^a El tutor; 3.^a Uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro. C) Problemática del "consentimiento" en la adopción: a) El "consentimiento" conyugal contemplado en los artículos 172 núm. 3.^º y 173, A) y B) del Código civil: 1. En orden a la naturaleza jurídica de estos consentimientos: a') El "consentimiento" de los artículos 172 núm. 3.^º y 173, A), otorgado por uno de los cónyuges al otro para que adopte; b') El "consentimiento" del artículo 173, B), otorgado por el cónyuge del adoptado.

b) El “consentimiento” para adoptar y ser adoptado, previsto en el artículo 173, A) y B). 2. Problemática del “asentimiento” y “consentimiento” de los artículos 172 núm. 3.^o y 173, A) y B) del Código civil: a) Excepciones al otorgamiento del “asentimiento”; b) *En orden al momento y lugar en que deberán prestarse estas manifestaciones del “consentimiento”*; c) En orden a los efectos de la ausencia del “asentimiento” o del “consentimiento”: 1. Trascendencia jurídica del “asentimiento”; 2. En orden a la eficacia del “consentimiento”. c) *El “asentimiento” de los padres naturales del adoptante o del tutor*: 1. Naturaleza jurídica y efectos. d) *Naturaleza jurídica de la “audiencia otorgada a las personas comprendidas en el artículo 178-IV del Código civil*: 1.^o Problemática del “..... ser oídos.....”. IV. *Irrevocabilidad y extinción de la adopción*: a) La revocación de la adopción; b) Extinción de la adopción: problemática de la nulidad. V. *Perfección de la institución y procedimiento para llevarla a cabo*: I) *Perfección de la adopción*; examen de sus requisitos: a) Previos; b) Simultáneos; c) Posteriores: el otorgamiento de la escritura pública. La inscripción de la escritura de adopción en el Registro del estado civil. II) *La adopción desde el punto de vista procedural*: a) El procedimiento para efectuar la adopción: A) Naturaleza jurídica del procedimiento regulado en el Código civil; B) El consentimiento en el procedimiento de adopción; C) Otros problemas procesales de la adopción. VI. *La adopción y el Derecho sucesorio*: A) Principios fundamentales de la sucesión adoptiva; B) Examen del artículo 179 del Código civil; C) Examen del artículo 180-III del Código civil; D) Desheredación y preterición.

La adopción, esa Institución que aparece casi aneclóticamente en el Código civil y que durante muchos años apenas mereció la atención de los juristas, ha sido revitalizada en los últimos tiempos por el legislador a través de las leyes de 24 de abril de 1958 primero, y de 7 de julio de 1970 después, que han acomodado la misma a las exigencias y necesidades de la actual realidad socio-jurídica.

Mas, si bien desde el punto de vista social e incluso de la “equitas” sólo alabanzas merecen ambas reformas, no acontece lo mismo en nuestro modo de ver con el aspecto jurídico, plano éste bajo el que creemos merecen ambas y concretamente la última, por ser la vigente, más reproches que loas.

Vamos pues, a dividir el presente trabajo como puede observarse a través del SUMARIO con que lo encabezamos, en dos partes que si bien de distinta inspiración jurídica se complementan a manera de círculos tangentes.

La primera de estas partes, va dirigida a realizar un examen de lo que sin duda con un gran optimismo nos atrevemos a calificar de estudio *crítico-sistemático* de la reforma que en la adopción introdujo la Ley 7/1970.

Hemos de advertir, no obstante, que el examen que vamos a hacer en esta primera parte, a fuer de crítico va a tener bastante de “para” o si se prefiere “extra-legal”, en cuanto irá dirigido fundamentalmente a manifestar nuestra crítica sobre la base de indicar

lo que en nuestro modo de ver debió hacer y no hizo el legislador de 1970 no sólo respecto de la adopción directa e inmediatamente, sino también sobre otras partes del Código civil.

A su vez, la segunda parte del trabajo, se limita al examen de los preceptos reguladores de la adopción a partir de la Ley de 1970, bien que contenga también apreciaciones críticas del articulado.

EXAMEN CRITICO-SISTEMATICO DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 7/1970, DE 4 DE JUNIO

I. La adopción y el matrimonio en el Código civil:

a) *En orden a la licencia para contraer matrimonio.*—En el párrafo segundo del artículo 47 del Código civil, existe una evidente falta de acomodación a la actual regulación de la adopción, en cuanto equiparada en orden a todos los efectos que no sean los sucesorios la plena y la simple, es inoperante la diferencia que se establece en el párrafo segundo inciso segundo de este precepto, que podría quedar redactado así: “*En su defecto, se solicitará del Consejo de Familia*” (1).

b) *En orden a las prohibiciones para contraer matrimonio.*—Entendemos, que el artículo 84 núm. 6.^º del Código civil no se acomoda a la actual regulación de la adopción, en cuanto a la frase “...*mientras subsista la adopción...*”, dado que ésta es irrevocable. Por otra parte, el hecho de que se anule, no lo estimamos causa de eliminación de este impedimento, que debería suprimirse.

II. La adopción y el Derecho de Familia

a) *En orden a la prestación de alimentos.*—Constituye un principio sancionado en el artículo 176-I, que la adopción produce la equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos “...*salvo preceptos expresados en sentido contrario.*” (2).

No existe, sin embargo, una tan precisa y terminante declaración respecto de los padres adoptantes en el citado artículo 176-II y III, que se limita a establecer que: “*La adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra...*”, y que: “*La adopción confiere al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad*”, mas sin delimitar la clase o categoría del vínculo filiacional.

(1) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 176-IV del Código civil.

(2) Tomado de la Exp. de M. de la Ley 7/1970.

Ello supuesto y poniendo en conexión este artículo con el 143, estimamos, que así como resulta evidente que los hijos adoptivos tienen su adecuado encaje en el número 2.^º de este precepto, la inclusión en el mismo de los padres adoptantes puede ser objeto de discusión, razón por la cual, somos de la opinión que dicho número del artículo 143 debió completarse con la inclusión de los padres adoptantes y los hijos y descendientes adoptivos (3).

Otro interesante tema que puede plantear la obligación alimenticia respecto de la adopción, es el relativo a la familia por naturaleza. En efecto, ¿vendrán los padres legítimos naturales obligados a prestar alimentos a los hijos dados en adopción? ¿Y éstos a aquéllos?

La cuestión, puede en principio parecer de fácil solución, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 167 núm. 3.^º en relación con los 177-III y IV y 178-IV del Código civil.

Mas las dificultades se presentan, si tenemos en cuenta que la obligación alimenticia es un derecho-deber; que es personalísimo; que es intransmisible y que pueden ser varios los obligados a prestarla (artículos 144 y 151 principalmente del Código civil).

Por ello y pese a lo prevenido principalmente en el artículo 178-IV, no nos atrevemos a aceptar que los hijos dados en adopción no puedan ser judicialmente obligados a satisfacer alimentos a sus padres legítimos o naturales, ni menos aún que éstos no tengan la misma obligación respecto de los hijos que dieron en adopción.

b) *La adopción y el artículo 165 del Código civil.*—¿Será de aplicación a los adoptados el párrafo primero de este precepto? ¿Y, que acontecerá respecto de la familia por naturaleza?

La primera interrogante, en nuestra opinión, debe ser contestada afirmativamente habida cuenta la terminante dicción del artículo 176-III que confiere al adoptante la patria potestad respecto del adoptando menor de edad.

No obstante, el tema presenta otras facetas que ofrecen ciertas dudas, tal acontece con el alcance de la frase “...el pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima...”.

En efecto, por virtud de la adopción, se crea o causa parentesco exclusivamente entre el adoptante y el adoptando y sus descendientes (art. 176-II), a la vez que se extingue la patria potestad de los padres por naturaleza (art. 167-3.^º).

(3) No es, sin embargo, tan fácil la fórmula como pueda en principio parecer, dado que así como el término *descendientes* del número 2.^º del artículo 143 puede aceptarse perfectamente, en cuanto la relación parental de la adopción surge entre el adoptante y el *adoptado* y sus *descendientes*, tratándose de ascendientes el parentesco comienza y termina en el adoptante, razón por la cual, mantener el término ascendientes respecto del adoptando no se ajusta a la realidad.

En vista de ello, nosotros nos inclinamos por una redacción como, por ejemplo, la siguiente: “*Los ascendientes y descendientes legítimos, así como los padres adoptantes y los hijos y descendientes adoptivos*”.

Ello sentado, nos encontramos, con que desde el punto de vista de la filiación adoptiva, no existe persona alguna a la que pueda corresponder la tutela legítima del adoptando menor, dado que las indicadas en el artículo 211 del Código civil, no tienen vínculo parental alguno con el adoptado y, por otra parte, la familia por naturaleza queda también excluida, no siendo tampoco de aplicación la frase "... y a falta de éste, a otro pariente...".

En consecuencia, entendemos, que si se presentase la situación contemplada en el citado artículo 165-I en los supuestos de adopción el nombramiento de defensor del adoptando sólo podrá recaer en un extraño, siempre que en él concurra la condición de "persona honrada" que emplea el artículo 176-IV, siendo preferidos los amigos de los adoptantes por aplicación analógica de este precepto (4).

En cuanto al segundo aspecto de la cuestión, o sea al de la familia por naturaleza, tendrá únicamente relevancia en aquellos casos en que después de operada la adopción y en consecuencia, extinguida la relación paterno-filial natural, pueda existir algún asunto en el que tengan intereses contrapuestos los padres por naturaleza y el adoptado. En tales supuestos, entendemos no será de aplicación el artículo 165-I en relación con el 176-III, correspondiendo la defensa de sus intereses al padre adoptante.

c) *La adopción y el artículo 166 del Código civil.*—Respecto de este precepto, lo que debió hacerse en la reforma de 1970, fue acomodarlo gramaticalmente a la nueva situación, sustituyendo la frase "menos plena" que en él se emplea por la de "simple".

d) *En orden a la ausencia.*—Nos permitimos llamar la atención sobre los siguientes aspectos de la ausencia en relación con la adopción:

1.º La situación que contemplan los artículos 181, 182 y 184 del Código civil, en lo relativo al defensor y representante del ausente y a las personas que vienen obligadas a promover la declaración de ausencia.

Estimamos que estos preceptos no se han acomodado ni a la situación creada por la modificación de 1958, ni menos aún a la actual, lo que debería llevarse a cabo.

En efecto, situémonos ante el artículo 181-I y supongamos que hayan muerto los padres adoptantes y el adoptando sea soltero. Únicamente podrá recaer el nombramiento de representante y defensor nato del mismo en la "persona solvente de buenos antecedentes" de que habla dicho párrafo, al quedar excluidos los parientes dentro del cuarto grado pertenecientes a la familia por naturaleza. En consecuencia, el ámbito de designación de estas personas para los supuestos de adoptados queda sensiblemente reducido.

(4) También podría ser una solución analógica designar para este cargo al padre por naturaleza e incluso a los propios hermanos por naturaleza mayores de edad, si bien parece acomodarse mejor a la idea de la nueva Ley la solución que proponemos en el texto.

Lo mismo acontece en el supuesto que contempla el artículo 182-I, dado que ante la situación indicada en el párrafo anterior únicamente el Ministerio Fiscal viene obligado a promover e instar la declaración de ausencia.

Y si acudimos con idéntico supuesto de hecho al artículo 184-I, nos encontramos con que la situación es aún peor, dado que la representación a que en el mismo se alude no puede corresponder al cónyuge, por ser soltero; a los hijos legítimos, por la misma razón; al ascendiente más próximo de menos edad, porque muertos los padres adoptantes el vínculo familiar queda extinguido en lo que a los ascendientes se refiere; y a los hermanos, porque si son hijos de los adoptantes, ningún parentesco tiene con ellos, y si son hermanos por naturaleza, han perdido la vinculación familiar como consecuencia de la adopción.

Estimamos, pues, evidente la necesidad de la acomodación que propugnábamos al comienzo del presente epígrafe.

2.º Mayores dificultades ofrece en nuestro modo de ver el artículo 186, en cuanto en él se contempla una situación de posesión y disfrute temporal del patrimonio del ausente, a la que son llamadas una serie de personas de las cuales alguna puede no existir en los supuestos de adopción, tal acontece con el cónyuge si el adoptado es soltero, y sobre todo con ese "ascendiente más próximo", por las razones que indicábamos en el epígrafe anterior.

Pero es que aún hay más, y es ello, que esos ascendientes de que habla el artículo 184 en su número tercero son, según la interpretación que de dicho número se hace, los ascendientes consanguíneos y como hemos indicado ya en otro lugar, no existe una clara y precisa equiparación de los padres adoptantes a los legítimos.

Por ello, y sin perjuicio de estimar que la única solución viable para estos casos es la de entender que la citada frase deberá extenderse en los supuestos de adopción a los padres adoptantes por analogía con lo dispuesto en el artículo 176-II, estimamos que debería pensarse en una acomodación de este precepto.

e) *En orden a la tutela.*—El mecanismo de la tutela entra en juego tratándose de la adopción a la muerte de los adoptantes, en cuanto por virtud de esta institución se extingue la patria potestad por naturaleza. Vamos pues a examinar aquí el tema de la tutela en relación con la actual regulación de la adopción.

Lo primero que hemos de tener en cuenta a este respecto es el artículo 176-IV del Código civil, que dice así:

La primera deducción que puede extraerse del párrafo transcrita es la de que en los supuestos de adopción no parecen tener cabida

"Extinguida 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."

más que dos clases de tutela: la testamentaria y la dativa quedando en todo caso eliminada la legítima.

Tutela testamentaria: Aunque parece evidente que la referencia a esta tutela la hace el párrafo transcrita con vista a los padres adoptantes, no puede olvidarse que los padres por naturaleza podrán nombrar tutor al hijo dado en adopción al amparo del artículo 207.

En estos casos y supuesto que haya más de un tutor, habida cuenta que la adopción produce la extinción de la patria potestad (5), parece evidente que los padres por naturaleza pasan a merecer en lo que a este concreto supuesto se refiere y aún cuando ello pueda a primera vista extrañar la calificación de "extraños" que emplea el artículo 209-2.^º, que estimamos de aplicación.

Mas, ¿qué acontecerá si nombrado tutor testamentario por el padre legítimo fallecieren los padres adoptantes nada más aprobada la adopción y sin haber designado tutor? ¿Podrá entrar en juego por analogía el artículo 209-1.^º, o será de aplicación lo dispuesto en el capítulo IV del título IX del libro I del Código civil?

Por que lo cierto es que si bien como hemos dicho la adopción extingue la patria potestad por naturaleza, no lo es menos que quien ejerció últimamente aquella fueron los padres legítimos.

Por otra parte, aun cuando es evidente que no nos hallamos exactamente ante el supuesto que contempla el citado artículo 209, no lo es menos que por analogía podría aplicarse, habida cuenta que siempre será preferible un tutor testamentario designado por los padres por naturaleza que el designado por el Consejo de Familia (6).

Tutela legítima: Decíamos al comenzar el examen de la tutela en la adopción que la nueva reglamentación de esta institución parece proscribir la tutela legítima dada la redacción del artículo 176-IV.

Ello, planteará indudablemente problemas, agravados por el carácter tan absoluto y terminante con que se encuentra redactado este párrafo, que impedirá pueda interpretarse con criterios de cierta amplitud (7).

En efecto, aceptamos la eliminación de la tutela legítima de los menores no emancipados, dado que el artículo 211 del Código civil no puede aplicarse a la adopción. Mas, ¿y en los casos de incapacidad mental, sordomudez, prodigalidad e interdicción? Procedamos al examen de estos supuestos:

(5) Por concreto y específico mandato de la Ley (art. 167-3.^º y 176-III del C. c.).

(6) Al menos, en todos aquellos casos que no haya habido abandono del hijo, o que la conducta de los padres por naturaleza no sea sospechosa de descuido hacia el hijo dado en adopción.

(7) La actual redacción de este párrafo no figuraba en el Proyecto remitido a las Cortes, tratándose de una enmienda introducida por la Ponencia designada para el estudio del Proyecto. Dicho párrafo no fue siquiera discutido en las Cortes, lo cual nos ha producido extrañeza, toda vez que en nuestro modo de ver, al eliminar la tutela legítima del ámbito de la adopción, se incide en una laguna legal, por las consideraciones que hacemos en el texto.

1.º *Tutela legítima de los locos y sordomudos.*—Se determina en el artículo 220, cuyo número 4.º es inaplicable a la adopción desde el momento que el parentesco adoptivo surge sólo entre adoptante y adoptando y sus descendientes.

Mas no acontece lo mismo con los tutores designados en los números 1.º a 3.º de dicho artículo, que pueden desempeñar perfectamente el cargo tanto en la familia como natural y adoptiva. Y a la vista de ello nos preguntamos hasta qué punto puede el párrafo IV del artículo 176 derogar el artículo 220. Porque cierto es que el tutor testamentario tiene preferencia sobre el legítimo; pero, ¿y si aquél no ha sido designado por el padre por naturaleza y sí por alguna de las personas designadas en los números 2.º y 3.º del artículo 209?, ¿va a tener preferencia el dativo sobre el legítimo, máxime si éste es el cónyuge, o incluso el propio padre adoptante? Creemos que no. Sin embargo, como indicábamos al comienzo de este epígrafe, parece que el artículo 176-IV no autoriza otra cosa.

Somos pues de la opinión que en una ulterior reforma de la adopción debería retocarse este precepto, autorizando la tutela legítima de los locos y sordomudos, siempre que la designación del tutor hecha por la Ley no implique alteración de los principios esenciales de la adopción (8).

2.º *Tutela de los pródigos.*—Se plantea análogo problema al de los locos y sordomudos, dado que de las personas que designa el artículo 227, como posibles tutores legítimos del pródigo, es evidente no pueden serlo en la adopción los abuelos. Cabe, sin embargo, que lo sea el mayor de los hijos varones emancipados del adoptando. En cuanto al padre y, en su caso, la madre, deberá entenderse que son los adoptivos (8 bis).

Proponemos, por tanto, análoga solución que para el supuesto anterior.

3.º *Tutela de los que sufren interdicción.*—Dada la redacción del artículo 230 damos por reproducido lo indicado respecto de los locos, sordomudos y pródigos.

Tutela dativa.—No nos sugiere otro comentario que el relativo a la elección de la persona del tutor.

Nada dicen los artículos 176 y 231 en orden al tema. La doctrina científica suele inclinarse a elegir tutor entre los parientes por naturaleza del menor que estén dentro del sexto grado, tratándose, claro está, de la tutela de los hijos legítimos o naturales reconocidos.

Por lo que a la adopción se refiere podrían aplicarse por analogía las normas contenidas en el artículo 211 del Código civil, bien

(8) Como ocurriría, por ejemplo, si fueran designadas tutores las personas indicadas en el artículo 211 del C. c., al haber quedado por consecuencia de la adopción fuera del ámbito parental del adoptando.

(8 bis) Razón por la cual creemos debería completarse dicho artículo 227, núm. 1.º, en una ulterior reforma, con la frase "..., *incluso adoptivos*" u otra parecida.

que sustituyendo las personas que en él se relacionan por sus equivalentes en la familia adoptiva, sin olvidar al padre o madre por naturaleza, quien mejor que nadie, en nuestra opinión, podrían desempeñar tal cargo (9).

Consejo de Familia.—De conformidad con lo dispuesto en el artículo 176-IV y al igual que acontece con la tutela, solamente puede ser testamentario y dativo.

Para el caso de los locos, sordomudos pródigos e interdictados, creemos se plantean los mismos problemas que hemos indicado respecto de la tutela legítima, en cuanto no podemos comprender se haya eliminado a los descendientes del incapaz adoptado que son específicamente mencionados en el artículo 294-I y de los que prescinde el 176-IV.

En cuanto a las personas que deben integrar el Consejo de Familia dativo, el último inciso del artículo 176-IV está tomado del 194-II, inciso último, sustituyendo la frase "...amigos de los padres...", por la de "...amigos de los adoptantes...".

d) *La patria potestad y los artículos 176-II y 178-I del Código civil.*—Consideramos digna de crítica la redacción de ambos párrafos. La razón en que nos apoyamos es la siguiente:

Supuesto que en un matrimonio uno de los cónyuges haya tenido un hijo natural reconocido, y éste sea adoptado plenamente por el otro, nos hallaríamos ante la extraña situación de que dicho hijo tendría más derechos legitimarios respecto del padre o madre adoptante que del natural.

Estimamos, a los efectos de una ulterior modificación de la adopción, que, tratándose de hijos naturales de uno de los cónyuges, su adopción no podrá efectuarse solamente por el otro, debiendo de efectuarse conjuntamente al objeto de igualar los derechos del adoptado respecto de ambos cónyuges.

e) *La adopción y la dote.*—¿Será de aplicación el artículo 1.340 del Código civil a la adoptada que contraiga matrimonio?

Del espíritu de la Ley 7/1970 (10) y del artículo 176-II del Código civil extraemos una solución afirmativa, habida cuenta que dicho precepto establece la equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos.

También lo será el artículo 1.341, si bien el párrafo segundo sólo podrá aplicarse en parte, dado que no pueden intervenir esos "...parientes más próximos", por tratarse de parientes por naturaleza.

(9) Ello, claro es, siempre que el sujeto a tutela no hubiere sido abandonado y se acredite el buen comportamiento de los padres por naturaleza.

(10) Reflejado en su Exp. de M. cuando dice: "La Ley, al enunciar como norma general la equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos, salvo preceptos expresados en sentido distinto —los cuales, principalmente, han quedado circunscritos a algunos aspectos del régimen sucesorio—...".

III. La adopción y el Derecho Sucesorio.

Trataremos del tema con referencia a los artículos 179 y 180 del Código civil en el apartado VI del presente trabajo. Nos vamos a limitar, por tanto, aquí a realizar un breve comentario crítico de la Ley 7/1970 en materia de derecho sucesorio y en relación con ciertos preceptos del Código civil no tocados por ella.

Entre ellos podemos citar, en primer lugar el artículo 807, que determina quiénes son herederos forzosos. ¿Por qué no haber incluido en su número 1.^º a los adoptados plenamente y en el número 3.^º a los que hubieren sido objeto de adopción simple?

Pero no sólo no se ha tocado este precepto, sino que además se redactó el artículo 179-I en forma tal, que con sus "particularidades" y como tendremos ocasión de contemplar al estudiar el tema de la sucesión en la adopción, se han creado problemas de dificilísima por no decir imposible solución.

Somos, por tanto, de la opinión que el legislador de 1970 debió limitarse en el artículo 179-I a reforzar la equiparación del hijo adoptado plenamente al legítimo, sin "particularidad" alguna, redactando dicho párrafo en la siguiente forma:

"El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los legítimos."

Con ello, a la vez que se hubieren evitado los problemas que más adelante examinaremos, se habría completado el camino tan magníficamente iniciado y desgraciadamente no concluido por la Ley 7/1970, de equiparar la familia adoptiva a la por naturaleza.

Por otra parte y supuesto que se deseara mantener en el aspecto sucesorio la distinción entre los adoptados plena y simplemente —de lo que somos partidarios—, con la redacción del artículo 179-I que proponemos y conservando la actual del artículo 180-III, sería suficiente en una ulterior reforma agregar al artículo 807, números 1.^º y 3.^º, las frases "...así como los adoptados plenamente...", y "...los adoptados simplemente...", para que sus derechos sucesorios quedaran debidamente perfilados, desapareciendo la mayoría de los graves problemas que hoy plantea su sucesión.

Otro tanto acontece con el artículo 808, en cuyo párrafo primero bien se pudo agregar a la frase: "*Constituyen la legítima de los hijos y los descendientes legítimos*", la de "**y de los adoptados plenamente...**", con lo que se conseguiría acompañar los específicos preceptos de la adopción a los no menos específicos de la sucesión.

En cuanto al artículo 925-I, habría sido muy conveniente, creemos, que se hubiera agregado: en el párrafo primero, a continuación de "...la línea descendente..." la frase "...incluso adoptiva" y en el párrafo segundo, como aclaración "...y nunca si con adoptivos"; lo mismo que en el artículo 927, en el que se podría también haber indicado "**Se excluye a los hijos adoptivos**".

IV. La adopción y el Derecho contractual.

Dentro de esta materia tres son los temas que vamos a contemplar aquí: el de la transacción, el de los arrendamientos rústicos y el de los urbanos.

a) *La adopción y la transacción.*—La razón de ser de este epígrafe no es otra que el párrafo segundo del artículo 1.810 del Código civil, que consideramos perfectamente aplicable a los hijos adoptivos al amparo de lo dispuesto en el artículo 176-I y III del referido Cuerpo legal.

b) *La adopción y los arrendamientos rústicos.*—Son varias las cuestiones que esta materia puede plantear en relación con la adopción, tal acontece, con el artículo 16-10 del Reglamento para la aplicación de la legislación sobre arrendamientos rústicos.

En nuestro modo de ver, y pese a la ausencia de una expresa declaración en el artículo 807 del Código civil, estimamos comprendidos en la frase “herederos forzados” que se emplea en dicho precepto y apartado a los hijos adoptivos, tanto si la adopción es plena como simple.

Lo mismo decimos del artículo 46-3, referente a la invalidez total y permanente del aparcero, por entender que los hijos adoptivos pueden perfectamente considerarse incluidos dentro del término “familiares del aparcero”. Y de los artículos 88-2.^º y 3.^º-5, relativo a los arrendamientos protegidos, cuando habla de “los hijos” del arrendador.

Otra cosa acontece, sin embargo, con el artículo 18, comprendido en el capítulo IV de dicho Reglamento y relativo a los derechos y obligaciones de arrendador y arrendatario. Dicho precepto, que viene referido a la extinción del arrendamiento, exceptúa de la misma el supuesto de “...que los herederos sean el cónyuge, parientes en cualquier grado de la línea directa y hasta el segundo grado de la colateral...”.

Se comprende pues aquí, en la línea parental, única y exclusivamente, el parentesco por vínculo de sangre, quedando en consecuencia excluido el parentesco adoptivo. Estimamos, por ello, implica una contradicción al espíritu de la Ley 7/1970, que equipara la filiación legítima a la natural, razón por la cual somos de la opinión que debería acomodarse este precepto a la nueva reglamentación de la adopción.

c) *La adopción y los arrendamientos urbanos.*—Dos son los preceptos que vamos a contemplar: el artículo 58-1 y el 62-1.^º de la L. A. U.

Por lo que al primero respecta únicamente hemos de hacer una indicación; la frase “...antes de cumplir los dieciocho años...”, relativa a los hijos adoptivos, no la consideramos conforme con la situación de la adopción después de su reforma por la Ley 7/1970, que autoriza la misma en cualquier edad.

En cuanto al artículo 62-1.^º, el problema que plantea es el de si podrá aplicarse dicha excepción a la prórroga legal, cuando los que vayan a ocupar la vivienda sean descendientes legítimos o naturales del arrendador.

Y decimos esto, por que si bien es cierto que la vigente regulación de la adopción equipara los hijos legítimos a los adoptivos, no es menos cierto que mientras en el antes citado artículo 58-1 se alude expresamente a los adoptivos, en el 62-1.^º no acontece lo mismo, constituyendo un principio general en orden a estas excepciones, el de que deben interpretarse restrictivamente.

Nos inclinamos, no obstante, hacia la posición equiparatoria en lo que a esta prórroga se refiere, mas estimamos debería acomodarse este número a la actual reglamentación de la adopción.

V. La adopción y la responsabilidad extracontractual.

Por las mismas consideraciones que hemos venido indicando en los precedentes epígrafes, consideramos de aplicación a los padres adoptantes, tanto en la adopción plena como simple, el artículo 1.903-II del Código civil.

LA REFORMA DE LA ADOPCION BAJO EL PRISMA DEL DERECHO POSITIVO

I. La reforma desde el punto de vista de la sistemática jurídica.

No somos partidarios, en general, de las reformas parciales del articulado de nuestro Código civil, que, pese a las muchas y en su mayor parte infundadas críticas de que ha sido objeto, sigue siendo el Cuerpo legal más perfecto y de mayor categoría jurídica con que actualmente contamos.

Nos inclinamos, más bien, hacia las leyes especiales (11), fundando esta posición en las siguientes consideraciones:

(11) Ejemplo de ello lo tenemos, entre otras, en la Ley Danesa de 25 mayo 1956; en la Adoption Act inglesa de 18 diciembre 1958; en la Ley 13.252/1948, de 15 de septiembre, de la Argentina, etc.

Cierto es, sin embargo, que son todavía mayoría los países que regulan la adopción en sus Códigos civiles, bien que a través de diversas reformas, como acontece en España; mas no debemos olvidar que va en aumento el número de países que siguen el criterio de regular todo lo relativo al Derecho de familia y consiguientemente la Adopción, en Códigos especiales, tal acontece con Polonia, Alemania del Este, Checoslovaquia, etc., e incluso les hay que tienen en proyecto Códigos de este tipo, como Bolivia, país en el que está en vías de Anteproyecto un Código de esta clase (vide, sobre él A. D. C. Fas-cículo II, 1968, págs. 449 y ss.). Esta solución del Código de familia tampoco la deshechamos, con vistas a una futura reforma de la adopción y otros aspectos de este particular derecho familiar.

a) Ser menos difícil su modificación. Por otra parte, debe tenerse en cuenta a estos efectos:

- Que en fecha no muy lejana, concretamente en 24 de abril de 1958, se modificó, en lo que a la adopción se refiere, el Código civil.
- Que, evidentemente, la actual modificación no será la definitiva, lo que implicará, en un futuro más o menos próximo, otras.
- Que la Ley especial que propugnamos podría ser considerada como preparatoria de una Codificación civil general, cada vez más necesaria, bien que de peligrosa realización.

Por tanto, dicha Ley especial jugaría un papel muy semejante al que desempeñan en la actualidad las Compilaciones forales, camino mediato para un futuro Código civil único.

- La existencia de precedentes de esta clase en nuestra patria, tal acontece con la Ley de 17 de octubre de 1941 sobre adopción de acogidos en Casas de Expósitos y, anteriormente, con el Decreto de 10 de abril de 1937, aún vigente.

Igualmente cabe citar a este respecto el llamado prohijamiento, regulado por las leyes de Beneficencia de 23 de enero de 1822, restablecida en 1836 y la de 20 de junio de 1849, así como un Reglamento de 14 de mayo de 1852.

- Por otra parte, la regulación de la adopción, por Ley especial, permitiría una mayor flexibilidad al no tener el legislador que actuar sometido al límite de los nueve artículos que la misma tiene dedicados en el Código civil, a menos de acudir al engorroso y criticado sistema de los artículos bis.
- Se evitarían ciertos problemas de colisión y encaje con otros preceptos del Código civil (12).

II. En orden a la caracterización jurídica de la adopción.

La adopción es una forma, figura o institución del Derecho de Familia, cuya naturaleza jurídica puede enfocarse o contemplarse al menos bajo estos dos puntos de vista:

- el de la adopción propiamente dicha; y
- el de la adopción bajo el prisma del acto adoptivo.

a) *La adopción en el Derecho de Familia.*—Considerada bajo este punto de vista, es evidente que la adopción crea actualmente vínculos semejantes a los que derivan de la paternidad y filiación legítima, o, cuando menos, natural reconocida.

Se ha discutido, no obstante, por algunos sectores de nuestra doctrina científica (13) si la adopción crea un estado o situación de

(12) A ellos, precisamente, aludiremos en este trabajo.

(13) Concretamente, el tema fue objeto de estudio y debate en el ciclo que sobre la adopción organizó la Cátedra de Derecho civil de la Fac. de

mera filiación o de familia, cuestión interesante, ya que de la solución que se la dé pueden depender a su vez las que hayan de adoptarse al tratar de otros temas relativos a la adopción.

Así, centrado el tema a tratar bajo este epígrafe, hemos de indicar que en nuestra opinión *la adopción crea un estado o situación de "mera filiación"*, nunca de familia, posición que apoyamos:

1. En la más generalizada posición de nuestra doctrina científica, que así lo ha venido estimando (14).

2. En la propia Ley 7/1970, que, al regular la adopción, se está refiriendo siempre a ella como institución creadora de relaciones entre adoptantes y adoptados, excluyendo las parentales, tanto en sentido amplio como restringido (15).

b) *La adopción bajo el punto de vista del acto que la origina.*—Este tema, es motivo de opiniones diversas bien que no antagónicas ni contrapuestas, pudiendo afirmarse que en general, todos cuantos sobre la cuestión se han pronunciado parten de un muy parecido punto, razón por la cual debe hablarse más bien de diferencia de matices (16).

De todas cuantas posiciones se adoptan en orden al tema, nos inclinamos hacia aquella que considera el acto constitutivo de la

Derecho de Valladolid en curso 1970/71, bajo la dirección del Catedrático don Ignacio Serrano.

(14) Por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS, "Derecho...", 8.^a edic., T. V, páginas 191 y ss.; LACRUZ VERDEJO y SANCHO REBULLIDA, "Derecho de Familia", Barcelona, 1966, págs. 419 y ss.; PUIG PEÑA, "Tratado...", T. II, Vol. II, páginas 126-127; PUIG BRUTAU, "Fundamentos...", T. IV, Vol. II, pág. 273, principalmente; PERÉ RALUY, "Derecho del Registro Civil", T. I, Madrid, 1962, páginas 480 y ss. Por otra parte, éste es el criterio que ha prevalecido en el ya citado Curso que sobre la adopción se ha seguido en la Fac. de Derecho de Valladolid, habiendo sido tratado este tema en el curso de la Conferencia pronunciada por el profesor Rodríguez Carretero el 10 marzo 1971.

(15) Ejemplo de ello lo tenemos en el artículo 176-I del C. c., que atribuye al hijo adoptivo los mismos derechos y obligaciones que al legítimo. Pero acaso se ponga de relieve más claramente en el párrafo segundo de este precepto, que sanciona como principio general el hecho de que la adopción, "... *causa parentesco entre adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes de otra...*", parentesco éste que constituye clara evidencia de la existencia de un "estado de mera filiación", mas no "de familia".

(16) De interés sobre el tema, es el trabajo publicado por CASTRO LUCINI en R. C. D. I., núm. 482/1971, sobre "La nueva regulación legislativa de la adopción", págs. 41 y ss., donde estudia las diversas posiciones seguidas por la doctrina científica en orden a la cuestión que aquí contemplamos.

Dichas posiciones o teorías las sistematiza así: a') La adopción como contrato; b') La adopción como acto jurídico; c') La adopción como acto complejo; d') La adopción como institución; e) La adopción como negocio jurídico familiar.

También interesante es el trabajo publicado por DE LA VALLINA DÍEZ sobre "Naturaleza jurídica y acto constitutivo de la adopción", en R. D. Priv., 1969, págs. 437 y ss.

Como indicábamos en el texto, las diferencias entre unas y otras teorías no suelen ser esenciales, ya que, por otra parte, las posiciones de los autores no siempre son de una precisión absoluta, entremezclándose.

adopción como un “negocio jurídico familiar” (17), por estimar es la figura con que tiene mayores afinidades.

Por último y para precisar más esta calificación, hemos de indicar, que en nuestro modo de ver y por razones que expondremos en el epígrafe V de este trabajo, se trata de *un negocio formal*.

III. La Ley 7/1970 y la persona.—Requisitos de carácter subjetivo para la adopción.—Problemática de la capacidad y del consentimiento.

Tres son los temas que vamos a contemplar aquí, juntamente con sus implicaciones:

A) El relativo a la “capacidad” y demás requisitos personales para la validez de la adopción.

B) El de las “prohibiciones” para adoptar; y

C) El referente al “consentimiento” en la adopción.

A) La “capacidad” en la adopción.—Examen de otros requisitos personales.

La Ley 7/1970, contempla el tema de los requisitos personales y la “capacidad” en relación con el adoptante o adoptantes, como con los adoptados, criterio que vamos a seguir aquí si bien invitando un poco el orden señalado, en cuanto comenzaremos con los “requisitos personales” para proceder después al estudio de lo relativo a la “capacidad”.

(17) En este sentido, se manifiestan concretamente LACRUZ VERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ob. cit., págs. 418 y 429 SERRANO SERRANO (I), “Consentimiento para la adopción”, Rv. Obra Protección Menores, Min. Just., número 120, 1968, págs. 149-150; LÓPEZ ALARCÓN, “La adopción y el Registro civil”, Rv. Pretor, 1956, pág. 8; DE LA VALLINA, ob. cit., págs. 444 y 453; CASTRO LUCINI, “La nueva regulación...”, cit., págs. 66 y ss.; CHICO ORTIZ, ob. cit., pág. 1430.

Muy interesante en orden a este tema es la posición de DE CASTRO, en “El negocio jurídico”, donde al contemplar los negocios jurídicos formales incluye entre ellos la adopción (págs. 279-280); así como la de HERNÁNDEZ GIL, en sus “Dictámenes”, I, pág. 17, donde alude a esta institución considerándola “... como un acto o negocio jurídico eminentemente formal”.

Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS, si bien en ob. cit., págs. 191, emplea el término *acto* con referencia a la adopción, es lo cierto que la atribuye la condición de negocio jurídico al tratar de la clase de los mismos en el epígrafe relativo a los negocios jurídicos formales (ob. cit., T. I., Vol. II, 9.^a edic., páginas 508-4).

La Exp. de M. de la Ley, sin embargo, nos habla de “acto”, calificación que no estimamos muy acertada jurídicamente hablando, en cuanto si bien emplea el concepto *acto*, parece dibujar en realidad un negocio jurídico.

I. Adoptantes; requisitos generales

Vienen éstos recogidos en el artículo 172 del Código civil, primero de los que regulan la adopción y por tanto de la Sección Primera de este Capítulo V que lleva como epígrafe “*Disposiciones generales*”.

De acuerdo con dicho precepto, se requieren en el adoptante los siguientes requisitos o condiciones generales para poder adoptar:

1.º Hallarse en el ejercicio de todos sus derechos civiles.

2.º Tener 30 años cumplidos. Si adoptaren marido y mujer, será suficiente con que uno de ellos tenga dicha edad.

3.º Tener 16 años más que el adoptando. Respecto de los cónyuges, es de aplicación para el caso de adopción conjunta lo indicado en el número anterior.

Procederemos al estudio de cada uno de estos requisitos subjetivos generales y de su problemática.

1.º *En orden a la capacidad*.—Respecto de este requisito, no podemos por menos que comenzar criticando la no muy afortunada frase “...en el ejercicio de todos sus derechos civiles...”, todavía menos feliz que la de “...que se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles...”, que figuraba en el artículo 173 de la redacción primitiva y de la reforma de 1958, por estimarla tan ambigua y consiguientemente confusa que no dudamos afirmar debería ser totalmente eliminada o al menos esencialmente modificada en una ulterior reforma, en cuanto tal como actualmente se encuentra redactada dicha frase sólo puede ser fuente de discusiones y problemas tanto de orden doctrinal como práctico.

En efecto, ¿que alcance ha querido darse a la frase “derechos civiles”? Porque, es evidente, que ya el concepto “civil” es lo suficientemente equívoco como para procurar no unirlo al término “derechos”, aumentando así las dificultades. Y buena prueba de ello, la tenemos, en el hecho de que la expresión “derechos civiles” podría entenderse al menos en los siguientes sentidos:

a) Como derechos que corresponden al individuo, en cuanto miembro de una Comunidad social (Estado, por ejemplo).

b) Como sinónima de derechos privados, frente a los llamados públicos.

c) Como equivalente a “capacidad de obrar”.

Pese a ello, es lo cierto, que este párrafo del artículo 172 apenas mereció atención durante la discusión del citado precepto en las Cortes, sin duda por ofrecer cierta similitud con la redacción primitiva y la de la Ley de 1958 (18), pareciendo no obstante deducirse

(18) La discusión de este precepto, tuvo lugar el 9 de junio de 1970 y todas las intervenciones, salvo la del profesor BATILLE, fueron dirigidas a discutir el tema de la edad, al parecer de mayor trascendencia.

Por lo que a dicho profesor respecta, dijo: “Es una cuestión de precisión gramatical, en la que seré breve y me remito al criterio de la Ponencia”.

de lo alegado en la discusión de dicho artículo, que la frase “...ejercicio de los derechos civiles...”, debe entenderse en el sentido de “capacidad”, que a su vez, lo es “de ejercicio”, lo que parece conducir a la conclusión de ser para la Comisión redactora de la Ley 7/1970 sinónima de “capacidad de obrar” (19), tesis esta con la que en principio al menos estamos conformes.

Mas resuelta esta primera cuestión, surge otra; la relativa al alcance que deba darse a la palabra “...todos...” que también emplea el legislador de 1970, por vez primera, con referencia a esos “derechos civiles...”.

Porque si la frase “ejercicio de... los derechos civiles...” es sinónima de “capacidad de obrar”, la palabra “todos” no parece pueda tener otro alcance que “poner esa «capacidad» en relación y dependencia con todos los estados civiles de la persona” (20).

Mas esta interpretación de la frase que estamos contemplando, que no es por otra parte la que resulta de la más generalizada posición de nuestra doctrina científica y de la idea que imperaba en la Comisión legislativa que redactó la Ley 7/1970, puede llevar a consecuencias difíciles de aceptar.

En efecto, de acuerdo con la letra de la Ley y la interpretación que hemos expuesto, quien no se encuentre en el pleno ejercicio de *todos sus derechos civiles*, no puede adoptar.

Ello, produce como consecuencia, que en principio al menos no puedan adoptar:

1.º *Los menores de 21 años*, al ser esta la edad que marca el comienzo de la “capacidad de obrar” plena.

“La cuestión gramatical es ésta: la adopción requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles. *Es el ejercicio potencial, naturalmente. Luego entonces lo que se require es que tenga la plena capacidad y que tenga treinta años cumplidos.*” (B. O. Cortes, Apéndice núm. 61/1970, página 9). Estas frases fueron contestadas por uno de los miembros de la Comisión, el señor GÓMEZ DE ARANDA, quien dijo: “Las apreciaciones gramaticales del señor Batlle Vázquez, que nos recordaba en este momento, eran “capacidad o ejercicio”, palabras sinónimas, y no obstante ser el señor Batlle Vázquez un maestro, creo que en principio podemos mantener la redacción”. (Mismo B. y apéndice, pág. 10).

(19) O sea, como dice el profesor DE CASTRO, “la capacidad normal propia de la condición de miembro activo de la comunidad”. (Derecho civil..., T. II, Parte primera, pág. 53).

Esta tesis de la Comisión es, por otra parte, la más generalizada en nuestra doctrina, siguiéndola entre otros para la redacción anterior, GAMBÓN ALIX, “La adopción”, Barcelona, 1960, pág. 98; CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., T. V, Vol. II, 8.ª edic., 1966, pág. 225; LACRUZ VERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 426; PUIG BRUTAU, ob. T. y Vol. cits., pág. 283.

Para el momento actual, CHICO ORTIZ, “La adopción...”, cit., pág. 1412.

Por su parte, la Exp. de M. de la Ley, nada aclara en orden a este extremo, limitándose sin más a aludir a la capacidad para adoptar.

(20) Lo entrecomillado está tomado de la cit. ob. de DE CASTRO, T. II página 49.

2.^º *Los prodigos*, pese a que pueden contraer matrimonio, reconocer hijos naturales, legitimarlos, etc., y en general realizar toda clase de actos que no tengan una proyección económica u patrimonial, e incluso éstos en la medida que les autorice o permita la sentencia que declare la prodigalidad.

3.^º *Los ciegos*, en cuanto no pueden hacer testamento cerrado (art. 708 C. c.) y respecto del abierto necesitan la doble lectura (art. 698 C. c.), no pudiendo ser testigos de los testamentos (artículo 681, núm. 3.^º, C. c.), ni en las escrituras (art. 182 Rgt.^º Notarial), ni, en general, en aquéllas cosas cuyo conocimiento dependa de la vista (art. 1.246-2.^º, C. c.).

4.^º *Los sordos, mudos y sordomudos con instrucción*, por venir limitada su capacidad tanto en orden a la forma de otorgar testamento (arts. 697 y 709 C. c.), como a la imposibilidad de ser testigos tanto en los actos "inter-vivos" (art. 1.246-2.^º C. c.), como "mortis causa" (art. 681, núm. 3.^º, C. c.).

5.^º *Los sordomudos que hayan sido declarados incapaces*, con mayor motivo aún que los indicados en el apartado anterior, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 32 en relación con los 213 y 218-II del Código civil.

6.^º *Los locos, dementes, oligofrénicos, etc.*, por aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 32 en relación con los 213 y ss. del Código civil, una vez que haya sido declarada su incapacidad y aun cuando ésta venga limitada al aspecto estrictamente patrimonial.

7.^º *Los impotentes*, en cuanto no pueden celebrar matrimonio (art. 83, núm. 3.^º, C. c.).

8.^º *Los quebrados y concursados*, mientras no hayan sido rehabilitados de conformidad con lo dispuesto en los artículos 237 número 6.^º y 1.914 del Código civil, que los inhabilita para ser tutores y protutores, así como para la administración de sus bienes y los artículos 13, núm. 2.^º y 878 del Código de comercio, que inhabilita al quebrado para el ejercicio del comercio y la administración de sus bienes.

9.^º *Los extranjeros* que no residan en territorio español, en cuanto tienen las siguientes limitaciones de capacidad: No poder ser testigos de los testamentos si no entienden el idioma del testador (art. 681-4.^º, C. c.), ni de los actos "inter vivos" si no se encuentran domiciliados en España y hablan el idioma español (art. 181 Rgt.^º Notarial), no poder ser tutores ni vocales del Consejo de familia (arts. 237, núm. 13 y 298 del C. c.).

Por otra parte, depende de los tratados de reciprocidad el que puedan aplicárseles ciertas normas procesales, como por ejemplo, la caución de arraigo en juicio (arts. 281 de la Ley de Enj. civil y 534 de la de Enj. crim.); e incluso civiles, tal acontece con la legislación de Arrendamientos urbanos (art. 7, Ley 22-XII-1955 y 11-VI-1964).

10. *Aquellos a quienes se hubiere impuesto la prohibición de disponer* de ciertos bienes recibidos por título “inter vivos” o “mortis causa”, al menos mientras subsista la prohibición.

11. *Los que sufren interdicción*, cuando sea firme la sentencia en que se imponga dicha pena y en tanto no se cumpliera, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 en relación con los 228 a 230 del Código civil.

12. *Los que hubieren sido privados de la patria potestad*, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 169 y 171 del Código civil.

Por otra parte, y llevando a sus últimos extremos la interpretación de la frase que estamos comentando en conexión con la tesis propuesta por BATILLE y aceptada por la Comisión encargada de la redacción de la vigente Ley de Adopción, de que equivale a “capacidad de obrar”, llegaríamos a la consecuencia de que como dicha “capacidad” no es un concepto exclusivamente civilístico, o si se prefiere privatista, tampoco se encontrarían en el “...ejercicio de todos sus derechos civiles...”, ni consiguientemente podrían adoptar:

a) *Los no avecindados o residentes* en un determinado lugar, en cuanto no tienen, por ejemplo, el derecho al voto (21).

La idea que en orden a la “capacidad” para adoptar acabamos de exponer, fundada como hemos visto en una interpretación literal del artículo 172-III del Código civil, contrasta sin embargo con la que se contiene en la Exposición de motivos de la Ley 7/1970 cuando dice que:

“Al ocuparse de la capacidad para adoptar, la Ley refleja el propósito de facilitar el acceso a la institución...”

Manifiesta y reprochable paradoja la que plantea el legislador de 1970, que mientras en la Exposición de motivos —evidente muestra de interpretación legal— sienta la idea de facilitar el acceso a la adopción mejorando las condiciones de capacidad de los adoptantes respecto de la legislación anterior, es lo cierto que la letra de la Ley las restringe, haciéndola en realidad más difícil.

Y a la vista de esta contradicción, cabe preguntar qué criterio deberá seguirse; ¿el restrictivo, el amplio, o el que pudiéramos llamar ecléctico?

Nos decidimos, en principio al menos por este último, intentando el siguiente ensayo de clasificación y enumeración de “incapacidades”.

I. Incapacidades que consideramos evidentes e insoslayables para la adopción.

Incluimos en este apartado, a los comprendidos en las causas generales de “incapacidad”, también llamadas “restricciones de la personalidad” por nuestro Código civil (arts. 32 y 213 a 230).

(21) Pese a que una cosa sea el domicilio civil y otra la vecindad administrativa.

En consecuencia, creemos están evidente e insoslayablemente incapacitados para adoptar (22), las siguientes personas:

1.º *Los menores de 21 años*, al ser ésta la edad que marca el comienzo de la “capacidad de obrar” plena.

La cuestión no es, sin embargo, tan clara como pueda acaso a primera vista parecer, toda vez que si bien el artículo 172-III establece claramente que el adoptante habrá de tener 30 años cumplidos, lo que sitúa el límite de edad muy por encima de la normal mayoría, no podemos olvidar:

a) Que es el propio Código civil quien en ese mismo artículo y párrafo nos dice, que cuando la adopción se lleva a cabo por marido y mujer conjuntamente “...basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad”;

b) Que según el párrafo cuarto de ese mismo precepto, los propios hijos naturales reconocidos “podrán ser adoptados aunque no concurran los requisitos de edad mencionados en el párrafo anterior”.

A la vista de esto y supuesto que como regla general los menores de 21 años no pueden adoptar (23), vamos a inquirir si en las dos hipótesis indicadas podrá realizarse o no la adopción:

a) *Supuesto que uno de los cónyuges adoptantes sea menor de edad.*—Nos inclinamos por la negativa, tanto respecto de la adopción plena como simple.

Nos fundamos, para ello, en que el artículo 172-III del Código civil establece como requisito esencial e ineludible que el adoptante se halle “...en el pleno ejercicio de todos los derechos civiles”, y es evidente, que la minoría de edad supone una clara e importante limitación no sólo de ejercicio, sino también de simple uso y administración.

Cierto es, sin embargo, que el matrimonio produce de derecho la emancipación (artículo 315 del Código civil) mas el emancipado tiene

(22) Ello no es, sin embargo, obstáculo para que incluso dentro de este grupo puedan surgir supuestos un tanto discutibles. A ellos nos referimos en el texto.

(23) La regla general es que no pueden adoptar los menores de treinta años. Mas estamos estudiando el supuesto de los menores de edad, razón por la cual partimos de los veintiún años como supuesto general.

En el sentido que hemos indicado en el texto, se manifiestan entre otros y para la reforma de 1958, CASTRO LUCINI, ob. cit., A. D. C. 1966, págs 347-348; CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, ob. cit., pág. 51; BONET RAMÓN, en ob. cit., T. IV, pág. 666, dudosamente, en cuanto si bien nos dice que no pueden adoptar los comprendidos en el artículo 32 del C. c., es lo cierto que a continuación dice: “... y, por tanto, no podrán adoptar los dementes (aunque tengan intervalos lúcidos), los sordomudos, los pródigos y los interdictados”, lo que parece excluir a los menores de edad. También CASTÁN TOBEÑAS, ob. T. y Vol. cits., pág. 208; etc.

Para el momento actual, podría citarse a CHICO ORTIZ, ob. cit., pág. 1412, donde nos dice: “Dejamos a un lado la menor edad..., pues tampoco la mayoría de edad significa aquí plenitud de derechos, pues al mayor de edad se le niega uno de sus derechos civiles; el de adoptar”.

también considerablemente limitadas sus facultades (arts. 315 y 317, en relación con los 50-2.^º y 59-II y III del Código civil.)

Por otra parte, el hecho de que el artículo 172-III autorice que uno de los cónyuges sea menor de 30 años, no supone en nuestro modo de ver una modificación del requisito de la plena y total capacidad de ejercicio de todos los derechos civiles que este mismo precepto y párrafo exigen el adoptante, sino, únicamente, un medio de facilitar la adopción a los matrimonios cuando entre los cónyuges existan grandes diferencias de edad, bien que alcanzando el menor de ellos siempre, el tope mínimo de los 21 años (24).

Cierto, que en favor de la posibilidad de adoptar en los casos que uno de los cónyuges sea menor de 21 años, podrá alegarse que siendo el otro mayor de edad queda por él suplida la incapacidad del menor. Mas no somos partidarios de esta solución, ya que se sigan las tendencias que pudiéramos llamar clásicas o las actuales (25), es lo cierto que los derechos derivados de la filiación son personalísimos e intransferibles, no pudiendo en consecuencia sustituirse la voluntad de los interesados, que es lo que acontecería en este supuesto. Y buena prueba de ello, es que el reconocimiento de los hijos naturales que según la más autorizada doctrina patria está

(24) Posiblemente, en el ánimo del legislador, haya estado la idea de esos matrimonios entre personas de muy diferentes edades, de las que el cónyuge más joven tiene un hijo natural reconocido, vinculando la aceleración del matrimonio a la adopción por el cónyuge de más edad de dicho hijo natural. Pero siempre, insistimos, el cónyuge más joven habrá de tener al menos veintiún años cumplidos.

(25) Nos referimos aquí, a la posición mantenida por el señor CABANILLAS GALLAS en la discusión del Proyecto de Ley de Adopción, y concretamente respecto de este párrafo, contestando a las, en nuestro modo de ver, acertadas razones del señor LÓPEZ PALOP. El señor CABANILLAS GALLAS, dijo lo siguiente: "La lógica está en que la estructura del negocio familiar es en el fondo una estructura de negocios en que no hay lo que puede llamarse autonomía de voluntad; son negocios personalísimos o actos personalísimos las prestaciones de consentimiento. Esto es lo que puede llamarse teoría ortodoxa sobre la construcción del negocio jurídico familiar en general. El problema consiste en determinar en qué caso se declara preferente. Si decimos que los negocios de familia son personalísimos, no los pueden realizar teóricamente más que las personas que están en situación de prestar consentimiento. Esto se conoció con el nombre de la tesis rigorista de la interpretación del negocio familiar, y no cabía más que el consentimiento de los dos cónyuges".

"La moderna tendencia consiste en que las normas generales de suplencia de voluntades, cuando están jurídicamente declaradas; es decir, cuando reposan en supuestos en los cuales ya el mecanismo legal ha previsto un sustitutivo, como en el caso de intervención, locura, etc., permita la adopción utilizando los mecanismos tradicionales. Como no quiero improvisar, voy a leer textualmente el párrafo en que Luis Peña cita este supuesto..."

El señor LÓPEZ PALOP volvió a insistir en el tema al interesar el Presidente la aprobación del número 3.^º del artículo 173, manteniendo que el consentimiento se trataba de un acto personalísimo, no siendo posible en él la intervención de otras personas (para todo ello, puede verse el B. de las Cortes, Apéndice 63/1970, págs. 12 a 14).

permitido a los menores de edad (26), no puede efectuarse por sus representantes legales, sean padres o tutores.

b) *Supuesto de adopción por persona soltera menor de edad.*— Nos estamos refiriendo, claro es, a la adopción de un hijo natural reconocido.

Mantenemos también aquí la tesis negativa, fundados en la tantas veces citada y transcrita frase “...ejercicio de todos sus derechos civiles...”.

Parece en principio paradójico, que este padre menor de edad pueda reconocer a su hijo natural y no adoptarlo. La paradoja, sin embargo, es sólo aparente tratándose de la adopción simple, dado que en realidad no produciría efecto beneficioso alguno respecto del hijo natural reconocido, en cuanto los derechos de éstos y los adoptados simplemente, son semejantes.

No acontece sin embargo lo mismo, tratándose de la adopción plena, en cuanto pudiendo el menor de edad contraer matrimonio y consiguientemente tener hijos legítimos e incluso legitimarlos por siguiente matrimonio, no podrá sin embargo adoptarlos plenamente.

A la vista de lo expuesto, consideramos, que rechazar la posibilidad de que puedan adoptar plenamente a sus hijos naturales reconocidos los menores de 21 años, es una solución que si bien legal conduce al absurdo. Pese a ello y por las razones indicadas, hemos de insistir en la posición negadora.

2.º *Los pródigos*, pese a que puedan contraer matrimonio, reconocer hijos naturales, legitimarlos, etc., y, en general, realizar toda clase de actos que no tengan una proyección económica o patrimonial, e incluso éstos en la medida que se autorice en la sentencia.

Se trata, por tanto, de una incapacidad sobre la que cabe también hacer una serie de disquisiciones.

En efecto, si la esencia de la adopción es buscar y lograr lo más conveniente para el adoptado tanto en el orden familiar como en el económico, parece lógico pensar, que quienes hayan sido declarados pródigos no deban estar capacitados para realizar la adopción.

Mas como al fin y al cabo, si bien el pródigo se encuentra incapacitado para la administración de sus bienes ello puede ser en mayor o menor medida, no pierde además la patria potestad (art. 224 del Código civil) y por otra parte sus bienes y los de sus hijos, entre los que pueden encontrarse los adoptivos, no son administrados por él (arts. 221-II y 225 del Código civil), parece en cierto modo lógico

(26) Tal acontece, por ejemplo, con CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., T. I, Vol. II, 9.ª edic., pág. 154; *Manual...*, Vol. 4.º 2.ª edic., así como con PUIG BRUTAU, en ob., T. y Vol. cits., págs. 69 y 70, y BONET RAMÓN, ob. y t. cits., págs. 541-542.

A su vez, ESPÍN CÁNOVAS, “*Manual...*”, Vol. 4.º, 2.ª edic., pág. 290, y ALBALADEJO, “*El reconocimiento de la filiación natural*”, Barcelona 1954, pág. 136, estiman que los menores de 21 años pueden reconocer a los hijos naturales desde que pueden contraer matrimonio.

pensar que no existe en realidad una clara y precisa imposibilidad de adoptar por parte de los pródigos.

No obstante y como indicábamos con relación a la minoría de edad, a la vista del tantas veces citado artículo 172-III en relación con los 32 y 220 y ss. del Código civil, nos inclinamos a considerar que la prodigalidad constituye una incapacidad absoluta para adoptar, al menos mientras se mantenga la declaración de tal condición (27).

3.^º *Los declarados incapaces por enfermedad*, siempre que se haya declarado su incapacidad y en la resolución dictada se establezca la imposibilidad para regir su persona y bienes.

4.^º *Los sordomudos que no sepan leer ni escribir*, de acuerdo también con el contenido de la resolución dictada (art. 218 Código civil).

5.^º *Los sujetos a interdicción civil*, con la extensión y efectos que se señalan en el artículo 229-III del Código civil.

6.^º *Los que hubieren sido privados de la patria potestad* a tenor de lo dispuesto en los artículos 169-1.^º y 171 del citado Cuerpo legal.

7.^º *Aquellos a quienes se hubiere suspendido el ejercicio de la patria potestad*, en el supuesto del citado artículo 171, al menos mientras no se acredite debidamente que han desaparecido los motivos que dieron lugar a tal suspensión.

A su vez y en relación con estas "incapacidades" hemos de indicar, que en nuestro modo de ver, la concurrencia de cualquiera de ellas impide la adopción tanto plena como simple, incluso, si la "incapacidad" la experimentase uno solo de los cónyuges por las razones que hemos indicado al contemplar el supuesto de la adopción en los menores de 21 años.

Por otra parte y respecto de aquellas "incapacidades" que requieren una previa declaración (demencia, sordomudez, prodigalidad e interdicción), somos de la opinión que no producen incapacidad para adoptar en tanto no hayan sido declaradas, a tenor de lo dispuesto en los artículos 213, 221 y 228 del Código civil.

Cierto, que alguna de estas personas, como el oligofrénico, pródigo, demente en general e incluso el autor de delito que lleve consigo la interdicción civil, aún antes de haber sido declarada su incapacidad o ser condenado, suelen encontrarse en la misma situación física o psíquica que motiva tal declaración. Mas, pese a ello, no vemos otra posibilidad de evitar la adopción por parte de dichas personas que el juego del artículo 173, párrafo último; es decir, el arbitrio que se concede al Juez para valorar la conveniencia de la adopción para el adoptando.

Por otra parte y supuesto que se hubiere realizado la adopción, el problema que esta cuestión puede plantear viene referido a

(27) Así, CASTRO LUCINI, ob. cit. de A. D. C., 966, pág. 349, y CHICO ORTIZ, ob. cit., pág. 1412.

la posibilidad de su revocación, tema que contemplaremos en otro lugar.

II. Incapacidades que pueden originar dudas (28)

Incluimos en este grupo las siguientes causas o motivos de "incapacidad":

a) *La ceguera, mudez y sordera.*—El tema de la "capacidad" o "incapacidad" de las personas que sufren cualquiera de estas limitaciones físicas ofrece indudables dificultades, toda vez que son muchos los motivos que en favor y en contra pueden alegarse.

Así, es evidente, que respecto de ellas no es de temer la dilapidación patrimonial propia de los pródigos, ni la imposibilidad de atender al adoptado familiarmente, como acontece con los enajenados. Mas tampoco puede olvidarse, que privados del sentido de la vista, del oído o de la voz, la educación del adoptando y el trato familiar entre éste y el adoptante es lógico pensar pueda ofrecer ciertas dificultades.

Por otra parte, no puede negarse, que los ciegos, mudos y sordos, no se encuentran en el ejercicio de todos sus derechos civiles, lo que habida cuenta la terminante dicción del artículo 172-III impedirá puedan adoptar. Pero por otro lado, ha de tenerse en cuenta ese interés o conveniencia del adoptado proclamado por la Exposición de motivos y consagrado en el espíritu e incluso letra de la propia Ley (29).

A su vez y por lo que a los ciegos, mudos y sordos hace, las restricciones de su capacidad de obrar son evidentemente más limitadas que las de los menores de 21 años, las de los pródigos y las de los locos y dementes al punto de que ninguno de ellos se encuentra comprendido en las genéricas causas de incapacidad del artículo 32 del Código civil, ni en las más específicas de los artículos 213 a 230, e incluso, no tienen prohibido ser tutores ni protutores, lo que revela que en principio al menos, pueden desempeñar sus funciones, muy semejantes a las peculiares de la patria potestad.

Por todo ello, nos inclinamos a considerar, que en términos generales tanto los ciegos como los sordos y los mudos que tengan la adecuada instrucción pueden adoptar. Por el contrario, si del expediente de adopción resultare que su limitación física hace inconveniente la adopción para el adoptando, estimamos deberá denegarse al amparo de lo dispuesto en el artículo 173, párrafo último del Código civil.

(28) Hemos de reiterar que constituye ésta una clasificación personal, al igual que la anterior. En consecuencia, no pretendemos sea acertada, sirviéndonos únicamente para el mejor desarrollo del tema.

(29) Tal acontece en el citado artículo 73, párrafo último, cuando autoriza al Juez para rechazar la adopción aun cuando concurren todos los requisitos necesarios, fundado en la "conveniencia" del adoptado.

b) *Sordomudos con instrucción*.—Si no hubieren sido declarados incapaces al amparo de lo dispuesto en los artículos 213 y ss. del Código civil, estimamos se encuentran en las mismas condiciones que los sordos y mudos.

c) *Los quebrados y concursados, mientras no hayan sido rehabilitados*.—Su posición jurídica se asemeja un tanto a la del pródigio, en cuanto no sólo están incapacitados para la administración de sus bienes (arts. 1.914 del C. c. y 878 del de comercio), sino que tampoco pueden ser tutores ni protutores (art. 237, núm. 6.º, C. c.).

Se trata, en consecuencia, de una incapacidad que afecta tanto al aspecto patrimonial o económico como al que pudiéramos llamar “quasi-familiar” (30), más al igual que la de los ciegos, sordos, etcétera, merece el calificativo de especial, en cuanto ni es motivadora de la constitución del organismo tutelar ni está comprendida en el artículo 32 del Código civil.

Por otra parte, hemos de indicar que un considerable sector de nuestra doctrina científica se inclina a considerar que no pueden adoptar las personas que se encuentran en estas condiciones (31), tesis que no tenemos inconveniente en aceptar por estimar que no sólo su incapacidad para administrar los propios bienes, sino lo que es más grave, la de no poder desempeñar la tutela, les debe incapacitar para adoptar al amparo del artículo 173-III.

d) *Los extranjeros, residan o no en España*.—Como indicábamos en otro lugar, los extranjeros, residan o no en España, vienen sujetos a ciertas restricciones de capacidad, mayores en los segundos que en los primeros.

Ello hace que, aplicando estrictamente el párrafo tercero del citado artículo 173, no puedan adoptar. Mas, ¿es ello jurídicamente lógico?

Considerada la adopción bajo el prisma de que tanto en la Ley 1958 como en la actualmente vigente y muy especialmente en ésta, se regula con vistas fundamentalmente a la conveniencia del adoptando, parece lógico pensar que la adopción por un extranjero debe estar autorizada, siempre que sea efectivamente beneficiosa.

Por otra parte y aunque los extranjeros no residentes en España no pueden ser tutores ni protutores, es lo cierto, que tal impedimento ofrece, en nuestro modo de ver, la naturaleza más de una prohibición que de una falta o defecto de capacidad, cuya razón de ser se encuentra en la dificultad de cumplir a distancia los deberes que toda tutela impone, lo que no acontecerá en los supuestos de

(30) Decimos que afecta al aspecto “quasi-familiar”, en cuanto les impide ser tutores y protutores.

(31) Se manifiestan así, entre otros, CASTRO LUCINI, ob. cit. de A. D. C., 1966, pág. 350; CHICO ORTIZ, ob. cit., pág. 1412; a su vez, PUIG BRUTAU, en ob., T. y Vol. cits., parece incidir al menos argumentalmente en la misma idea.

adopción, ya que el adoptado convive con el adoptante cual si de hijo legítimo se tratara.

A su vez, otro interesante motivo que acaso podría alegarse para negar la posibilidad de adoptar a los extranjeros, aparte, claro es, las restricciones ya apuntadas, sería el de que por virtud de dicha adopción pierden los adoptados la nacionalidad española. Ello no constituye, en nuestro modo de ver, una seria dificultad, dado que podría recuperarla al amparo de lo dispuesto en el artículo 25-II del Código civil (32), sin olvidar que si el adoptando fuere hispanoamericano, cabe siempre la posibilidad de la doble nacionalidad.

Nos inclinamos, pues, en principio al menos a admitir que los extranjeros residan o no en España pueden adoptar plena o simplemente, siempre que reúnan los requisitos exigidos a tales efectos por el Código civil.

Otros requisitos personales de carácter general para adoptar.

Como indicábamos al referirnos a los requisitos generales que los adoptantes deberían reunir, además de la "capacidad", el artículo 172 del Código civil, exige unas condiciones de edad que vamos a examinar aquí.

1.º *Tener 30 años cumplidos.*—No es suficiente, por tanto, con la normal mayoría de edad. No obstante, en aquellos casos en que la adopción se realice por un matrimonio conjuntamente, será suficiente con que dicha edad haya sido alcanzada por uno de los cónyuges.

En todo caso y como ya hemos indicado al comentar el requisito de la "capacidad", estimamos que el cónyuge que no tenga cumplidos los 30 años habrá de ser necesariamente mayor de edad para que pueda realizarse la adopción por el matrimonio.

Como excepción a este requisito, cabe citar el párrafo IV del artículo que estamos comentando, en el que se establece que, tratándose de hijos naturales reconocidos del adoptante, podrá llevarse a cabo la adopción, aunque no concurran los requisitos de edad señalados en el párrafo anterior.

Ello puede plantear estos problemas:

a) Si los menores de edad podrán adoptar a los hijos naturales reconocidos; y

(32) CHICO ORTIZ en ob. cit., págs. 1412-1413, se inclina a considerar que los extranjeros están capacitados para adoptar, siguiendo en esto la posición de CASTRO LUCINI respecto de la Ley de 1958 (ob. cit., pág. 351).

Sin manifestarse concretamente sobre los extranjeros, parece seguir implícitamente esta tesis MUCIUS SCAEVOLA para la primitiva redacción del Código menos severa, desde luego, que la actual, pero muy semejante a la de 1958. (Ver T. III de su ob. cit., 5.^a edic., pág. 659.)

b) Si este requisito será exigible en la adopción de los descendientes legitimados por concesión del Jefe del Estado.

a) *¿Podrán los menores de edad adoptar a sus hijos naturales reconocidos?*—Aunque la cuestión de la adopción por parte de los menores de edad ha sido ya examinada precedentemente, el tema aquí contemplado ofrece en nuestro modo de ver el suficiente interés para insistir en su estudio.

Y comenzaremos éste diciendo que en nuestra opinión no pueden adoptar a sus hijos naturales reconocidos los menores de 21 años.

La razón de tan radical negativa radica en que si bien no es aplicable a la adopción de dichos hijos el requisito de la edad de 30 años, pudiendo en consecuencia realizar la misma los menores de dicha edad, no puede olvidarse que el mismo artículo 172-III exige otro requisito esencial; que el adoptante se halle “...en pleno uso de sus derechos civiles...”, situación ésta en la que evidentemente no se encuentran los menores de 21 años.

Cierto que constituye una verdadera paradoja que los menores de edad puedan, según la más generalizada posición doctrinal patria, reconocer hijos naturales e incluso legitimarlos por subsiguiente matrimonio y no puedan, sin embargo, adoptarlos. Mas la transcrita frase del artículo 172 es terminante y aunque, en nuestro modo de ver, reprochable, no alcanzamos a ver otra solución al problema.

b) *¿Deberán haberse cumplido los 30 años para adoptar a los hijos legítimos por concesión?*—Si atendemos a la letra de la Ley, sí. El artículo 172-IV prescinde del requisito de la edad únicamente para la adopción de los hijos naturales reconocidos, sin que el artículo 178-I introduzca modificación alguna a estos efectos.

Es, sin embargo, de criticar tal posición respecto de la que no encontramos explicación (33). Por ello y fundados en la idea de ampliar el ámbito de la adopción que recoge la Ley 7/1970, pese a que ésta no toca la cuestión, nos inclinamos hacia una interpretación amplia del artículo 172-IV, que autorice aplicar el mismo en orden al requisito de los 30 años a la adopción de los hijos legitimados por concesión del Jefe del Estado.

2.º *Tener 16 años más que el adoptando.*—Requisito también éste esencial si la adopción se realiza por persona no casada, salvo cuando se trate de adoptar a los propios hijos naturales reconocidos, supuesto en el cual no se requiere tampoco que concurra (artículo 172-IV, C. c.).

(33) Tocamos este problema, habida cuenta que los hijos adoptados plenamente tienen mayores derechos sucesorios que los legitimados por concesión del Jefe del Estado, equiparados a estos efectos a los naturales reconocidos.

Por ello, nos produce extrañeza que se haya resuelto el problema de la adopción de los propios hijos naturales reconocidos y no el de éstos, que se ven consiguentemente perjudicados en sus derechos sucesorios.

Cuando se realice la adopción por un matrimonio y, al igual que indicábamos al examinar el requisito anterior, es suficiente con que uno al menos de los cónyuges cumpla esta condición.

Por cierto que en relación con ello entendemos podrá realizarse por un matrimonio la adopción de persona cuya edad, si bien inferior en 16 años a la de uno de los cónyuges, sea superior o igual a la del otro, ya que la Ley no lo prohíbe.

Adoptantes: requisitos personales especiales.

a) *Para la adopción plena.*—Sobre la base de ser imprescindibles los requisitos generales ya examinados, vamos a contemplar aquí los específicos de la adopción plena.

Sigue el artículo 178-I, en orden a esta cuestión, un criterio que bien pudiera calificarse de “enumerativo” y, aparentemente al menos “clausus”, en cuanto parece circunscribir la posibilidad de adoptar plenamente sólo a las personas que en dicho precepto y párrafo se relacionan.

Mas, en realidad, la enumeración es tan amplia que parece no excluir apenas a nadie, en cuanto comprende:

1.^º *A los cónyuges no separados legalmente.*—En estos casos, parece distinguir el artículo que estamos contemplando estos supuestos:

a) Que el adoptado no esté ligado a ninguno de los cónyuges adoptantes por vínculos de filiación legítima, natural o adoptiva.

b) Que exista alguno de esos vínculos con uno de los cónyuges.

En el supuesto contemplado en el apartado a) se requiere que los cónyuges adoptantes reúnan además de los requisitos generales del artículo 172-III los siguientes:

— Vivir juntos; proceder de consumo a la adopción; llevar más de cinco años de matrimonio.

En cuanto al caso indicado en el apartado b), no podemos por menos que criticar la redacción dada por el legislador, bien que no la idea que le inspiró, digna de plácemes por haber ampliado considerablemente el ámbito de esta clase de adopción.

Mas, ¿por qué esa crítica al supuesto que contempla el apartado b)?—Porque tal como actualmente se encuentra redactado el artículo 178-I, en lo que a este extremo se refiere, es perfectamente posible que en un matrimonio uno de los cónyuges tenga un hijo natural reconocido, el cual sea adoptado plenamente por el otro, mas no por su padre o madre natural. Y en tal supuesto acontecería que, por imperativo del artículo 179, en relación con el 176, dicho hijo tendría la condición y los derechos del legítimo respecto del cónyuge adoptante, y la cualidad y derechos de los hijos naturales reconocidos con relación a su padre o madre natural, con las consecuencias y diferencias sucesorias que ello lleva consigo.

Estimamos, por tanto, que el párrafo "...*uno de los cónyuges...*" debería redactarse de otra forma en una ulterior modificación, dejándolo limitado a los hijos legítimos y legitimados del otro cónyuge, supuesto en el que quedarían equiparados sus derechos respecto de ambos cónyuges. En cuanto a los hijos naturales reconocidos de uno de los cónyuges, debería prohibirse la adopción plena por el otro sólo imponiéndose a ambos, desde el momento en que los derechos del adoptado plenamente, en la sucesión del adoptante, son de mayor entidad que los del natural reconocido.

2.^º *Al cónyuge declarado inocente.*—Se requieren respecto del mismo dos requisitos:

- a) Que se trate de separación legal.
- b) Que exista ejecutoria en la que se declare dicha inocencia.

Por lo que al primero de estos requisitos se refiere, es evidente que si la separación fuere de hecho nos hallaríamos en la hipótesis contemplada en el supuesto examinado en el anterior epígrafe, no pudiendo en consecuencia realizarse la adopción por uno solo de los cónyuges, a menos de tratarse, claro es, del hijo natural reconocido de uno de ellos.

Por otra parte, y en nuestro modo de ver, es de aplaudir esta innovación de la Ley 7/1970, en cuanto al igual que indicábamos en el anterior epígrafe amplía el ámbito de la adopción.

Por último, hemos de indicar que de la redacción de este párrafo deducimos que en él se encuentra implícitamente recogida una circunstancia impeditiva de la adopción; la del cónyuge culpable de la separación, que, de acuerdo con la letra de este párrafo, es evidente no podrá adoptar plenamente.

3.^º *Las personas en estado de viudedad o soltería.*—Respecto de unas y otras, entendemos, no puede haber más limitaciones para adoptar que las genéricas del artículo 172-III ya examinadas. Por otra parte hemos de indicar que constituye ésta otra de las innovaciones introducidas por la Ley 7/1970 respecto de la de 1958, innovación que en nuestro modo de ver es digna de encomio, por las mismas consideraciones que la anterior.

4.^º *El padre o madre naturales al propio hijo natural reconocido.*—Reiteramos lo indicado en el apartado número 2.^º, esto es, que en nuestro modo de ver debería modificarse este párrafo imponiendo al padre o madre natural la obligación ineludible de adoptar a su hijo, si contraído matrimonio su cónyuge lo adoptara plenamente, al objeto de evitar la paradoja que supondría tener dicho hijo más derechos respecto del padre o madre adoptante que del natural.

Por otra parte y para el supuesto de que se tratare de padres o madres naturales solteros, también nos merece crítica el supuesto en cuestión, habida cuenta que ya está suficientemente previsto —en nuestro modo de ver— en el párrafo anterior de este artículo que dice: "...*las personas en estado de... soltería...*", en relación con

el artículo 172-IV que recoge ya la posibilidad de adoptar a los hijos naturales reconocidos, sin necesidad de que concurran los requisitos de la edad que establece el párrafo tercero de dicho precepto.

En consecuencia, y para concluir, indicaremos que sólo crítica nos merece el párrafo que estamos contemplando, en cuanto, en nuestro modo de ver, nada agrega, nada impide ni paga precisa en orden al ámbito de la adopción, respecto de los anteriores preceptos reguladores de la institución.

b) *Requisitos especiales para la adopción simple.*—No se exige ninguno especial. En consecuencia, y por expresa indicación de la Ley, serán precisos únicamente: "...los prevenidos con carácter general en la Sección primera del presente Capítulo". (Art. 180-I, C. c.)

II. Requisitos personales para ser adoptados:

a) *Disposiciones de carácter general.*—Si hacemos un examen comparativo de las leyes de 1958 y 1970, en orden a la aptitud de los adoptandos para ser sujetos hábiles del negocio jurídico adop-cional, podemos observar cómo la nueva legalidad ha ampliado considerablemente su ámbito, autorizando la adopción de personas que en la legalidad precedente no podían ser adoptados.

Procedemos, pues, a hacer una esquemática exposición de la situación actual en orden a este aspecto, poniendo de relieve cómo en la Ley de 1970 la adopción, desde el punto de vista de los adoptados, se caracteriza por:

1.^º Permitirse la adopción de los descendientes legítimos, legitimados y adoptivos del otro cónyuge (art. 178-I, C. c.).

2.^º Autorizar, asimismo, la adopción de los propios hijos naturales (art. 172-IV, C. c.).

3.^º No poner límite alguno de edad o capacidad, para poder ser adoptado.

4.^º Fijar el concepto de "abandonado".

5.^º Traer dicho concepto a las "Disposiciones generales", en lugar de tratarlo en la parte relativa a la adopción plena.

6.^º Prescindir del concepto "exposición".

Y hecho este breve resumen, procedamos al estudio de los aspectos más interesantes de estos caracteres generales.

1.^º Alabamos esta reforma de la Ley 7/1970, en cuanto permite la adopción no sólo de los extraños, sino también de los descendientes que se indican en los artículos 172-IV y 178-I.

2.^º En orden a la edad y capacidad para ser adoptado, la Ley de 1970, no parece como hemos indicado poner límite alguno. Consecuentemente, el único requisito de esta clase que entrará en juego, coetaneo para adoptante y adoptando, será el de tener éste 16 años

menos que aquél, excepto cuando se trate del propio hijo natural reconocido (art. 172-IV, C. c.) (34).

3.º *Fijación del concepto "abandonado" y eliminación del de "exposición".*

La legislación anterior, se limitaba a emplear este concepo en relación con la adopción (art. 178-II) sin intentar fijar su alcance, siendo la doctrina científica quien lo perfiló (35).

En la actualidad, es sin embargo el propio legislador quien ha delimitado el concepto, estableciendo en el artículo 174-II y III que:

"Se considerará 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 benéficos se considerará también como abandono en los siguientes casos:

a) Cuando el menor hubiere sido entregado sin datos que reveleen 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."

Por otra parte, el legislador de 1970, considerando como dice en la Exposición de motivos "...anacrónica y peyorativa..." la figura del "expósito", prescinde de ella, o mejor dicho, la refunde en el concepto de "abandonado" al establecer en el párrafo IV del artículo 174 que "La entrega del menor...".

A la vista de lo indicado, puede establecerse, en nuestro modo de ver, que la legalidad vigente distingue dos clases o categorías de "abandono":

El que pudiéramos llamar "abandono *stricto sensu*" definido en el artículo 174-II y caracterizado por la no entrega del menor en establecimiento benéfico; y

El "abandono-exposición", delimitado en el artículo 174-III, que lleva implícita dicha entrega.

En cuanto a los requisitos de una y otra clase de "abandono" son los siguientes:

a) *Del "abandono" propiamente dicho.*

1.º Que el abandonado sea menor de 14 años.

(34) Nos referimos a la edad mayor de 14 años, al tratar de los requisitos especiales para ser adoptados.

(35) Merece citarse en relación con ello el ya cit. trabajo de CASTRO LUCINI, en A. D. C., 1968, págs. 381 y ss., sobre el concepto de "abandonado" y su distinción de la "exposición". También examina en págs. 391 y ss. el concepto de "prohijamiento". Es asimismo interesante sobre el tema la cit. ob. de GAMBOA ALIX, págs. 109 y ss., y la de ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, "En torno a los conceptos de "abandonado" y "expósito" como sujetos de la adopción", en Rv. G. L. J., 1967, págs. 323 y ss.

2.^º Que carezca de persona que asegure su guarda, alimento y educación.

b) *Del "abandono-exposición".*

1.^º Que el abandonado sea menor de 14 años.

2.^º Que haya sido entregado sin datos de filiación; o que conste la voluntad indubitable de abandono de los padres o guardadores.

3.^º Que hayan transcurrido seis meses continuos, sin que el padre, madre, tutor u otros familiares se interesen por él.

La contemplación de los requisitos del "abandono-exposición", nos sugieren los siguientes comentarios:

a) *En orden a la voluntad de exposición* de los padres o guardadores, estimamos que en la Ley se distingue claramente entre la que pudiéramos llamar *voluntad expresa* de abandono y *la presunta o tácita*.

La primera, es la manifestada por los padres o guardadores coetáneamente al momento o acto del abandono.

La tácita, por el contrario, es la inferida de ciertos actos o conductas de dichos padres o guardadores. Dichos actos o conductas, pueden ser a su vez simultáneos o posteriores al abandono.

Ello, nos sitúa ante una nueva cuestión; la de cuál puedan ser estos actos o estas conductas, tema en orden al cual distinguiremos entre:

1. *Actos simultáneos al abandono.* A ellos se refiere en nuestra opinión el artículo 174-a), en cuanto el hecho de entregar al menor sin datos de filiación, implica una tácita voluntad de abandono.

2. *Conductas posteriores al abandono.* A diferencia de lo que acontece con el supuesto anterior, entendemos, que respecto de éste el legislador a seguido un criterio que pudiéramos decir negativo por comparación con los actos o conductas de no abandono, en cuanto al exigir para que éste no exista que el padre, madre, etc., deban interesarse "...de modo efectivo mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia", da a entender que el hecho de no demostrar esa "voluntad" implicará abandono.

Por otra parte y en relación con esa "voluntad tácita" hemos de indicar, que en nuestro modo de ver, el legislador parece atribuir a esos actos o conductas el carácter de presunción "iuris et de iure" de "abandono" cuando hayan transcurrido seis meses continuos sin que los padres, etc., se hayan ocupado del menor en la forma prevenida en dicho párrafo; o cuando éste se haya operado en la forma prevenida en el artículo 174-a).

b) Por lo que a la frase "...continuos...", referida a los seis meses que la Ley exige se refiere, hemos de indicar, que en nuestra opinión debe ser interpretada en el sentido de *día a día* que dicho párrafo parece expresar. En consecuencia, entendemos, que poniendo en relación este inciso con el artículo 7-I del Código civil resultará, que el período de tiempo que debe transcurrir para que el abandono se consume, será de 180 días sin interrupción.

Se plantea así un nuevo problema; el de si la realización de alguno de los actos demostrativos de esa "voluntad de asistencia" a que alude el artículo 174-IV, implica mera interrupción u obliga a comenzar de nuevo el cómputo del plazo. La frase "continuos" que emplea el legislador, nos inclina hacia ésta última solución.

c) En orden a la frase "...se interesen por él de modo efectivo...", consideramos debe entenderse en el sentido de un interés real, manifiesto, revelador de una clara voluntad de mantener los vínculos familiares o afectivos, hecho éste que corrobora el propio artículo 174 en el último inciso de éste párrafo al establecer que: "...La mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo".

b) *Disposiciones especiales.*—1.º *Para la adopción plena.*—No se ponen en realidad límites para la adopción de las personas por razón de sus condiciones personales en la nueva Ley, a diferencia de lo que acontecía en la legalidad precedente.

En consecuencia, se autoriza la adopción tanto de menores como de mayores de 14 años, bien que respecto de estos últimos con las limitaciones que indicaremos en el apartado c) de este epígrafe.

Pueden pues señalarse como principales innovaciones de la Ley 7/1970 en materia de requisitos personales para poder ser adoptados plenamente, las siguientes:

a) Prescindir de la cualidad "abandonado" en el adoptando (art. 178-II, C. c.). Consiguientemente, no es tampoco necesario, que el menor de 14 años lleve más de 3 en dicha situación.

b) Respecto de los mayores de 14 años, prescindir del requisito del "prohijamiento" previo, sustituido por el mero hecho de "...estar viviendo antes de alcanzarla en el hogar en compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos...".

c) Ampliar la posibilidad de ser adoptado plenamente, a los mayores de 14 años que sin estar en la situación anteriormente indicada, se encontraren "...unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos..." (art. 178-II, C. c.).

En esta hipótesis, sin embargo, la adopción viene sujeta al examen y valoración por parte del Juez competente, tanto de "...los vínculos familiares o afectivos..." que unan al adoptante y adoptado, como de lo conveniente que para éste último pueda ser dicho acto (art. 178-II, inciso último, en relación con el 173, del C. c.).

2.º *Para la adopción simple.*—No se exigen otros requisitos personales, que los generales ya contemplados.

B) Las prohibiciones para adoptar.

Según algún tratadista patrio (36), más que de prohibiciones se trata de "falta de capacidad", tesis que no compartimos, en cuanto

(36) Así se manifiesta, entre otros, CHICO ORTIZ en ob. cit., pág. 144.

las personas a quienes se refiere el artículo 172 no son en principio incapaces para la adopción viniéndoles la imposibilidad de realizar tal negocio impuesta por expreso veto de la Ley (37).

Ello sentado, podemos observar, que la Ley 7/1970 ha introducido en lo que a esta materia se refiere algunas modificaciones respecto a la legislación anterior, como son, entre otras que iremos contemplando a lo largo del presente trabajo, traer la regulación de las prohibiciones al artículo 172 en lugar del 173 en que se encontraban antes incardinadas a la vez que suprimir la relativa a "...los que tengan descendientes legítimos...", que dicho precepto comprendía en su número 2º.

Y esto indicado, procedamos al examen de las prohibiciones tal y como actualmente se encuentran reguladas.

El citado artículo 172 establece en su párrafo quinto que: "No pueden adoptar":

1.º "Las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio".

La redacción actual de esta prohibición, muestra considerables diferencias con la de 1958, pareciendo dar la razón a quienes fundamentaban la misma en "...la tópica evitación de juicios temerarios..." (38) idea con la que, sin embargo, no estamos de acuerdo, por estimar que como sostiene con acierto un sector de nuestra doctrina científica, su razón de ser debería verse en la imposibilidad de un adecuado cumplimiento de los deberes derivados de la adopción (39).

Por otra parte, estimamos, que este número del artículo 172 es uno de esos preceptos que en el campo del Derecho penal reciben la denominación de "leyes en blanco", en cuanto reconducen la solución a otras disposiciones o Cuerpos legales, en esta concreta hipótesis representado por el "estatuto religioso" del presunto adoptante, y en términos generales el Código canónico.

Todo cuanto se pueda decir o comentar sobre ello, no es por tanto otra cosa que mera elucubración carente de auténtico contenido real.

2.º "El tutor respecto de su pupilo antes de aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela."

(37) "La prohibición —dice Federico de Castro en "Derecho civil...", cit., T. II, págs. 56-57— es la inhabilitación para realizar ciertos actos, en general, o respecto de ciertas personas, impuesta por un veto legal", concepto al que creemos se acomoda el artículo 172 del C. c. cuando dice que: "No pueden adoptar: ...".

(38) Sobre esto, ver LACRUZ VERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ob. cit., número 344, pág. 426.

(39) Ver mismos autores, ob. y pág. de nota anterior. También, en este sentido, CHICO ORTIZ, ob. cit., pág. 1415, así como PUIG BRUTAU, ob. T. y Vol. cits., pág. 284. El primero y el último de estos autores, para la legislación anterior, y el segundo, para la vigente.

Se mantiene, en esencia, la misma redacción que en la Ley de 1958 si bien en ella integraba esta prohibición el número 3.^º del artículo 173.

Estamos de acuerdo con GAMBON ALIX, en que la prohibición que contemplamos afecta sólo al tutor y no a sus herederos en los supuestos contemplados en los artículos 280 y 281 del Código civil, habida cuenta que las prohibiciones, como limitativas que son de derechos, han de interpretarse restrictivamente (40). Sin embargo, estimamos, que en estos casos y en tanto no hayan rendido las cuentas dichos herederos, el Juez, fundado en la *"conveniencia para el adoptando"*, puede perfectamente denegar la adopción.

Igualmente nuestra conformidad con dicho autor, en lo relativo a la no necesidad de aprobación de las cuentas, en aquellas tutelas especiales constituidas para *"prestar asistencia en juicio al casado, emancipado o habilitado de edad"* (41), e incluso, en los supuestos de tutor nombrado con asignación de frutos por alimentos (art. 279, C. c.) (42).

Por último, estamos también de acuerdo con GAMBON ALIX, en lo referente a que la no rendición de cuentas por el tutor, aunque haya transcurrido el plazo que para el ejercicio de acciones viene señalado en el artículo 287 del Código civil, mantiene la prohibición, dado que la Ley dice claramente: *"...antes de aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela"*, y el artículo 287 establece un plazo de prescripción mas no supone rendición de cuentas.

3.^º *Uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, salvo el declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación.*

Esta prohibición ha experimentado también grandes reformas en la vigente Ley, de carácter puramente sistemático unas, de corrección de estilo otras y en fin, de carácter sustantivo algunas.

Entre las primeras, se encuentra el estar actualmente comprendida en el artículo 172, número 3.^º, mientras que en la reforma de 1958 lo estaba en el número 4.^º del 173. También debe comprenderse aquí, el haberse llevado el inciso segundo del número 4.^º del citado artículo 173 al 172 párrafo último de la legislación vigente, desdoblando de esta forma el contenido del citado artículo 173-4.^º

A su vez, entre las reformas que pudiéramos llamar gramaticales y preferiblemente de corrección de estilo, se encuentran el haber sustituido la frase: *"Al cónyuge sin consentimiento de su consorte"*, que figuraba en la redacción anterior, por la actual: *"Uno de los cónyuges sin consentimiento del otro..."*, preferible a la anterior en nuestro modo de ver.

Por último, entre las reformas de carácter sustantivo, podemos señalar el haber excluido la necesidad del consentimiento del cón-

(40) Ob. cit., pág. 101, 102.

(41) Misma ob. y págs. de nota anterior.

(42) En este sentido se manifiesta PUIG BRUTAU, en ob., T. y Vol. cits., pág. 289.

yuge en los supuestos de matrimonio legalmente separado y respecto del culpable únicamente.

Y hechas estas indicaciones, vamos a proceder al estudio de la prohibición a la que vamos aludiendo, excluyendo lo relativo al tema del "consentimiento" que contemplaremos más adelante.

De la redacción legal del número 3.^º del artículo 172, al que nos estamos refiriendo, deducimos las siguientes consecuencias:

a) Que los cónyuges, pueden adoptar o no conjuntamente.

Ello, ha de entenderse, sin embargo, con ciertas limitaciones, según se trate de adopción plena o simple.

Así y por lo que a la *adopción plena* se refiere, si se trata del hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo de uno de los cónyuges, es evidente puede ser adoptado únicamente por el otro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178-I.

Cuando se trate de adoptar a quien no reúna alguna de estas condiciones filiatorias, los cónyuges habrán de proceder "de consuno" (mismo artículo y párrafo).

Tratándose de la *adopción simple*, es evidente, que al no existir ninguna especial prohibición ni requerirse obren los cónyuges "de consuno" como acontece con la adopción plena, cada uno de ellos podrá adoptar "per se".

b) Que para la adopción por separado, es menester el *consentimiento* del otro cónyuge.

c) Que dicho *consentimiento*, no es necesario en los supuestos de separación legal para el declarado inocente.

Ello, plantea la cuestión de si necesitará dicho *consentimiento* el que haya sido declarado culpable. Nos inclinamos por la negativa, pese a la redacción del número que estamos comentando que parece resolver la cuestión en sentido contrario.

Para mantener esta posición, nos apoyamos fundamentalmente en los efectos de toda separación (arts. 104 en relación con el 173 del C. c., fundamentalmente), que al suspender la vida en común y eliminar las prohibiciones de disposición y administración de bienes producidas por el matrimonio, conducen a la solución que propugnamos (43).

(43) En verdad, estimamos la frase que estamos comentando digna de crítica, bien que desde un punto de vista exclusivamente gramatical, mereciendo en una futura reforma la pertinente corrección de estilo, para evitar las dudas que actualmente puede originar.

Porque, por otra parte, y pese a la al parecer clara dicción gramatical de este número, no creemos que el legislador haya podido pensar en exigir el consentimiento del cónyuge inocente cuando quien adopta es el culpable, ya que ello carece de sentido, no sólo jurídico, sino también práctico.

Y decimos carece de sentido jurídico, porque la separación, como hemos indicado en el texto, rompe el vínculo conyugal y sus correspondientes prohibiciones, sin perjuicio de los deberes impuestos en favor del cónyuge inocente y los hijos. Mas carece también de sentido práctico, porque lo lógico es pensar que el cónyuge inocente pueda no querer otorgar su consentimiento al culpable,

d) Que la adopción por ambos cónyuges, es la única posibilidad legal de ser adoptado por dos personas.

Por último y en orden a las prohibiciones para adoptar hemos de indicar, que coincidiendo con LACRUZ VERDEJO y SANCHO REBULLIDA (44), estimamos son “*numerus clausus*”.

C) Problemática del “consentimiento” en la adopción (45).

El tema del “consentimiento”, es sin duda uno de los más interesantes de la adopción, tanto por sus implicaciones jurídicas como por el hecho de no existir construida una teoría general del mismo en nuestra doctrina científica y jurisprudencial (46).

Buena prueba de este interés, la tenemos nada más comenzar a tocar el tema con lo relativo a sus manifestaciones en la adopción. Y decimos esto, porque mientras la propia Exposición de motivos de la Ley 7/1970 parece distinguir tres clases o manifestaciones de “consentimiento”, nosotros creemos pueden distinguirse hasta cuatro clases del mismo, bien que no todas de la misma importancia, entidad, ni tampoco eficacia.

Así, la referida Exposición, al tratar el tema del “consentimiento”, dice:

Por lo que concierne 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 del adoptando mayor de catorce años ... *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 encaje, quizás, en la figura del asentimiento; si bien la falta en el Código civil de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo ... *El último grado* o escala la ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas...

y si bien ello no impide la adopción, estimamos podría prescindirse perfectamente de dicho requisito para evitar dilaciones inútiles.

(44) Ob. cit., pág. 427.

(45) Merecen citarse sobre el tema los siguientes trabajos: SERRANO SERRANO, “Consentimiento para la adopción”, en Rev. Obra Protección Menores, del Min. Justicia, núm. 120/1968, págs. 149 y ss.; LETE DEL RÍO, en su conferencia sobre “Consentimiento a la adopción: diferentes hipótesis”, pronunciada en el Curso sobre adopción ya citado; ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, “En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de junio de 1970”, en Estudios sobre la adopción, Madrid 1971, págs. 41 y ss.

(46) Nos referimos, claro es, al “consentimiento” *para-contratual*, en cuanto el contractual se encuentra debidamente construido y tratado por nuestra doctrina civilista. Por otra parte, hemos de aclarar que nos referimos a una doctrina general del “consentimiento”, esto es, al estudio, desarrollo y construcción de esta figura tanto en el negocio jurídico en general como en los actos jurídicos no negociables, así como a sus diversas manifestaciones, entre las que estarían comprendidas el “asentimiento” y la “ratificación”.

Por nuestra parte y a la vista del articulado de la Ley, creemos pueden distinguirse las siguientes manifestaciones consensuales:

- a) Consentimiento otorgado por un cónyuge al otro para que adopte o sea adoptado [art. 172-3.^º y 173, A) y B) del C. c.].
- b) Consentimiento del adoptante o adoptantes y del adoptando [art. 173, A) y B) del C. c.].
- c) Consentimiento del padre o madre del adoptando menor de edad sujeto a la patria potestad [art. 173, C) del C. c.]
- d) Consentimiento del tutor del adoptando sujeto a tutela [(artículo 173, D) del C. c.].

En cuanto a ese “...último grado o escala...” a que se refiere la Exposición de motivos cuando alude a las personas que deben *ser oídas*, y se recoge en el artículo 173-III, no podemos considerarle como un auténtico “consentimiento” y sí únicamente como una simple manifestación u opinión acerca de la adopción, sin otra trascendencia que la de contribuir a formar la opinión del Juez sobre dicho acto.

Y hechas estas indicaciones previas, vamos a proceder al estudio del “consentimiento” a través de sus diversas manifestaciones.

- a) *El “consentimiento” conyugal contemplado en los artículos 172, número 3.^º y 173, A) y B) del Código civil* (47).

Observados con criterio comparativo los dos preceptos indicados, extraemos la consecuencia de que parece existir una diferencia de matices entre el “consentimiento” del artículo 172, número 3.^º y el del artículo 173, A), derivada de la distinta situación “adoptiva” que parecen contemplar. Y así, mientras la que regula el artículo 172 parece venir referida únicamente al supuesto de la adopción realizada por uno solo de los cónyuges, la del artículo 173, A), estimamos puede comprender no solamente esta situación, sino también la de adopción conjunta y la de adopción por persona soltera.

A su vez, el apartado B) de dicho precepto, contempla también dos tipos o manifestaciones de “consentimiento”; el del adoptando, soltero o casado, y el de su cónyuge en esta segunda hipótesis. Limitaremos en este epígrafe el estudio, al tema del “consentimiento” conyugal.

- a) **En orden a la naturaleza jurídica del “consentimiento” conyugal.**

Tomando como punto de partida la indicación relativa a la diversidad de matices que este “consentimiento” ofrece, resulta evidente que el estudio de su naturaleza jurídica ha de venir referido a la contemplación de las manifestaciones o variedades del mismo que ofrecen los artículos 172, núm. 3.^º y 173, A) y B) del Código civil.

(47) Para precisar este concepto es interesante la obra de JANUZZI “Manuale della volontaria giurisdizione”, Milano 1968.

a) *El "consentimiento" otorgado por un cónyuge al otro para que adopte, al amparo de los artículos 172, núm. 3.^o y 173, A).*

Nos inclinamos en estos casos por la fórmula del "asentimiento", si por tal se entiende "aquélla declaración unilateral, recepticia o no de la voluntad, encaminada a facilitar la realización o producir la validez de un negocio jurídico, de cualquier clase que éste sea y celebrado por otra persona" (48).

No se nos oculta, que son muchas las tachas que a esta calificación pueden hacerse, entre ellas, la de que el "asentimiento", por suponer una declaración de conformidad con un negocio jurídico ajeno (49) exige la existencia de esa relación negocial. Mas no debemos olvidar, que como mantiene un considerable sector de nuestra doctrina científica, la adopción es un auténtico negocio jurídico de derecho familiar (50).

También se puede alegar contra esta calificación, el hecho de ser el "asentimiento" una declaración de voluntad *encaminada a producir la validez del negocio*, lo que llevará como consecuencia la invalidez del mismo caso de no prestarse o prescindir del mismo.

Sin perjuicio de considerar que esta figura no siempre va dirigida a lograr dicha eficacia y sí, en ocasiones, a facilitar la realización del negocio, hemos de indicar que aún en aquellos supuestos en que ello sea así su omisión o negativa a prestarlo no producen de derecho la invalidez del negocio, dependiendo sus efectos de lo dispuesto por la Ley que haya establecido dicho requisito.

(48) Parecen seguir esta posición en España CASTRO LUCINI, en "Algunas consideraciones...", cit., pág. 363, y CHICO ORTIZ, en ob. cit., pág. 1417. Interesante, en orden al tema, es la cit. ob. de ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, págs. 43 y ss. Por último, merece también citarse la Exp. de motivos de la Ley 7/1970, que califica así esta forma de "consentimiento".

(49) Ver LEHMAN, "Tratado...", Vol. I, Parte General, Madrid 1956, pág. 469.

(50) Sobre ello, ver nota 17, donde se contiene relación de autores que mantienen esta posición. Completamos dicha nota con las siguientes citas: PUIG BRUTAU, ob., T. y Vol. cits., que considera la adopción como acto o negocio jurídico (pág. 273); PERE RALUY, ob. y T. cits., pág. 478, para quien es "... un negocio jurídico y, a la vez, una relación jurídica..."; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, "La adopción y sus problemas jurídicos a la luz de la concepción comunitaria", en Rv. G. L. J., 1950, págs. 89-90.

Por último, hemos de hacer breve referencia por su interés a la posición mantenida por un cierto sector de la doctrina civilista alemana sobre el tema, doctrina construida sobre el artículo 1.746, 1.^o del B. G. B., que alude, como el 172, núm. 3.^o de nuestro C. c. al "consentimiento" del cónyuge para la adopción, considerándolo como "asentimiento". (Vid. ENNECERUS-KIPP-WOLF, 6.^a revisión, trad. de 20. edición alemana, por PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN TOBENAS, T. IV, Vol. II, § 91, págs. 156-5.)

Y también acontece algo parecido con la doctrina italiana, que, con referencia al artículo 297, en el que se regula precisamente este consentimiento, un sector de la misma lo configura como "asentimiento". (Ver BARBERO, "Sistema de Derecho Privado", trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires 1976, T. II, pág. 143.)

Y tomando como punto de partida esa naturaleza negocial filiativa de la adopción, nos atrevemos a sentar la afirmación de que el “consentimiento” del cónyuge no adoptante configurado en los artículos 172, número 3.^º y 173 A) del Código civil, se puede construir perfectamente como un “asentimiento previo”, al menos en el terreno doctrinal.

Téngase en cuenta a estos efectos, que para surgir la figura del “asentimiento”, se requiere según la doctrina científica que concurran los siguientes requisitos:

- a) Existencia de un negocio jurídico.
- b) Declaración de voluntad unilateral, recepticia o no.
- c) Que dicha declaración, sea emitida por persona no interviniénte en el negocio jurídico; esto es, que sea ajena a él.

Por otra parte y para completar esta calificación jurídica, hemos de indicar, que según la más generalizada posición doctrinal, el “asentimiento” puede revestir dos formas o manifestaciones: *la previa* y *la subsiguiente*. En el primer supuesto, se denomina “consentimiento” y en el segundo “ratificación” (51). En el concreto supuesto que estamos contemplando, nos hallamos ante la primera de estas modalidades.

Sentado lo que antecede y supuesto por lo antes indicado que la adopción es un negocio jurídico de derecho de familia, nos encontramos, con que para que pueda realizarse a la vez que como complemento para su validez, se requiere que el cónyuge no adoptante emita una declaración de voluntad, dirigida al que va a adoptar, manifestando su consentimiento —o negándolo— a dicho acto —asentimiento previo—. ¿Cabe pues más similitud con esta figura?

A su vez y partiendo de esta construcción del “consentimiento” de uno de los cónyuges para la adopción por parte del otro, hemos de agregar para completar su estudio, que tal y como la Ley 7/1970 lo regula, nos inclinamos a considerar que dicho “asentimiento” puede considerarse como una “*condictio iuris*”, en cuanto:

1.^º Reúne los requisitos de futuridad e incertidumbre respecto del acto de la adopción.

2.^º Se encuentra establecida por la Ley.

b') *El “consentimiento” del artículo 173, B) otorgado por el cónyuge del adoptado.*

Su naturaleza jurídica, nos parece la misma que la del supuesto anteriormente contemplado. En consecuencia, nos inclinamos por la fórmula del “asentimiento” y la cualidad de “*condictio iuris*”.

b) *El “consentimiento” para adoptar y ser adoptado, previsto en el artículo 173 A) y B) del Código civil.*

(51) Ver para ello, ENNECERUS, ob. cit., T. I, Vol. II, § 191, págs. 382 y ss.; LEHMANN, ob. y T. cits., págs. 469 y ss., y para España, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ob., T. y Vol. cits. de Ennecerus, págs. 391-392.

Nos referimos aquí tanto al "consentimiento" del adoptante sea éste soltero, viudo, padre o madre natural etc., como al del adoptando mayor de 14 años.

En nuestro modo de ver, este "consentimiento" merece la consideración de *requisito esencial* del negocio jurídico adopcional, por aplicación analógica del artículo 1.261, núm. 1.^o en relación con el 173 A) del Código civil, habida cuenta lo dispuesto en el párrafo cuarto de este último precepto, que no autoriza al Juez para prescindir de él mismo a diferencia de lo que acontece con el "asentimiento" (52).

2. Problemática del "asentimiento" y del "consentimiento" de los artículos 172, número 3.^o y 173, A) y B) del Código civil.

Constituye éste otro de los más interesantes aspectos que nos ofrece la actual reglamentación de la adopción, como acreditan entre otros los siguientes temas que vamos a examinar:

- a) Excepciones al otorgamiento del "asentimiento".
- b) Momento y lugar en que deben otorgarse ambas manifestaciones.
- c) Efectos de la no prestación de los mismos.

a) *Excepciones al otorgamiento del "asentimiento".*—Fue éste uno de los temas más debatidos en las Cortes, con motivo de la discusión del Proyecto de Ley sobre adopción (53), al pretenderse por alguno de los procuradores intervenientes que en el artículo y número que estamos comentando se hiciesen diversas especificaciones en orden a los supuestos en que debería ser o no necesario el "consentimiento" (54), y especialmente en lo relativo a si debían ser autorizados para adoptar los cónyuges separados de derecho tanto si eran inocentes como culpables (55).

Mas dejando a un lado estas discusiones y adentrándonos en el contenido del número 3.^o del artículo 172 y apartados A) y B) del 173 que estamos contemplando, es evidente que tal como el primero de ellos aparece redactado sólo en los supuestos de separación legal

(52) A mayor abundamiento, tégase en cuenta la Exp. de motivos de la Ley cuando nos dice: "Hay un consentimiento básico, sin el cual carecería de sentido siquiera pensar en la adopción, el del adoptante y el del adoptando mayor de catorce años..."

(53) Puede verse sobre lo indicado en el texto, el B. de las Cortes número 63/1970, del 10 de julio, en sus págs. 8 y ss., y de modo especial las 9, 10, 11, 14 y 15. Hemos de hacer constar que las discusiones no se centran en el núm. 3.^o del art. 172, sino que, sobre la base del "consentimiento", se extendieron al del cónyuge incapacitado, quedando, en consecuencia, un tanto desfasadas.

(54) Ver en mismo B. de nota anterior, pág. 9, en la que aparece la intervención del procurador señor GÓMEZ DE ARANDA SERRANO, así como la de los señores FANJUL SEDEÑO y HERNÁNDEZ NAVARRO (pág. 10), por su interés en relación con el tema.

(55) Por ejemplo, si debería también incluirse a los incapaces. (Procurador señor VALLBONA LORO, mismo B., pág. 9, y señor LÓPEZ PALOP, pág. 12.)

puede uno de los cónyuges, el inocente, adoptar o ser adoptado sin consentimiento del otro (56).

En consecuencia, estimamos, que no puede extenderse este supuesto a los casos de incapacidad por enajenación mental, sordomudez, prodigalidad, interdicción, menor edad, etc.

b) *En orden al momento y lugar en que deberán prestarse estas manifestaciones del “consentimiento”*.—Nos referiremos a esta cuestión más adelante, cuando contemplemos lo relativo al procedimiento para la adopción.

c) *En orden a los efectos de la ausencia del “asentimiento” o de la “consentimiento”*.—Siguiendo la sistemática que nos hemos trazado para el estudio del “consentimiento”, procederemos a distinguir en orden a sus efectos entre la ausencia del “asentimiento” y la del “consentimiento” propiamente dicho.

1) *Trascendencia jurídica del “asentimiento”*.—Decíamos al contemplar su naturaleza jurídica, que el “asentimiento” nos merecía la consideración de una “*condictio iuris*”.

Tomando esto como punto de partida, hemos de indicar ahora, que en nuestra opinión la ausencia de dicho requisito puede producir lo que pudiéramos denominar “*ineficacia condicionada*” del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del Juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia, imponiéndole como única limitación tener en cuenta “...*lo que considere más conveniente para el adoptando*”.

A esta conclusión, nos conduce no ya la letra del artículo 173-IV sino también la interpretación que de dicho *consentimiento previo* —o “asentimiento”— nos da el propio legislador cuando en la Exposición de motivos de la Ley 7/1970 nos dice:

“En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento ... que técnicamente tendrían mejor encaje en la figura del asentimiento; ... En las hipótesis indicadas, si la citación del llamado a consentir o asentir no pudiera efectuarse o, practicada, no concurriere, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptando...”

Por otra parte, y en favor de esta posición, puede también alegarse, que no podía ser mantenida en la reglamentación derogada dado que así como el artículo 173 número 4.^º de la misma se encontraba redactado en muy parecidos términos al actual 173, número 3.^º, existe sin embargo una esencial diferencia entre el artículo 176 anterior y el 173 actual en lo relativo a los efectos de este “consentimiento previo”, en cuanto mientras en aquél se declaraba la nulidad de la adopción en que no se cumplieran los requisitos en dicho precepto contenidos, entre los que se encontraban el “consentimiento” del cónyuge del adoptante, en el actual artículo 173 y por lo que

(56) Esta cuestión la hemos ya contemplado en págs. 728 y ss. y especialmente en la 730, a cuyo contenido nos remitimos.

a ese "consentimiento" respecta, se deja como hemos indicado la producción o no de efectos a la consideración del Juez.

No obstante, lo hasta ahora indicado en orden a la eficacia del "asentimiento" y las consecuencias de su falta o ausencia, hemos de indicar, que la solución por nosotros dada de no ser esencial para la efectividad de la adopción, puede ser atacada con base en la redacción del párrafo IV del tantas veces citado artículo 173.

En efecto, fijémonos, en que si bien el inciso primero de dicho párrafo parece otorgar al Juez amplísimo arbitrio para aprobar o no la adopción *"Si cualquiera de los llamados a prestar el consentimiento, fuera de los casos del adoptante y del adoptado no pudiera ser citado o citado no concurriere..."*, nada dice si compareciendo dichas personas *se negaren a otorgarle*, extremo éste que, sin embargo, se toca por el legislador en el segundo inciso de este mismo párrafo con referencia al *"...ser oídas..."*.

¿Qué acontecerá, pues, cuando el cónyuge no adoptante, o el del adoptando, o los padres por naturaleza, o el tutor compareciendo en el procedimiento de adopción negaren su consentimiento?

En nuestra opinión, el Juez seguiría conservando su arbitrio, fundándose principalmente para mantener esta posición en el hecho de que el artículo 173 no sanciona con nulidad la ausencia del "consentimiento", a diferencia de lo que acontece con la legislación derogada, otorgando plena libertad al juzgador salvo en los casos de ausencia del consenso del adoptante y adoptando.

No obstante, hemos de hacer una crítica de la reglamentación legal vigente, en lo relativo a unos extremos que pueden inducir y de hecho inducen a error, cual son:

a) No haber incluido en el inciso primero del párrafo IV de este artículo la frase: *"...o concurriendo se negare a otorgar su consentimiento..."*, con lo que se habría evitado la posibilidad de estimar que el Juez carece de arbitrio para declarar la adopción.

b) La contradicción que supone el número 3.^º del artículo 172 y el párrafo IV del 173.

En efecto, ¿para qué el primero de ellos, si en el 173-IV se convierte el "asentimiento" en una "conductio iuris" no indefectiblemente productora de la ineficacia de la adopción?

Porque, fijémonos a estos efectos, en que no sólo en los casos de negar el "asentimiento" el cónyuge no adoptante o no adoptado, puede el Juez si lo estima conveniente para el adoptando aprobar la adopción, sino que, incluso, si no pudiere ser citado o no concurre a la citación le es posible llegar a la misma solución.

A la vista de ello, cabe pues preguntar: ¿qué más da que el cónyuge del adoptante o adoptando esté separado de hecho o de derecho?, ¿o que sea incapaz, esté ausente, sea pródico, etc.?

Consecuencia de esto es, que en nuestro modo de ver, tanto en los casos de cónyuge no adoptante o no adoptado incapaz, como menor de edad, ausente, etc., el otorgamiento del "asentimiento" no

es requisito esencial para la efectividad de la adopción ni siquiera necesario en orden a su prestación. Por ello, no acabamos de explicarnos la razón de haberlo exigido el legislador con ese especial interés, en lugar de haberlo incluido en el “*Deberán ser oídos...*” del mismo artículo 173-IV, en cuanto en realidad los efectos producidos son los mismos y se haría más sencillo el acto adopcial.

No obstante y para aquellos supuestos en que dicho “asentimiento” se prestare, hemos de indicar, que en nuestra opinión:

1.^º *En los casos que el cónyuge no adoptante o del adoptando sea menor de edad*, puede otorgar el “asentimiento” “per se”, no necesitando de representante legal.

Nos fundamos para mantener esta posición, en que:

a') El Código civil no contiene ninguna limitación en orden a la edad respecto de este “asentimiento” o “consentimiento”, limitándose a establecer que no podrá adoptar: “*Uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro...*” (art. 172, núm. 3.^º, C. c.).

Por tanto, limitar en cualquier forma la clara dicción legal, pondría hacer una interpretación extensiva no permitida en este orden de cosas (57).

b') El menor de edad, aunque incapacitado para la conclusión de actos o negocios jurídicos de carácter patrimonial, no lo está para la válida realización de ciertos actos o negocios jurídicos de derecho de familia, tales como el contraer matrimonio civil desde los 12 ó 14 años (art. 83, núm. 1.^º, C. c.), incluso sin licencia de las personas que deban otorgarla (art. 45, 1.^º, C. c.), produciendo efectos (art. 50, C. c.); o pedir su nulidad (art. 102 en relación con el 101, núm. 1.^º, C. c.); e incluso, el reconocimiento de hijos naturales (58) y no creemos que el otorgamiento de este “asentimiento” sea acto de mayor entidad que el reconocimiento de un hijo natural (59).

c') No le es aplicable al no adoptante ni al cónyuge del adoptado lo dispuesto en el artículo 172-III, ya que por expresa disposición legal el hallarse “...en el ejercicio de todos sus derechos civiles”,

(57) En primer lugar, porque la Ley no alude para nada a esta limitación y, consiguientemente, sería de aplicación el brocardo “*Ubi lex non distinguit...*”, admitido por nuestra doctrina jurisprudencial, entre otras, en SS. T. S., Sala 1.^a, 20 enero 1908 y 27 febrero 1909.

En segundo lugar, porque equivaldría a hacer una interpretación extensiva del principio prohibitivo contenido en el art. 172-III, en orden a la capacidad para adoptar y en materia de capacidad general, lo que prohíbe también nuestra doctrina jurisprudencial.

(58) En este sentido se manifiesta un considerable sector de nuestra doctrina científica.

(59) En nuestro modo de ver y mirando el tema con un criterio patrimonialista, contraer matrimonio, pedir su nulidad y reconocer hijos naturales, implica la realización de “*actos de disposición*”, mientras que el “asentimiento” a que nos estamos refiriendo merecería a lo sumo la consideración de “*acto de administración*”.

es exigible únicamente al adoptante, no a su cónyuge ni al adoptando.

2.º *En los supuestos de incapacidad del cónyuge no adoptante y del de el adoptado*, el “consentimiento previo” o “asentimiento”, no puede en nuestra opinión ser otorgado por sus representantes legales (60).

Estimamos, pues, con un cierto sector de nuestra doctrina científica, que siendo el “consentimiento” del cónyuge no adoptante un derecho personalísimo, no puede sustituirse ni siquiera por su representante legal (61), máxime, cuando por las razones que hemos indicado este “consentimiento” no es requisito esencial para la validez o eficacia de la adopción.

En consecuencia, somos de la opinión, que tanto si el cónyuge no adoptante es incapaz, como pródigo, etc., pese a la dicción del artículo 172, núm. 3.º y por virtud de lo dispuesto en el 173-III, podrá el Juez fundado en ese “...no pudiere ser citado...” pocas veces más justificado que en los supuestos de incapacidad por enfermedad mental, ausencia, etc., aprobar la adopción *si fuere conveniente para el adoptando*.

2) *En orden a la eficación del “consentimiento” otorgado por el adoptante y el adoptando*.—Viene este epígrafe referido, al “consentimiento” “stricto sensu”, o sea, al que debe prestar el adoptante y el adoptado a tenor de lo dispuesto en el artículo 173, A) y B).

Siendo éste un requisito o elemento esencial del negocio adopcional (62), creemos que su ausencia motivará la inexistencia del mismo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.261 del Código civil (63).

(60) Disentimos, así, de la opinión de GAMBON ALIX, en ob. cit., pág. 165, de la de PUIG BRUTAU, ob., T. y Vol. cits., págs. 290-291, y de la de ARCE y FLÓREZ VALDÉS, ob. cit., pág. 63, haciendo la advertencia que puede ser nuestra opinión la equivocada.

(61) Ejemplo de este personalísimo e *irrepresentable* o indelegable derecho lo tenemos en la interpretación jurisprudencial del art. 131 del C. c., que declara, entre otras cosas:

a) No basta la confesión de los herederos del presunto padre, para acredecitar el reconocimiento (SS. T. S., Sala 1.ª, 22 octubre y 29 diciembre 1927.)

b) La posesión de estado es acto de poder exclusivo del padre, no pudiendo constituirse por la familia (SS. T. S., Sala 1.ª, 5 enero 1945, 25 junio 1946, 29 noviembre 1958).

c) No tiene carácter de reconocimiento expreso la declaración de la madrina en la partida bautismal de la procedencia del hijo (SS. T. S., Sala 1.ª, 19 diciembre 1970).

En contra de este carácter personalísimo se manifiesta ALBADALEJO, para quien puede realizarse con poder especial, tesis que no compartimos.

(62) Así, resulta claramente de la Exp. de Motivos de la Ley, cuando con referencia al mismo nos dice: “*Hay un consentimiento básico, sin el cual carecería de sentido la adopción...*”.

(63) Hemos de citar aquí la S. T. S., Sala 1.ª, de 11 noviembre 1961, que declaró la nulidad de la adopción realizada sin “consentimiento” del cónyuge no adoptante.

Mas, como el estudio de esta cuestión presenta interesantes implicaciones, procederemos a la exposición y examen de alguna de ellas:

a) *Supuesto de adopción realizada por ambos cónyuges, siendo uno de ellos menor de 30 años o no teniendo más de 16 que el adoptando.*—Somos de la opinión, que la cuestión viene resuelta por el propio artículo 172-III al declarar suficiente que uno de los cónyuges adoptantes tenga cumplidos los 30 años y sea 16 años mayor que el adoptando, para que la adopción sea válida.

Mas el problema surge, cuando uno de los cónyuges sea menor de edad, ya que en tal supuesto entran en juego dos principios antagonicos:

1.º El ya indicado, de bastar con que tales requisitos concurran en uno solo de los cónyuges.

2.º El establecido en la primera parte del citado párrafo tercero del artículo 172, a tenor del cual se requiere que el adoptante: "...se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles...".

Nos inclinamos a considerar con un autorizado sector de nuestra doctrina, que cuando esto acontezca, no podrá realizarse la adopción conjunta por faltar un requisito básico para la perfección del negocio adoptivo, cual es la capacidad plena de una de las partes (64).

En estos casos, por tanto, estimamos habrá de acudirse al ya contemplado supuesto de adopción por parte del cónyuge jurídicamente apto, limitándose el menor a otorgar su "asentimiento" a dicho acto, en espera de alcanzar la mayoría de edad.

b) *Que uno de los cónyuges sea incapaz, pródigo, etc.*—La situación, es la misma que hemos contemplado en el supuesto anterior. En consecuencia, estimamos aplicables las mismas soluciones.

c) *Que el adoptando sea mayor de 14 y menor de 21 años.*—Parece evidente, de conformidad con lo prevenido en el artículo 173, B), que podrá otorgar su "consentimiento" para la adopción.

Cabe sin embargo distinguir, según se encuentre soltero o casado. En el primero de estos supuestos, se requerirá además el "asentimiento de su cónyuge, requisito respecto del cual nos remitimos a lo dicho en su momento.

Caso de ser soltero, bastará su "consentimiento", que en nuestra opinión y dada la redacción del citado artículo 173, B), deberá presentar él y no sus representantes legales.

Entendemos que esta resolución, cuya doctrina no es hoy aplicable por venir referida al supuesto regulado en el artículo 176 de la legislación derogada, que carece en la actual de equivalente, lo es, sin embargo, en la ausencia del "consentimiento" del adoptante, por su cualidad de requisito esencial y "básico", como dice la propia Exp. de motivos de la Ley.

En este sentido y sobre la ausencia de "consentimiento" en general en la adopción, ver SERRANO SERRANO, ob. cit., pág. 151.

(64) Así, por ejemplo, para la actual Ley, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, en ob. cit., pág. 48; también, LETE DEL RÍO, en Conferencia pronunciada en el cit. Curso sobre la Adopción, Fac. Der. Valladolid.

Téngase en cuenta a estos efectos, que en la primitiva redacción de la adopción, el artículo 178 exigía el "consentimiento" del adoptado *si fuere mayor de edad* y el de las personas que *debieran darlo para su casamiento si fuere menor*, criterio que mantuvo la reforma de 1958 en el mismo precepto.

Hoy, se distingue sin embargo, entre el mayor de 14 años que a estos efectos se equipara al antes mayor de edad y el menor de dicha edad, respecto del cual únicamente se exige el "...ser oido..." (65).

Creemos, por tanto, que exigir después de la vigente reforma que la incapacidad del adoptando menor de edad sea suplida en lo relativo a la prestación de su "consentimiento" por el "asentimiento" de sus representantes legales, va contra la letra y el espíritu de la Ley si se hubiere deseado mantener la limitación que contemplamos, no habría prescindido de la frase "...el de las personas que debieran darlo para su matrimonio".

d) *Que el adoptando sea mayor de edad pero incapaz.*—Nos referimos, claro es, al supuesto de que la incapacidad haya sido declarada judicialmente.

En estos casos, habrá de estarse en primer lugar a la extensión de la incapacidad declarada en el auto (66). Consiguientemente, si la resolución dictada en el procedimiento sumario que regulan los artículos 213 y siguientes del Código civil no limita el gobierno de su persona, entendemos podría dar perfectamente su "consentimiento" a la adopción, toda vez que para ser adoptado el Código civil no exige hallarse en el pleno uso de los derechos civiles.

También nos inclinamos a considerar, que podrán dar este "consentimiento" los prodigos, quebrados concursados, etc., por la misma razón.

La cuestión, surge, cuando la incapacidad declarada sea plena, en cuanto pese a la dicción del artículo 213 del Código civil, es lo cierto que la misma afecta tanto a la administración como a la disposición de los bienes y a la guarda de la persona.

Entendemos, pues, que cuando ello acontezca será de aplicación lo dispuesto en el artículo 173, D), siendo sustituido el "consentimiento" por el "asentimiento".

(65) En contra, LETE DEL RÍO, en Conferencia cit., y ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, en ob. cit., pág. 50. Ambos se apoyan en la interpretación que de la capacidad hace ALBADALEJO en sus "Instituciones...", T. I, Barcelona, 1960, páginas 100 y 107 a 109.

De acuerdo con lo indicado en el texto, estimamos esta interpretación válida para la reglamentación anterior de la adopción, pero no para la actual.

(66) Téngase en cuenta a los efectos de lo que hemos indicado en el texto, que la actual doctrina jurisprudencial admite ya la regulación de la incapacidad de los oligofrénicos. Nosotros, ampliando esta interpretación del artículo 218 del C. c., estimamos que es posible incluso la de los dementes (Ver "La incapacidad de los locos y dementes: ¿es susceptible de graduación en nuestro Derecho positivo?", en Rv. G. L. J., 1967).

miento" del incapaz por el del tutor con autorización del Consejo de Familia (67).

c) El "consentimiento" de los padres naturales del adoptando o del tutor.

Quede aclarado, que nos referimos a los padres por naturaleza, sean naturales "stricto sensu" o legítimos. Este "consenso" viene regulado en el artículo 173, C) y D) del Código civil.

Siguiendo el mismo orden sistemático que para el estudio de las examinadas formas de "asentimiento" y "consentimiento", procederemos a distinguir:

1) *Naturaleza jurídica y efectos de este "consenso".*—En nuestra opinión, es la misma que la del "consentimiento" del cónyuge del adoptante y adoptando.

Sobre la base, por tanto del "asentimiento", nos inclinamos por la fórmula de la "condictio iuris", produciendo análogos efectos.

2) *Problemática de este "consentimiento".*—Hemos de distinguir en lo que a este aspecto hace, entre el "consentimiento" de los padres por naturaleza (art. 173, C) y el del tutor (art. 173, D).

A) *En cuanto al "consentimiento" regulado en el artículo 173, C) del Código civil*, a la vista del mismo cabe indicar:

Que dicho "consenso", puede ser otorgado separada o conjuntamente.

Qué sólo puede otorgarse si el adoptando es menor de edad y está sujeto a la patria potestad.

A la vista de estas condiciones o requisitos, llegamos a las siguientes consecuencias:

a') No es necesario este "consentimiento", cuando el adoptado haya contraído matrimonio, en cuanto este acto produce de derecho la emancipación (art. 314-1.º, C. c.) y consiguientemente la conclusión de la patria potestad (art. 167-2.º, C. c.).

b') Es sin embargo necesario, aun cuando el adoptando sea mayor de 14 años.

Esto contrasta con lo establecido en el apartado B) del mismo artículo, siendo un motivo más de crítica, en cuanto no acaba de comprenderse que ese apartado exija el "consentimiento" del adoptado mayor de 14 años y el que estamos contemplando requiera el de sus padres por naturaleza, máxime cuando mientras el legislador otorga a aquél la cualidad de elemento esencial para la adopción, reduce el de los padres a la condición de un mero o simple requisito ético, sin efecto trascendente alguno para la eficacia del negocio adoptivo, de

(67) Así opina LETE DEL RÍO, en Conferencia cit. En nuestra opinión, en estos casos carece de aplicación lo dispuesto en el último párrafo de dicha letra, en cuanto para declarar la incapacidad ha de estar previamente constituida la tutela.

acuerdo con lo prevenido en el artículo 173-IV que autoriza al Juez incluso para prescindir de él, si los padres no pudieren ser citados o no concurriesen.

Nos inclinamos, pues, a considerar el “consentimiento” de los padres por naturaleza de los adoptando mayores de 14 años como un requisito sin interés ni eficacia alguna, fruto acaso de un no muy profundo estudio del problema y una falta de atención al apartado B) del mismo artículo, siendo de la opinión que debería acomodarse dicho apartado C) al contenido del B), en una futura reforma de la adopción (68).

B) *En orden al “consentimiento” del tutor*, viene regulado en el artículo 173, D) del Código civil, que no figuraba en la reforma de 1958, requiriendo según dicho precepto los siguientes requisitos:

- 1.º Que la tutela esté constituida.
- 2.º Que el tutor, obtenga la autorización del Consejo de familia.

Y a propósito de este último requesito, hemos de indicar que bien pudo el legislador de 1970 incluir esta autorización del Consejo de familia en el artículo 269 del Código civil, exclusión que no podemos por menos que criticar.

Por otra parte, estimamos aplicable este requisito a los acogidos en establecimientos de beneficencia, en cuanto por disposición de la Ley corresponde a los mismos la tutela de aquéllos (art. 212, C. c.).

Por último, indicaremos, que al igual que acontece con el consentimiento anteriormente examinado, éste no constituye requisito esencial para la eficacia y validez del negocio adoptivo. En consecuencia, se otorgue o no, sea o no afirmativo, es lo cierto que el Juez podrá tenerlo o no en cuenta según estime o no conveniente la adopción para el adoptando (art. 173-V, C. c.).

d) *Naturaleza jurídica de la “audiencia” otorgada a las personas comprendidas en el artículo 173-III y 174-I del Código civil.*—Viene referido este epígrafe, a la frase “...ser oídos...” que en dichos preceptos y párrafos se emplea, con referencia al adoptando menor de 14 años; a los padres por naturaleza; a quienes se hubiere privado o suspendido el ejercicio de la patria potestad; a la persona que tuviere a su cargo la guarda del menor o, en el caso de tratarse de huérfanos, de sus abuelos; así como a los padres de los menores abandonados si fueren conocidos.

(68) Partimos de que para nosotros, el apartado B) del artículo 173 debe aceptarse. En consecuencia, la reforma deberá afectar sólo al apartado C), que para ponerlo en conexión con el anterior, podría, por ejemplo redactarse así:

“El padre y la madre, conjuntamente o por separado, del adoptando menor de catorce años sujeto a patria potestad.”

Cierto que el menor de edad está sujeto a la patria potestad; mas o se modifica el apartado B), exigiendo únicamente el consenso del mayor de edad, lo que, como indicamos, no creemos deba hacerse, o, como propugnamos, si el consentimiento del mayor de catorce años es requisito básico del negocio adop-cional, sobra el de sus padres por naturaleza.

En nuestro modo de ver, este “...ser oídos...”, si bien tiene la misma efectividad jurídica que el “asentimiento” ya examinado (69), nos inclinamos a considerarlo más bien como un requisito formal que sustantivo (70).

Cierto es, que el propio legislador, en la Exposición de motivos inicia una diferenciación entre el “asentimiento” y este “ser oídos”, cuando nos dice: “*En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento...*” y “*...El último grado o escala la ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas...*”; mas habida cuenta el tratamiento jurídico de una y otra manifestación, es lo cierto, que entre ambas no existen en nuestro modo de ver otras diferencias además de las puramente gramaticales, que una de carácter más bien ético, representada por la diferente consideración estimativa que al legislador le ofrecen; por un lado quienes son cónyuge del adoptante, padres por naturaleza del adoptando que conservan la patria potestad o tutor; y por otro, el adoptado menor de 14 años, los padres por naturaleza cuya patria potestad esté suspendida o privada, los que estuvieren ejerciendo la guarda del adoptado, o en su caso, los abuelos de la linea del padre o madre premuertos.

1. *Problemática del “ser oído”*.—El artículo 173 cuyo párrafo IV estamos comentando, ha sido uno de los que han experimentado mayores modificaciones a lo largo de su discusión en el seno de la Comisión de justicia, modificaciones que afectaron también como es lógico a dicho párrafo (71).

En la actualidad, a la vista de su letra, podemos establecer que el requisito del “ser oído” viene limitado a las siguientes personas:

a) *Los adoptados menores de 14 años*.—Mas como el precepto que contemplamos, exige que dichos menores tengan juicio suficiente

(69) Ver el párrafo siguiente del artículo 173.

(70) Nos fundamos para mantener esta opinión, principalmente, en su situación sistemática dentro del artículo 173, en cuanto ha sido segregado de los apartados relativos al “consentimiento” (A a D), para situarlo en unos párrafos fundamentalmente procesalísticos, dado que regulan la tramitación del procedimiento a seguir para la adopción conjuntamente con el artículo siguiente (el 174).

Por otra parte, la frase “ser oído” sólo figura en un precepto del C. c. no referido a la adopción; el artículo 216, relativo a la declaración de incapacidad de los locos y sordomudos, precepto éste de naturaleza formal pese a hallarse en el C. c. Sin embargo es relativamente frecuente en la Ley de Enjuiciamiento civil, tanto respecto del Ministerio Fiscal (arts. 81-I, 82, 84, 85, 86, 89, 90, 1815-I, etc.) como de las partes (arts. 89, 101-III, 496-I, 550-I, 1813, 1814, etc.).

(71) Así, en la letra del Proyecto, figuraba en este párrafo la frase “... que estuviere ejerciendo *de hecho* la guarda del adoptando”, habiéndose eliminado la palabra “*de hecho*”. No aparece en el B. de las Cortes la razón de su presión.

Por otra parte, en el Anteproyecto, no figuraba la frase “*a quienes se hubiera privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad*” con referencia al padre y a la madre, que se introdujo en la Ley merced a una observación del Procurador señorita LANDABURU (Ver B. Cortes, 10 junio 1970, apéndice 63, pág. 22 y 24).

es evidente que el mero hecho de tener menos de dicha edad no supone necesariamente que deban ser oídos.

Por otra parte, la exigencia de tal condición en los menores de 14 años, nos lleva directa e inmediatamente al planteamiento de una cuestión: la de quién será el encargado de valorar ese juicio.

Nada dice la Ley con referencia a este punto concreto. Nosotros, nos decidimos por la estimación judicial, fundados en las facultades que la actual reforma le concede para valorar los requisitos de la adopción y la conveniencia de la misma para el adoptando.

b) *Los padres o madres por naturaleza*, a quienes se hubiere privado o suspendido la patria potestad.

Este párrafo, es complemento de lo dispuesto en la letra C) de este mismo artículo, en la que se alude al “consentimiento” del padre o madre que tenga la patria potestad sobre el menor.

Por otra parte y con referencia al mismo, entendemos, que en este supuesto deben entenderse comprendidos no sólo los casos de privación (art. 171, C. c.), sino también los de pérdida (art. 169, C. c.) de la patria potestad, además claro es, de los de suspensión (art. 170, Código civil).

En consecuencia, somos de la opinión, que “*Deberán simplemente ser oídos...*” los padres que se encuentren en cualquiera de dichas situaciones.

c) *La persona que tuviere la guarda del adoptando*.—La supresión de la palabra “hecho” que figuraba en el Anteproyecto de Ley de la Adopción hace que el ámbito de esta guarda se haya ampliado considerablemente, en cuanto deben entenderse comprendidos en la frase tanto los guardadores de hecho como de derecho.

Sin embargo, en nuestra opinión, este supuesto es de muy escasa aplicación en la práctica, toda vez que sólo lo consideramos aplicable a los escasísimos casos de prohijamiento y acogimiento familiar en que los prohijantes o jefes de familia que hayan realizado el acogimiento decidan dar en adopción a los prohijados o acogidos.

Y decimos esto, porque aún cuando aparentemente pueda estar dirigida la frase a que nos estamos refiriendo a los Jefes de las Casas de Expósitos o establecimientos de beneficencia, como incluso se dijo durante la discusión de este artículo en las Cortes (72), es lo cierto que ello implicaría una criticable y antinómica redundancia, desde el momento que este supuesto se encuentra ya previsto en el propio artículo 173, D) en relación con el 212 del Código civil, dado que dichos Jefes son los tutores *ex lege* de los recogidos en dichas casas y establecimientos, debiendo como tales prestar su “consentimiento” y no “ser oídos”.

Efectos que produce la omisión de este requisito.—Tal y como aparece redactado el inciso segundo del párrafo IV del artículo 173, entendemos, que la trascendencia del “ser oído” en orden a la eficacia

(72) Ver B. de las Cortes, núm. 65/1970, pág. 8.

de la adopción es prácticamente nula, en cuanto no sólo autoriza al Juez para prescindir de dicha fórmula “*si no pudiere ser citado o citado no concurriere*”, sino que se le faculta para decidir lo que estime más conveniente para el adoptando “...*aún cuando comparezcan manifestando su criterio desfavorable a la adopción*”.

IV. IRREVOCABILIDAD Y EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN

Pese al título de este Capítulo, los temas a tratar en él son más amplios, en cuanto no nos vamos a limitar al estudio de la irrevocabilidad de la adopción ni a la problemática de su extinción considerada desde el estricto punto de vista del artículo 177 del Código civil, sino que incidiremos en el examen de la inexistencia y nulidad del negocio adopcional.

Y hecha esta breve indicación del sistema a seguir en el desarrollo del contenido de este Capítulo, diremos, que tanto la irrevocabilidad como la extinción de la adopción vienen recogidos en el citado artículo 177, que dice así:

“Artículo 173. La adopción es irrevocable.

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

Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción:

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

2.º 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.

3.º El Ministerio Fiscal, siempre que lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado.

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

Siguiendo, pues, la tónica legal comenzaremos por el estudio de:

a) *La revocación de la adopción*.—Supuesto que esta institución es, como hemos venido indicando, un negocio jurídico del derecho de familia, y que la revocación, según un autorizado y amplio sector de la doctrina civilista, es un acto extintivo producido por la voluntad de una o ambas partes (73), nos encontramos con que, desde el

(73) Sobre la cuestión, puede verse ROMANO SALIS, en “Revoca degli atti giuridici privati”; CARIOTA FERRARA, “El negocio jurídico”, Madrid, 1956; CARNELUTTI, “Teoría General del Derecho”, Madrid, 1955; CASTÁN TOBENAS alude a ella en su “Derecho...”, T. I, Vol. II, edic. 9.ª, págs. 680, 681 y 692, reco-

punto de vista estrictamente doctrinal, la revocación de la adopción es perfectamente posible.

Mas ello no deja de ser una posibilidad puramente doctrinal, en cuanto la clara dicción del párrafo primero del artículo que estamos comentando, cuya fórmula es fiel reproducción del artículo 175 de la reforma de 1958, *sanciona la irrevocabilidad de la adopción*.

El criterio legal no es en general contradicho, aunque sí en ocasiones criticado por nuestra doctrina científica, en cuanto no faltan quienes consideren debiera ser revocable por mutuo disenso (74).

Mas, repetimos, el párrafo primero de este artículo es terminante viniendo además corroborado por el contenido del párrafo segundo, a tenor del cual no afectará a la adopción *la prueba de la filiación legítima del adoptado, el reconocimiento de su filiación natural o la legitimación*.

Por otra parte hemos de indicar que, en nuestro modo de ver, esta prohibición de revocar viene referida al negocio adopcional perfecto y no a la que pudiera llamarse fase preparatoria o previa de la adopción durante la que evidentemente pueden revocarse los actos realizados.

También interesante en orden al tema de la revocación es el párrafo segundo del artículo que estamos comentando, del que algún autor dice que afecta indirectamente a la adopción *"por cuanto legítima para pedir su extinción..."* (75).

No podemos por menos que criticar este párrafo, cuyo alcance no acertamos a comprender habida cuenta:

a) Que precisamente en el párrafo anterior se ha prohibido de modo terminante y sin excepción alguna la revocación de la adopción.

b) Que ello supuesto, autorizar al menos implícitamente como hace este párrafo a los padres legítimos o naturales para interesar la revocación de la adopción realizada, además de superfluo, implica grave y criticable contradicción.

Igualmente hemos de indicar respecto de este párrafo que su situación en el contexto del artículo 177 puede inducir a error. Y decimos esto porque, mientras no faltan comentaristas que le estimen referido a la extinción de la adopción (76), nosotros no compartimos este criterio por estimar viene referido exclusivamente a su revocación.

giendo la posición de MESSINEO, que la considera como *una declaración de voluntad unilateral, consistente en la retractación de un precedente acto o negocio jurídico, consentida por la Ley*.

(74) Tal acontece con GAMBÓN ALIX, en ob. cit., pág. 357.

(75) Así se manifiesta ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, en ob. cit., pág. 84 y nota 90, donde critica este precepto, cuya redacción considera "desafortunada", calificación ésta que compartimos.

(76) Tal acontece con el autor citado en nota anterior, misma pág. y nota.

Téngase en cuenta a estos efectos que, en la reforma de 1958, el artículo 175 contenía un último párrafo muy parecido a éste (77), lo que autorizaba a entender su aplicación tanto a la irrevocabilidad consagrada en el párrafo primero como a la extinción regulada en los siguientes.

Mas en la reglamentación vigente, el párrafo que estamos examinando está situado a continuación del que prohíbe la revocación de la adopción, lo que habida cuenta su cambio de situación, respecto a la reglamentación anterior, puede entenderse —y en ese sentido lo interpretamos nosotros— como indicador de ser exclusivamente aplicable a ella.

Por otra parte ha de tenerse también en cuenta que para la extinción de la adopción existe un párrafo equivalente a éste, el tercero, cuyo número segundo autoriza al padre y madre legítimos o naturales para interesar esa extinción en los supuestos que dicho número autoriza.

Concluimos pues el estudio de este párrafo diciendo que, en nuestra opinión, podía perfectamente suprimirse en una futura reforma.

b) *Extinción de la adopción.*—La adopción es un negocio jurídico. En consecuencia, por muy especiales que sean los pertenecientes al derecho de familia, parece evidente que en términos generales venga sometida a las causas o motivos de ineficacia e invalidez que afectan a los negocios jurídicos (78).

Dichas causas o motivos pueden ser de muy diversa índole, en cuanto comprenden desde la inexistencia hasta la rescisión, sin olvidar la nulidad radical, la relativa o anulabilidad, e incluso la revocación a la que ya nos hemos referido.

Mas antes de entrar en el estudio de esas especiales manifestaciones de la ineficacia e invalidez de los negocios jurídicos proyectadas sobre la adopción, consideraremos conveniente perfilar el alcance de este epígrafe dedicado a la “extinción” de dicha institución.

A tales efectos, comenzaremos por indicar, que el examen de dicha “extinción” la vamos a realizar con arreglo a un doble criterio; el de la “extinción” en general de la adopción, considerada como negocio jurídico del derecho de familia; y el de la “extinción” de la misma desde el punto de vista del artículo 177-II y III del Código civil.

(77) Dicho párrafo decía así: *El reconocimiento de la filiación natural del adoptado o su legitimación no afectará a la adopción.*

(78) En este sentido se manifiesta entre otros SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios...”, T. V, Vol. 2, Madrid, 1912, núm. 23, pág. 116, donde nos dice le es aplicable la doctrina general de la nulidad. Criterio parecido, para la reforma de 1958, siguen LACRUZ VERDEJO y SANCHO REBULLIDA, “Derecho...”, cit., pág. 432, así como PUIG BRUTAU, ob. y Vol. cits., pág. 317; CASALS COLLEDECARRERAS, Nueva Enc. Jurídica SEIX, T. I, Barcelona, 1950, Voz Adopción, págs. 404-405; etc.

Aunque estas posiciones vienen referidas bien a la redacción original bien a la reforma de 1958, las consideramos perfectamente aplicables en general a la situación actual.

Considerada la cuestión extintiva desde el primer punto de vista, contemplaremos la problemática de la "inexistencia", "nulidad radical", "nulidad relativa" o anulabilidad y "rescisión" del negocio adopcional.

Estimada, a su vez, bajo el prisma del derecho positivo y concretamente del artículo 177-II y III, la problemática queda reducida al estudio de los supuestos en dicho artículo y párrafos contemplados. Este segundo punto de vista lo desarrollaremos bajo el epígrafe "impugnación de la adopción".

Comenzaremos, pues, con el estudio de esa primera fase o criterio de los motivos o causas de ineficacia e invalidez del negocio jurídico de adopción (79).

Inexistencia.—Surge esta forma de ineficacia cuando falta alguno de los requisitos esenciales del negocio. Proyectando en consecuencia este concepto sobre la adopción nos encontramos con que podrá ser declarada "inexistente":

a) Cuando falte en la misma el consentimiento del adoptante o del adoptando (art. 173, A), en relación con el 1.261, núm. 1.^º del C. c.).

b) Cuando exista error en la persona del adoptando (80).

c) Cuando falte la causa, o ésta sea falsa o ilícita (art. 1.261, núm. 3.^º, en relación con el 1.275 del C. c.) (81).

d) Por faltar alguno de los elementos subjetivos esenciales para la adopción; tal acontece:

1. Si el adoptante tiene menos de 30 años cumplidos, salvo que la adopción se verifique por un matrimonio y uno de los cónyuges tenga dicha edad, o se trate de la adopción de un hijo natural reconocido (art. 172-III y IV, C. c.).

2. Si el adoptante no tiene 16 años más que el adoptando, salvo si se trata de la adopción de un hijo natural reconocido (mismo artículo del C. c.).

(79) Para los conceptos de "ineficacia" e "invalidez" de los negocios jurídicos en general, ver DE CASTRO, "El negocio jurídico", cit., págs. 462 y ss.

(80) No es pacífica la posición de nuestra doctrina científica en orden a la influencia del error en la eficacia y validez de los negocios jurídicos. Parece, sin embargo, predominar la idea de que el error en la persona es causa de anulabilidad, salvo el caso de que el negocio se haya celebrado precisamente en atención o consideración de la persona.

Por ello, y más aún por estimar que en los negocios jurídicos del Derecho de familia la persona es elemento esencialísimo, al punto de provocar el error en la misma la nulidad radical del matrimonio (art. 101, núm. 2.^º, C. c.), es por lo que nos hemos decidido a incluir en el epígrafe de la *inexistencia* el *error en la persona* del adoptando, toda vez, que es evidente la esencialidad de dicha circunstancia en la adopción.

(81) Incluimos aquí los supuestos de simulación absoluta, productores de *inexistencia* según la doctrina jurisprudencial (ver SS. T. S., Sala 1.^a, de 19 diciembre 1960 y 8 mayo 1964, entre otras).

Por otra parte y a diferencia de lo que acontece con el error, la doctrina se manifiesta más conforme con la nulidad radical de los negocios por falta o ilicitud de la causa.

e) Por inobservancia de los requisitos de forma esenciales para su eficacia; tal acontece:

1. Con la adopción realizada por mera declaración verbal del adoptante al padre o madre del adoptando.
2. Con la adopción del menor abandonado, realizada antes de haber transcurrido 6 meses de su internamiento (art. 174-IV, C. c.).
3. Con la adopción del menor abandonado, cuya situación de tal no haya sido declarada por el Juez (art. 174-V, C. c.).
4. Con la falta de aprobación judicial de la adopción (artículo 173-I y 175-I, C. c.).

Nulidad radical (82).—Surge, según la doctrina científica, cuando el negocio se celebra contraviniendo una disposición legal.

Sobre tal base podrían considerarse como supuestos de nulidad radical del negocio de adopción:

- a) La realizada por alguna de las personas a quienes la Ley prohíbe tal acto (art. 172, núms. 1.^º a 3.^º, C. c.).
- b) La adopción plena realizada por persona no comprendida en el artículo 178-I del Código civil.
- c) La adopción plena de mayor de 14 años que no estuviere viviendo antes de alcanzar dicha edad en el hogar y en compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos (art. 178-II, C. c.).
- d) La realizada sin intervención del Ministerio Fiscal (artículo 173-1.^º, C. c.).

Nulidad relativa (anulabilidad) (83).—En nuestra opinión, son causas de anulabilidad las reguladas en el artículo 1.300 del Código civil siempre que puedan aplicarse a la adopción, y las específicas de este negocio jurídico. Consiguientemente, podemos señalar por vía de ejemplo:

1. Cuando el consentimiento del adoptante o adoptado esté vivido por error, dolo, violencia o intimidación (84).

(82) Mantiene el criterio de que la adopción puede ser radicalmente nula: SÁNCHEZ ROMÁN, en ob., t. y pág. cit., con carácter general y para la primitiva redacción legal de esta institución; MUCIUS SCAEVOLA, "Comentarios...", T. III, páginas 693 y ss., también para la redacción original del Código; CASALS COLLDECARRERA, ob., t. y págs. cits., igualmente para dicho momento; PUIG PEÑA, "Las situaciones...", cits., págs. 1048-1049; LACRUZ VERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 437; PUIG BRUTAU, ob. y T. cits., pág. 317; estos tratadistas, para la reforma de 1958; a su vez y para la situación actual, CHICO ORTIZ, ob. cit., pág. 1455, y ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, ob. cit., pág. 80.

(83) Admiten la nulidad relativa de la adopción, CASALS COLLDECARRERAS, ob. y t. cits., pág. 405, por las causas del artículo 1.300 del C. c., para la redacción primitiva del C. c., y PUIG PEÑA, "Las situaciones...", cit., pág. 1051, la misma época. A su vez y con carácter general, para la ineficacia e invalidez, SÁNCHEZ ROMÁN, en ob., t. y págs. cits.

(84) Hemos de indicar que cuando aludimos aquí al error no incluimos el que afecta a la persona del adoptando por estimar, como ya hemos indicado en su lugar, que es un motivo de inexistencia.

Mas hemos de poner también de manifiesto que pese a estimar la generalidad de la doctrina científica que el error en general, el dolo, la violencia y la intimidación son motivos de anulabilidad, tratándose de la adopción no

2. Cuando no se haya citado a las personas cuyo consentimiento no sea esencial para la eficacia y validez de la adopción (art. 173-III y IV del C. c.).

3. Cuando no se haya citado a las personas que deban ser oídas (art. 173-IV, C. c.).

Rescisión.—Se entiende por “rescisión” aquella forma de ineficacia del negocio jurídico que es originada por la lesión o el perjuicio que su celebración origina a los intervenientes o a tercera personas.

Si proyectamos este concepto sobre la adopción, nos encontramos con que en opinión de algún autor patrio es factible la “rescisión” del negocio adoptivo, señalando como supuestos de tal forma de ineficacia ya la comprendida en el núm. 1.^º del artículo 175 (85), ya la del núm. 2.^º (86).

Por nuestra parte, preferimos seguir para la situación actual la tesis mantenida para la reforma de 1958, por aquéllos que consideraban los supuestos comprendidos en el citado artículo 175 (hoy 177) como casos de impugnación al igual que acontece con los regulados en los artículos 111 a 113 del Código civil (87).

Y decimos esto porque si la “rescisión” implica perjuicio o lesión, difícil resulta suponer su existencia en los supuestos que contempla el artículo 177, en cuanto el único que acaso podría suscitar alguna duda sería el contemplado en el número 1.^º de dicho precepto, duda que por otra parte quedaría aclarada con sólo contemplar el artículo 854 del Código civil (88).

Impugnación de la adopción.—Siguiendo el criterio que apuntábamos en el epígrafe anterior, consideramos que el párrafo tercero

acabamos de estar conformes con tal posición, pese a incluir en este grupo dichas causas.

Y decimos esto, porque es evidente que los negocios del Derecho de familia ofrecen una especial fisonomía, que ha de afectar necesariamente a su eficacia y validez (ver sobre el error, concretamente, la obra de BORREL Y SOLER, “Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil”, Barcelona, 1947, páginas 380 y ss.).

Ejemplo de ello lo tenemos en el ya indicado error en la persona, que produce la nulidad radical del matrimonio (art. 101, núm. 2.^º), así como en la propia intimidación, que origina análoga nulidad (art. 101, núm. 2.^º).

(85) Así, OGAYAR AYLLÓN, “La nueva regulación de la adopción”, Rv. D. J., número 2/1960, pág. 36, en cuanto si bien incluye este supuesto dentro del epígrafe de la “impugnación”, dice que se trata propiamente de una acción decisoria. También GAMBÓN ALIX, ob. cit.

(86) Tal acontece con CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, ob. cit., págs. 233-234.

(87) Se manifiestan en este sentido, MADRUGA MÉNDEZ, ob. cit., páginas 770 y ss.; BONET RAMÓN, “Compendio...”, cit., T. IV, págs. 680-681, en cuanto al tratar de la “extinción” de la adopción y con referencia al artículo 175 de la reforma de 1958, emplea el término “impugnación”.

(88) En efecto, según el citado núm. 1.^º del artículo 177, el adoptado podrá ejercitarse la oportuna acción de impugnación fundado en alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de los ascendientes, que son precisamente las recogidas en el artículo 854.

Pues bien, en nuestro modo de ver, resulta difícil mantener que las causas recogidas en este precepto puedan ser consideradas motivos de “rescisión”.

del artículo 177 viene referido a la “impugnación” de la adopción, para provocar a través de la misma su extinción.

Ello sentado, creemos necesario comenzar el examen de dicho artículo distinguiendo entre la “extinción” de la adopción como negocio jurídico del derecho de familia y la “extinción” de la patria potestad que dicha figura genera.

a) *La “extinción” de la adopción y el artículo 177 del Código civil.*—Contempla este precepto la “extinción” de la adopción a través del ejercicio de unas acciones que un sector de la doctrina científica patria denomina con acierto de “impugnación”, sin duda por su semejanza con las reguladas en los artículos 111 a 113 y 133-III del Código civil, acciones éstas que van dirigidas a combatir y rechazar la filiación adoptiva.

En consecuencia, estimamos que si bien como hemos indicado es posible obtener la declaración de inexistencia, nulidad, etc., de la adopción, ello no es por aplicación de lo dispuesto en el artículo 177 del Código civil, cuyo ámbito viene limitado a los supuestos comprendidos en sus números 1.^º a 3.^º, sino por el juego de otros preceptos del Código civil.

Y hechas estas breves indicaciones previas, comenzaremos el examen de este artículo, que hace referencia en sus citados números 1.^º a 3.^º, a ciertos supuestos de extinción, que pueden clasificarse con arreglo a un doble bien que inescindible criterio: a) *El subjetivo*, y b) *el objetivo*.

El primero, viene referido a las personas que pueden interesar la extinción de la adopción; el segundo, a las causas o motivos de la misma.

Procederemos a hacer una esquemática y comparativa exposición de ambos criterios clasificatorios:

Criterio subjetivo

Pueden pedir la extinción de la adopción:

a) *El adoptado, dentro de dos años siguientes a su mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad hubiere desaparecido.*

b) *El padre o la madre legítimos o naturales, dentro de los dos años siguientes a la adopción.*

c) *El Ministerio Fiscal.*

Criterio objetivo

Causas por las que puede interesar la extinción de la adopción:

a') *Cualquiera de las que dan lugar a desheredación de los ascendientes.*

b') *Cuando no hubieren intervenido en el expediente, ni prestado consentimiento, si probaren que fue por causa no imputable a ellos.*

c') *Cuando conozca motivos graves que afecten el cuidado del menor o incapaz.*

Del esquema expuesto aparece que la extinción de la adopción por el ejercicio de las acciones impugnatorias que el artículo 177 establece, sólo puede decretarse a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal.

Ello puede plantear la duda de si dicha extinción podría operarse a instancia de los establecimientos de beneficencia que hubieren facilitado la adopción del menor abandonado, de los Tribunales Tute-
lares de Menores en casos semejantes, etc.

Estimamos que la solución del problema radica en el amplísimo ámbito de la frase "*El Ministerio Fiscal, siempre que lleguen a su conocimiento motivos graves...*", a la vista de la cual somos de la opinión que las entidades u organismos referidos se encuentran únicamente facultados para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de esos "...motivos graves...", siendo éste quien se encuentra legitimado para interesar dicha extinción mediante el ejercicio de la oportuna acción impugnatoria.

Por otra parte y según el párrafo segundo de este precepto, la extinción de la adopción sólo puede pedirse judicialmente estimando que el procedimiento adecuado será el juicio ordinario de mayor cuantía, salvo en los supuestos de los artículos 169 y 171 del Código civil.

Y hecho este apunte clasificatorio de los supuestos legales de extinción de la adopción, procederemos a realizar un breve examen de sus aspectos más interesantes:

Supuesto 1.º del artículo 177.—Son requisitos para interesar la impugnación o extinción de la adopción a que se refiere este supuesto los siguientes:

a) Que se pida por el adoptando mayor de edad no incapacitado. En nuestra opinión, este derecho o facultad es personalísimo e intransferible.

b) Que la petición se funde en alguna de las causas de desheredación de los ascendientes (art. 854 del C. c.). Estimamos que estas causas no admiten interpretación extensiva.

c) Que la acción se ejercente dentro de los dos años siguientes a haber alcanzado la mayoría de edad o desaparecido la incapacidad. Somos de la opinión que se trata de un supuesto de caducidad más que de prescripción, lo mismo que acontece con los recogidos en los artículos 113, 128 y 137 del Código civil (89).

(89) Así se manifiestan para los artículos citados en el texto, entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., T. I, Vol. II, pág. 725; ALBADALEJO, "El reconocimiento de la filiación natural", Barcelona, 1954, pág. 214 y nota 463; PUIG BRUTAU, ob., t. y vol. cits., págs. 37, 41. Por su parte, LACRUZ VERDEJO y SANCHÓN REBULLIDA, en ob. cit., si bien dicen, respecto del artículo 128, que "... la acción prescribe...", agregan "—más propio sería, quizás, hablar de caducidad—".

En cuanto a la doctrina jurisprudencial, pueden citarse en este sentido, entre otras, las siguientes sentencias de la Sala 1.^a del T. S.: 24 enero 1947, 23 junio 1961 y 5 marzo 1963.

Supuesto 2.º—Requiere los siguientes requisitos: a) Que se ejerzte la acción por los padres legítimos o naturales. En consecuencia, no están legitimados para interesar la extinción de la adopción, ni los padres ilegítimos no naturales, ni los ascendientes legítimos o naturales del adoptado que no sean sus padres.

Por lo que a los padres naturales se refiere, cabría discutir si deben entenderse aquí comprendidos únicamente los naturales que hubieren reconocido al adoptando o todos en general.

Nos inclinamos hacia la interpretación más amplia, habida cuenta que el párrafo que comentamos no establece distinción alguna.

b) Que no hubieren intervenido en el expediente de adopción, ni prestado su consentimiento a la misma, siempre que justificaren *fue por causa no imputable a ellos*.

c) Que ejerciten la acción “...*dentro de los dos años siguientes a la adopción*”. Entendemos, que al igual que indicábamos del anterior, es éste un plazo de “caducidad”.

El único problema que creemos puede plantear este supuesto de “caducidad”, es el relativo a como, o mejor dicho, desde cuando debe comenzar a contarse el plazo.

En efecto, ¿cómo ha de entenderse la frase “*dentro de los dos siguientes a la adopción*”?: ¿a partir de la aprobación judicial de la misma, o del otorgamiento de la escritura pública, o de la inscripción de ésta en el Registro del Estado civil?

Somos de la opinión, que puesto que para nosotros la adopción queda válidamente constituida con la aprobación judicial, el referido plazo comenzará a contarse a partir de ese momento.

Supuesto 3.º—Exige que se cumplan los siguientes requisitos:

a) En el aspecto subjetivo, que la acción se ejerzte por el Ministerio Fiscal, y se trate de menores o incapaces.

b) En el aspecto objetivo, que se funde en la existencia de “...*motivos graves que afecten al cuidado del adoptando menor de edad o incapacitado*.”

c) Que se ejerzte durante la menor edad o la incapacidad del adoptando.

Entendemos, que aún cuando la Ley no establece aquí un plazo numeral para el ejercicio de la pertinente acción impugnatoria, al señalar como límite la mayoría de edad o la desaparición de la incapacidad, deberá entenderse que se trata de un plazo de “caducidad” como los anteriores.

Por otra parte, somos de la opinión, que iniciada la acción por el Fiscal durante la menor edad o incapacidad del adoptado, si no se hubiere solventado la litis antes de llegar aquél a la mayoría de edad, o durante su curso recuperare judicialmente la capacidad, deberá interrumpirse el curso del procedimiento instado por el Ministerio Fiscal, poniendo en conocimiento del adoptado la existencia del mismo, por si desease operar la sustitución procesal.

Extinción de la patria potestad adoptiva: El examen del artículo 177, al que venimos refiriéndonos, puede plantear entre otros el problema de si al margen de la “extinción” de la adopción a través del ejercicio de las acciones de impugnación que acabamos de estudiar, cabe, como acontece con la patria potestad por naturaleza, la suspensión o privación de la potestad que el vínculo adoptivo genera.

Y decimos esto, porque si bien el contenido del artículo 177 se limita a aludir y regular la “extinción”, no podemos olvidar:

a) Que el artículo 176-1, a la vez que atribuye a los hijos adoptivos los derechos del legítimo, les impone sus mismos deberes, y a su vez, el párrafo tercero de este mismo precepto, otorga al adoptante la patria potestad respecto del adoptando menor de edad o incapacitado.

b) Que la patria potestad, se extingue —o acaba— (art. 167, C. c.); se pierde (art. 169, C. c.); se suspende (arts. 170 y 171, C. c.); o se priva de ella a los padres por naturaleza (art. 171, C. c.).

c) Que el supuesto contemplado en el número primero del artículo 177, comprende una causa de pérdida de la patria potestad recogida en el artículo 854, número 1.º, en relación con el 169 del Código civil.

d) Que, a su vez, el número 3.º del artículo 177 ofrece muchos puntos de contacto con las causas de privación y suspensión contempladas en el artículo 171 del Código civil.

A la vista de lo expuesto, entendemos, que puede no extinguirse, suspenderse, acabar, etc., la adopción más si la patria potestad que la misma confiere al adoptante o adoptantes (90). En consecuencia, somos de la opinión:

1.º Que la emancipación del hijo adoptivo, produce de hecho y de derecho la extinción de la patria potestad adoptiva (art. 168, núm. 2.º, C. c.).

2.º Que la incapacidad o ausencia del padre, de la madre o de ambos si la adopción se realiza por un matrimonio “suspende” la patria potestad (art. 170, C. c.).

3.º Que en todo caso y como acontece con la patria potestad por naturaleza, su extinción, privación, etc., “...no alcanzará a los efectos patrimoniales anteriormente producidos” (art. 177, párrafo último, C. c.), ni, en nuestro modo de ver, a los derechos sucesorios

(90) Puede acaso, a primera vista, parecer un tanto extraña la indicación del texto, que procuraremos, por tanto, aclarar.

Creemos que tanto la filiación legítima y natural como la adoptiva, producen unos vínculos que pueden perfectamente persistir como tales aunque la patria potestad que los ha originado se deteriore jurídicamente hablando.

Así, producida la extinción de la patria potestad por naturaleza o por adopción en virtud de alguna de las causas indicadas en el artículo 167, las consecuencias tanto de carácter patrimonial como estrictamente económicas e incluso las familiares (así, las alimenticias, lo relativo a los apellidos, etc.), siguen o pueden al menos seguir persistiendo, no ya sólo por aplicación del párrafo último del artículo 177 respecto de las relaciones adoptivas, sino también y en general, del artículo 69-IV del C. c. y sus concordantes.

de los adoptados en cuanto en lo que a ellos se refiere tienen *casi* la misma condición que los hijos legítimos.

Por cierto, que la contemplación de este párrafo, el último del artículo que estamos comentando, plantea entre otros interesantes problemas el del alcance del término "extinción" y el que pudiera derivarse de la tan frecuente frase "interpretación a contrario sensu".

1.^º *Ambito del término "extinción" en el artículo 177 del Código civil.*—Como se deduce de lo que indicábamos al comienzo del presente capítulo, en nuestra opinión, el concepto "extinción" viene empleado por el legislador en este precepto en el sentido de *consecuencia del ejercicio de las acciones de impugnación* que en los números 1.^º a 3.^º se describen (91).

Ello, no implica sin embargo, que extinguida la adopción por cualquier otro procedimiento o motivo —inexistencia; nulidad radical; etc.—, no pueda ser aplicable el último párrafo de este artículo, ya que en nuestra opinión lo es a todos ellos.

2.^º *Sobre si el hecho de que la extinción de la adopción no tenga efectos retroactivos patrimoniales, implica que los pueda producir de otro carácter y que afecte a los efectos futuros.*—Dos son las facetas que el problema aquí presentado ofrece:

a) La relativa al alcance o extensión de la irretroactividad de la extinción de la adopción; y

b) La de si extinguida la adopción, puede seguir produciendo efectos de alguna clase.

a) *Alcance retroactivo de la extinción de la adopción.*—En la reforma de 1958, existía un pronunciamiento que guardaba cierta semejanza con el que estamos comentando; el contenido en el penúltimo párrafo del artículo 175 que decía así:

"En los casos en que se declare extinguida la adopción quedará sin otros efectos que los ya consumados."

Contemplados ambos párrafos, estimamos no sólo de mayor amplitud sino también más beneficioso para los adoptados el del actual artículo 177, a la vista del cual y en lo relativo al tema que estamos examinando extraemos las siguientes consecuencias:

1.^a La extinción de la adopción, no afecta "a los derechos patrimoniales anteriormente producidos".

En nuestro modo de ver, tampoco afectará a los ya iniciados que no hubieren llegado a consumarse al extinguirse la adopción.

2.^a Creemos que tampoco puede afectar a los derechos no patrimoniales anteriormente producidos, tales como la adquisición de apellidos, deuda alimenticia, etc.

b) *Efectos futuros de la extinción de la adopción.*—Es éste un tema más trascendente que el anterior, en cuanto lo consideramos ligado a la esencia de la familia adoptiva.

(91) Hemos de insistir una vez más en que ello no implica que la adopción no pueda extinguirse por otras causas o motivos.

En efecto, hemos venido viendo a través del examen de la vigente Ley, cómo la finalidad fundamentalmente perseguida por ella era no sólo "...facilitar y robustecer el vínculo adoptivo..." (92), sino también lograr esto a través de "...la equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos..." (93).

Pues bien, si tomamos esta finalística declaración del legislador de 1970 como punto de partida para el desarrollo de este epígrafe, la cuestión se puede plantear así:

Extinguida la adopción por cualquiera de las causas que pueden producirla y hemos contemplado, ¿dejará de producir efectos el vínculo filiacional constituido por esa adopción que se extingue?

En nuestro modo de ver y adoptando una postura de gran generalidad, estimamos que continuará produciendo efectos tanto de carácter patrimonial como estrictamente familiar (94).

Nos apoyamos para formular esta opinión, en estas dos consideraciones:

1.^a Que la específica regulación de la adopción no lo prohíbe, en cuanto el artículo 177-IV se limita a sancionar la no retroactividad de su extinción a los efectos patrimoniales producidos.

Mantener, por tanto, que dicha extinción afecta a los derechos futuros, supone en nuestra opinión hacer uso de una interpretación extensiva en perjuicio de los adoptados, a la vez que una interpretación "a contrario sensu" de dicho párrafo, interpretaciones éstas de muy dudosa admisión (95).

2.^a Que tratándose de la familia legítima, el Código civil así lo admite al proclamar en su artículo 69:

"El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo.

Si ha intervenido buena fe de parte de uno sólo de los

(92) Ver Exposición de motivos de la Ley 7/1970.

(93) Ver misma Exp. de motivos.

(94) Decimos *adoptando una postura de gran generalidad*, porque no rechazamos que en algún concreto supuesto pueda la extinción de la adopción impedir que surjan esos futuros derechos familiares. Lo que acontece es que, en nuestra opinión, la regla general es que, pese a dicha extinción, esos derechos pueden seguir adquiriéndose.

(95) Rechazamos para la adopción la interpretación tanto extensiva como "a contrario sensu", por estimar no se acomodan al procedimiento finalista en cuanto perjudican siempre al adoptando, en cuyo interés, precisamente, se ha promulgado la Ley 7/1970.

Pero es que además y sobre la base de que la citada Ley es teleológicamente adoptivista, podrían tenerse en cuenta bien que siempre con las necesarias cautelas, esos aforismos jurídicos que proscriben la interpretación restrictiva de las materias desfavorables (vid. DE CASTRO, "Derecho civil...", I, página 525 y SS. T. S., Sala 1.^a, de 11 enero y 23 marzo 1964), así como el principio "*ubi lex non distinguit...*", también necesitado del adecuado cuidado en orden a su aplicación, pero que en este concreto supuesto podría aplicarse por las consideraciones indicadas (vid. mismo autor y SS. T. S., Sala 1.^a, de 20 enero 1908 y 27 febrero 1909, y de la Sala Social de 19 febrero 1946).

cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.

La buena fe se presume, si no consta lo contrario.

Si hubiere intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos."

En consecuencia, si la Ley 7/1970 ha establecido la equiparación de la filiación adoptiva a la legítima, no creemos pueda sancionarse por vía de excepción la inaplicación a aquélla de los beneficios establecidos en favor de los hijos por el precepto transcrita.

El problema, surge sin embargo, cuando la nulidad de la adopción se produzca por haberse contraído el matrimonio de los adoptantes con infracción de la prohibición contenida en el artículo 83, número 5.º del Código civil, dado, que según el artículo 51 de dicho Cuerpo legal tales matrimonios no producirán efectos civiles, ni siquiera si se contrajeren de buena fe pese a lo prevenido en el transcrto artículo 69 (96).

Así enfocada la cuestión, nos inclinamos a considerar que en estos casos se entenderá sin efectos civiles de ninguna clase la adopción pese a lo establecido en el último párrafo del artículo 177, fundados en que supondría un trato de favor para los hijos adoptivos respecto de los legítimos, y sobre todo, para la relación jurídico-familiar adoptiva de inferior calidad aún, pese a la vigente Ley 7/1970, que la legítima.

Por cierto, que el tema de la nulidad del matrimonio de los adoptantes por cualquiera de las causas que se recogen en el artículo 101 del Código civil, ha sido motivo de alguna discusión en nuestra doctrina científica, en cuanto no faltan quienes estimen que ello provoca la nulidad de la adopción (96 bis).

Estamos de acuerdo con los que rechazan esta postura, por estimar, que si tal nulidad no provoca la extinción de la patria potestad legítima, al menos en los contrayentes de buena fe, tampoco debe producirla en la adoptiva.

Por último, vamos a tocar un tema que ya apuntamos anteriormente y dejamos para examinar aquí; el de los efectos de la adopción realizada por persona que declarada posteriormente incapaz por enajenación mental, se acredite que padecía dicha enfermedad antes de adoptar.

El hecho de plantear esta cuestión, obedece, a que si bien la norma general derivada de lo dispuesto en el artículo 213 del Código civil, es la de que mientras no se declare la incapacidad de las personas a que se refiere, son válidos los actos por ellas realizados, no puede olvidarse, que en opinión de un cierto sector de nuestra doctrina "Los actos que haya celebrado el loco o demente sin las condiciones necesarias para emitir una declaración válida de voluntad" pueden

(96) Vid. sobre ello nuestro trabajo "El artículo 51 del Código civil. Sus relaciones con el 69", en A. D. C. 1964, págs. 65 y ss.

(96 bis) Sobre ello, ver LACRUZ VERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ob. cit., página 427.

ser impugnados (97), criterio que no siempre rechaza nuestra doctrina jurisprudencial (97 bis).

A la vista de ello y de lo hasta ahora indicado en materia de "inexistencia", "nulidad", etc., nos inclinamos por la validez de la adopción fundados en lo que dispone el artículo 213 del Código civil (97³).

A mayor abundamiento, acreditada la incapacidad anterior del adoptante, podría en todo caso irse a la nulidad o anulabilidad de la adopción, mas caso de conseguirse, entraría en juego lo que hemos venido manteniendo para los supuestos de invalidez e ineficacia de la misma, en orden a sus efectos.

V. PERFECCION DE LA INSTITUCION Y PROCEDIMIENTO PARA LLEVARLA A CABO

Dos son los temas que vamos a estudiar bajo este epígrafe; el primero de ellos, con fundamentales aunque no exclusivos matices sustantivos; el segundo, de clara pero tampoco única significación formal, encontrándose por otra parte ambos estrechamente ligados, al punto de hacerse en ocasiones imposible su separación.

Y decimos esto, porque si bien los artículos 173 a 175 del Código civil —que son fundamentalmente los que aquí vamos a examinar— se encuentran contenidos en un Código de Derecho sustantivo y contienen normas de la misma naturaleza, no podemos olvidar que son dichos preceptos los que regulan precisamente el procedimiento para llevar a efecto la adopción.

Comenzaremos, por tanto, haciendo una transcripción de ciertos párrafos de los mismos:

"Artículo 173. La adopción requiere la aprobación del Juez competente, con intervención del Ministerio Fiscal."

"Si cualquiera de los llamados a prestar consentimiento fuera del caso del adoptante y del adoptado, no pudiere ser citado o citado no concurrirese, el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando. Lo mismo observará en cuanto a las personas que deban ser oídas, aun cuando comparezcan manifestando su criterio desfavorable a la adopción."

"El Juez, aun cuando concurran todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptando, conforme a las circunstancias de cada caso,

(97) Así, CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., T. I, Vol. II, pág. 213. También PUIG PEÑA, en "Tratado...", T. I, Vol. 2, págs. 172-173. Por su parte VALVERDE, "Tratado...", T. I, pág. 329, admite la posibilidad de obtener la anulación de dichos actos.

(97 bis) Tal acontece con las SS. T. S. de 21 abril 1911 y 23 marzo 1944. Incluso, en cierto modo al menos, las de 21 abril 1896 y 8 mayo 1922. En otro sentido, pueden citarse las de 7 abril 1903 y 27 febrero 1927.

(97³). Ver sobre ello, DE CASTRO, "Derecho...", T. II, Parte Primera, páginas 223, y las citadas SS. T. S. de 7 abril 1903 y 27 febrero 1914, así como la de 9 febrero 1943.

y muy especialmente si el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos" (97⁴).

"Artículo 174. En la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor, previendo en el artículo anterior, *sin perjuicio de que se oiga a los padres si fueren conocidos o se presentaren.*"

"La situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer del expediente de adopción" (98).

"Artículo 175. Aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública, que se inscribirá en el Registro correspondiente" (99) (100).

I) Perfección de la adopción

Hemos dicho ya al estudiar la naturaleza jurídica de esta figura, que la adopción, era en nuestra opinión un negocio jurídico familiar de carácter formal.

Tal naturaleza, ha de influir necesariamente en la institución, tanto en lo relativo a su nacimiento como a su perfección, tema éste que vamos a desarrollar aquí y del que bien podemos comenzar diciendo que es en nuestro modo de ver complicado, dado que en el mismo se entremezclan el aspecto sustantivo y el formal, a la vez que en orden al primero se presentan no muy diferenciadamente dos aspectos distintos; el relativo al nacimiento y el de la perfección del negocio de adopción.

Queda pues centrado el tema. Mas, con ello, surge la primera interrogante: ¿cuál es el acto constitutivo de la adopción?; o, si se prefiere, ¿en qué momento puede decirse que ésta ha surgido al mundo de las relaciones jurídicas familiares? Y cabe aún inquirir: ¿es posible un nacimiento y una perfección de la adopción como actos distintos?

(97⁴). De este artículo, transcribimos únicamente los párrafos primero, cuarto y quinto, que son los de contenido procesal bien que alguno de ellos, como hemos indicado en el texto, tenga claros matices sustantivos.

(98) De este artículo, hemos transcripto exclusivamente los párrafos primero y último.

(99) Es el párrafo primero de este precepto.

(100) Entre los artículos 173-I y 175-I de la Ley 7/1970 y los 176-I y 177 de la reforma de 1958, existen estas diferencias:

a) Que en la redacción actual se alude a la aprobación de la adopción por el Juez, tanto en el artículo 173-I como en el 175-I, mientras en la derogada únicamente se aludía a ella en el 177.

b) Que en el artículo 175-I actual, se emplea el término "escritura pública", mientras en el 177 anterior solamente se hablaba de "escritura".

c) Que mientras en dicho artículo 177 se señalaba el contenido que debía tener la referida escritura, en el actual 175-I no se contiene ninguna referencia a dicho extremo.

d) Que en el artículo 175-I se ha suprimido la frase "definitivamente" que emplea el citado artículo 177, sustituyéndola por la palabra "judicialmente".

De estas diferencias, acaso la fundamental a los efectos que estamos estudiando en este capítulo, sea la señalada en el apartado c).

La doctrina científica patria, si bien no toca directamente lo relativo al nacimiento de la adopción, se inclina con rara unanimidad y para la reforma de 1958 a considerar, que aquélla *se perfecciona por el otorgamiento de la escritura pública y no por la aprobación judicial* (101).

Mas, cabe preguntar, si bajo el imperio de la actual reglamentación puede mantenerse esta posición, siendo nuestra opinión negativa, aun cuando ello no suponga oposición plena y total a dicha tesis.

Procederemos a exponer nuestra opinión en este orden de cosas, tomando como punto de partida el estudio de los requisitos de ese negocio jurídico familiar de carácter formal que es la adopción, elementos que a la vista de los artículos 173 a 175 y siguiendo la técnica más frecuente entre nuestros civilistas, podemos esquematizar así:

a) *Requisitos previos:*

1.º "Asentimiento" o "audiencia" del cónyuge del adoptante y adoptando, así como de las demás personas indicadas en el artículo 173, C), D) y párrafo tercero (103).

2.º Valoración judicial de las circunstancias de cada caso.

3.º En los supuestos del artículo 174, apreciación y declaración judicial de la situación de abandono.

b) *Requisitos simultáneos:*

1.º Consentimiento del adoptante o adoptantes y del adoptando (104).

2.º Intervención del Ministerio Fiscal.

c) *Requisitos ulteriores:*

1.º Aprobación judicial de la adopción.

2.º Otorgamiento de la escritura pública.

3.º Inscripción de la misma en el Registro del Estado civil correspondiente.

Procedamos a un más detenido examen de estos requisitos, salvo el del "asentimiento", "consentimiento" y "audiencia", ya estudiados anteriormente por su carácter sustantivo (104 bis).

(101) Entre quienes mantienen este criterio, pueden citarse BONET RAMÓN, DE LA VALLINA DÍAZ, HERNÁNDEZ GIL (A), MADRUGA MÉNDEZ, PERÉ RALUY, bien que con críticas y PIÑAR SERRA.

(102) Para la Ley 7/1970 mantiene análogo criterio, ORTIZ CHICO, ob: *cit.*, pág. 1437.

(103) Es éste un requisito de carácter sustantivo, no formal. Téngase en cuenta a estos efectos, lo que hemos indicado al comienzo del presente capítulo en orden a la imposibilidad que en ocasiones existe, de establecer una clara separación entre los aspectos sustantivos y formales del nacimiento y la perfección del negocio adoptivo.

(104) Este requisito, es también de carácter sustantivo.

(104 bis) No obstante, del consentimiento considerado bajo el prisma del procedimiento de adopción, trataremos más adelante.

a) Requisitos previos

1.º *Valoración judicial de las circunstancias de cada caso.*— Este requisito, parece ofrecer en la reforma de 1970 dos aspectos o facetas, aun cuando en nuestra opinión sólo sea una; la de los párrafos IV y V del artículo 174.

Y decimos que aparecen como dos manifestaciones distintas (105) dado que mientras en el párrafo IV la decisión del Juez parece venir referida a la estimación de la no citación o no concurrencia de los llamados a prestar el “consentimiento”, en el párrafo V se hace referencia a la valoración de las circunstancias de cada caso en orden a la ulterior aprobación o desestimación de la adopción.

En nuestra opinión, sin embargo, ambos supuestos tienen una misma razón de ser y vienen referidos a lo mismo; la valoración de esas circunstancias teniendo en cuenta la conveniencia del adoptando.

Fijémonos, a este respecto, en que si bien el inciso primero del párrafo IV parece en principio autorizar la interpretación de que ante la imposibilidad de citar a quienes deban serlo, o si citados no concurrieren, el Juez puede ponderar esa ausencia insistiendo o no en la citación o búsqueda de dichas personas; el inciso segundo del mismo párrafo conduce a la solución que mantenemos, en cuanto según el mismo, personados quienes deban ser oídos y manifestado su criterio contrario a la adopción, ¿qué otras posibilidades tiene el Juez aparte de las de valorar las circunstancias que concurren con vistas a aprobar o rechazar en su momento la adopción, atendiendo a lo más conveniente para el adoptando? (106).

Por otra parte, no debe olvidarse, que el “asentimiento” de estas personas no impide “per se” la adopción, en cuanto no es requisito esencial.

En nuestra opinión, por tanto, la frase “...el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando...” que se contiene en el citado párrafo IV, debería suprimirse en una futura reforma, ya que carece de razón de ser en cuanto viene recogida en el párrafo V

(105) En este sentido parece manifestarse la Fiscalía del T. S. en su Circular 1/1971 referente a la reforma de la adopción, en cuanto con ocasión de referirse al párrafo IV de este art., dice:

“Para prevenir la posible ausencia de estas personas que deben prestar el consentimiento —salvo el caso del adoptante y adoptando mayor de 14 años— ó que simplemente deben ser oídas, la ley dispone que si no pudieran ser citadas, o citadas no concurrieren, puede el Juez acordar lo que considere más conveniente para el adoptando”.

(106) En el sentido de ser cosas distintas la valoración del Juez en el supuesto del párrafo IV y del V, parece manifestarse además de la Fiscalía del Tribunal Supremo, como indicábamos en la nota anterior, la Exposición de motivos de la Ley, cuando dice: “En las hipótesis indicadas, si puede la citación del llamado a consentir o asentir no pudiera efectuarse ó, practicada, no concurriere, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptando”.

y sólo puede ser fuente de dudas y discusiones, pudiendo en todo caso ser sustituida por la de "...podría prescindirse de ellos" (107).

Pero así como criticamos esta frase, por estimarla innecesaria, estimamos importante el tema de la citación de las personas a que el párrafo que estamos comentando se refiere en su inciso primero.

Y decimos que ello es interesante, por la enorme trascendencia que la omisión de dicho requisito o su cumplimiento viciado puede producir, al autorizar el artículo 177, número 2.º al padre o madre legítimos o naturales a ejercitar la acción de impugnación de la adopción, dentro de los dos años siguientes a la misma si "...no hubieren intervenido en el expediente...", "...ni prestado consentimiento, si probaren que fue por causa no imputable a ellos".

Porque, es evidente, que entre las causas que no pueden imputarse a dichos padres y, consiguientemente les legitiman para el ejercicio de la acción impugnatoria, se encuentra el no haber sido citados y el de no haber podido concurrir pese a la citación, por causas ajenas a su voluntad.

Mas ello, en nuestro modo de ver, constituye una cuestión puramente procedural, por la que ha de velar fundamentalmente el Ministerio Fiscal (108) y que no creemos sirva para justificar la frase que hemos criticado.

Debe por tanto velarse, porque las citaciones se hagan debidamente, siempre que los padres sean conocidos. Caso de no serlo, deberá justificarse en forma este extremo (109). En cuanto a la no concurrencia, pese a las citaciones, por causas ajenas a su voluntad, es algo que en nuestra opinión corresponde probar a los propios padres, si en su día pretendan esgrimir la acción impugnatoria de que habla el artículo 177, número 2.º.

Y pasemos al párrafo V de este artículo, en el que directamente se alude a la "valoración del Juez".

De interés a los efectos de la misma en relación con las "...circunstancias de cada caso...", es lo relativo a "...si el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos", párrafo éste que no figuraba en el Proyecto enviado a las

(107) Con ello, el párrafo quedaría redactado en el sentido de que si no pudieren ser citadas las personas a que se refiere, o si citadas no concurriesen, podría prescindirse de ellos, solución esta más conforme con la idea que preside la Ley 7/1970, de que únicamente hay unos consentimientos básicos; los del adoptante y adoptando.

(108) En este sentido se manifiesta la Circular de la Fiscalía del T. S. a que nos hemos referido en nota 106, que establece respecto de este punto:

"En estos casos de incomparecencia, el Fiscal en defensa del vínculo adoptivo, debe vigilar para que se cumpla con todos los requisitos que la Ley de Enjuiciamiento civil establece para las citaciones judiciales (arts. 269, 271 a 278 y concordantes)...".

(109) Ello puede hacerse por el Centro —Casa de Expósitos, establecimientos de beneficencia, etc.— donde esté acogido el adoptante, o por la Policía judicial a instancia del Juez o del Ministerio Fiscal.

Cortes y respecto del cual somos de la opinión que debe ser tenido muy en cuenta por el Juez cuando concurra (110).

2.º *Apreciación y declaración judicial del "abandono".*—Se trata de un requisito previo, recogido en el artículo 174-IV, que como resulta de este epígrafe únicamente es necesario en los supuestos de adopción de un "abandonado".

Es sin duda éste, uno de los aspectos de la adopción que más cambio ha experimentado, en cuanto la Ley de 1958 se refiere a los abandonados en relación con la adopción plena únicamente (artículo 178-II), no fijándose su concepto.

Creemos se trata de una modificación necesaria, que merece una crítica favorable, en cuanto ha ampliado considerablemente el campo de la adopción especialmente desde el punto de vista de los adoptados.

En cuanto a los requisitos fundamentales para la apreciación y declaración del "abandono", nos remitimos a lo indicado en su momento.

Supuesto que concurran, la apreciación y subsiguiente declaración de tal condición, corresponde al Juez a quien corresponda conocer del expediente de adopción. En nuestra opinión, y aún cuando la Ley nada dice expresamente en orden a este punto, creemos que como acontece con el artículo 173-IV y V, el Juez tiene amplias facultades para apreciar aquellos extremos que no constituyan requisitos esenciales; tal acontece, con la estimación de ese "...se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia.", que se contiene en el párrafo cuarto del artículo 174.

b) Requisitos simultáneos

1.º *Intervención del Ministerio Fiscal.*—En verdad, no incluimos entre los requisitos simultáneos la intervención del Ministerio Fiscal porque estemos plenamente convencidos de que sea éste su lugar adecuado, sino más bien, por estimar que ni la aprobación judicial ni la escritura pública tienen aquí su adecuado encaje y considerar, que esta intervención es previa a ellas razón por la cual no debe ser considerada como requisito posterior.

Por otra parte, no debe olvidarse, que la intervención del Fiscal representada en estos casos por su informe en orden a la conveniencia de la adopción para el adoptando menor o incapaz en cuanto no en vano tiene a su cargo proteger los derechos de los menores, incapaces, etc. (111), así como velar por la pureza del procedimiento adopcional (112), es previa a la aprobación judicial.

(110) Somos de la opinión, en relación con este párrafo, que aun cuando la Ley no lo exija debería oírse a los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos, para así formarse una mejor opinión de la conveniencia o inconveniencia de la adopción.

(111) Artículo 2.º del Estatuto del Ministerio Fiscal.

A su vez y en relación con este requisito, hemos de indicar, que en nuestra opinión constituye un requisito simultáneo esencial. En consecuencia, la adopción será radicalmente nula si en el procedimiento no interviene el Ministerio Fiscal (113).

c) Requisitos ulteriores

1.º *Aprobación judicial de la adopción* (114).—Este requisito, que viene recogido en el artículo 173-I, ha experimentado algunas modificaciones más bien de corrección de estilo que sustanciales respecto de la reforma de 1958.

(112) Artículos 1.º y 2.º del referido Estatuto. En relación con esta facultad, hemos de recordar lo que indicábamos al tratar de las citaciones a que se refiere el artículo 172-IV.

Por otra parte, y en orden a su intervención, llamamos la atención sobre la ya citada Circular de la Fiscalía del T. S., que trata el tema desarrollando las diversas facetas que comprende que según la misma son además de las específicamente señaladas en la Ley, las siguientes:

- a) Respecto del adoptante, procurar quede de manifiesto su arraigo, solvencia moral y económica, estado, si tiene hijos, etc.
- b) En lo relativo al adoptando, procurar la protección y amparo de los menores e incapaces, especialmente si son abandonados.
- c) Si el adoptante es extranjero, exijir la prueba de su capacidad para adoptar con arreglo a su legislación.

(113) Nos fundamos para mantener esta tesis de la nulidad radical en la imperatividad con que se exige su intervención en el artículo 173-I, al decir que "La adopción requiere la aprobación del Juez competente *con intervención del Ministerio Fiscal*".

Por otra parte, la intervención del Fiscal en este procedimiento ofrece cierta semejanza con el regulado en los artículos 213 y ss. del C. c., y especialmente con el artículo 215, en esencia igual al 177-3.º, en cuanto ambos facultan al Fiscal para interesar la incapacidad o el ejercicio de las acciones impugnatorias.

Pues bien, en el procedimiento sumario de los citados artículos 213 y ss. del C. c., la intervención del M. F. es preceptiva (vid. S. T. S., Sala 1.ª, 10 junio 1915 y S. Aud. Terr. Burgos, Sala de lo civil, de 21 mayo 1964 (en Rv. D. Jud., núm. 23/1965, pág. 16 de la última parte dedicada a las SS. Aud. Territoriales).

Lo mismo acontece con la intervención del Fiscal en el procedimiento sobre medidas provisionales en relación con la mujer casada (vid. S. Aud. Terr. de Madrid, Sala 1.ª de lo civil, de 16 octubre 1969, en Rv. Gral. Der., 1971, pág. 304).

Por último, hemos de hacer una referencia a la doctrina científica, en la que mantiene esta posición de nulidad radical por no intervención del Ministerio Fiscal en la adopción, CASALS COLLDECARRERAS, para la redacción anterior a la reforma de 1958. (ver su cit. ob., págs. 178-179).

Para la reforma de 1958 parece seguir la misma opinión, al menos de modo implícito, CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, en ob. cit., pág. 71, en cuanto al tratar de lo que llama "forma administrativa" de la adopción y aludir al artículo 176 del C. c., aplica la nulidad que el último párrafo de dicho artículo predicaba a la falta de todas las formalidades, incluida, por tanto, la intervención del Fiscal.

(114) Como hemos indicado en el texto, no faltan autores que incluyan la aprobación judicial como requisito previo del negocio de adopción; tal acontece, por ejemplo, con PUIG PEÑA, "Tratado...", cit., T. II, Vol. 2.º, págs. 131-132, y con DE LA VALLINA DÍAZ, en ob. cit., págs. 446 y ss.

Y lo primero que vamos a hacer respecto del mismo, es procurar justificar su inclusión entre los requisitos posteriores en lugar de entre los previos —como hacen algunos comentaristas—, o entre los simultáneos.

Nos hemos fundado principalmente para mantener tal criterio, en el significado del término “aprobación”, que significa tanto como “*dar por buena una cosa*” y consiguientemente, implica, que lo aprobado o dado por bueno existía ya.

Esta interpretación, tiene por otra parte su apoyo en la propia letra del artículo 175-I, que cuando nos dice: “*Aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura...*”, pone de relieve que lo “aprobado” es algo que ya se había realizado, bien que necesite de éste requisito para su efectividad (115).

Por otra parte, el problema fundamental que su estudio plantea, es en nuestro modo de ver el relativo a su carácter y consiguientemente, a sus efectos en orden a la validez y eficacia del negocio que aprueba.

“*La adopción requiere la aprobación del Juez...*”, dice el artículo 173-I, formula ésta de tan evidente imperatividad que no permite dudas; necesaria e ineludiblemente, el negocio adoptivo exige la aprobación judicial, lo que necesaria e ineludiblemente conduce a la consecuencia de ser éste uno de esos requisitos formales a los que la doctrina atribuye *valor constitutivo* o “*ad solemnitatem*” (116).

Estimamos, pues, que es la aprobación del Juez competente el requisito constitutivo del vínculo adopcional, que surge en consecuencia a la vida del Derecho en general y del de familia en particular a partir de dicho momento, aún cuando por las razones que más adelante indicaremos, no produce desde él la plenitud de sus efectos.

En cuanto a la competencia del Juez, nada dice el articulado del Código civil, no resolviendo tampoco nada la Exposición de motivos de la Ley 7/1970, que se limita a decir en orden a esta materia, que la competencia se confiere a la jurisdicción ordinaria.

Ello, puede plantear un problema de *competencia objetiva* por razón de la materia, en cuanto jueces son tanto los de 1.^a Instancia como los Municipales y Comarcales. Y que la cuestión no es a primera vista al menos tan sencilla como pueda parecer, lo acredita:

a) Que mientras el Preámbulo del Proyecto de Ley de Modificación del Capítulo V del título VII del Libro I del Código civil sobre adopción, contenía concretas referencias al Juez de 1.^a Instancia, la Exposición de motivos de la Ley 7/1970 se limita como

(115) Sobre el tema de la “aprobación”, “audiencia”, etc., es interesante el cit. trabajo de DE LA VALLINA DÍAZ, págs. 448-449, cuya lectura nos permitimos aconsejar, bien que no aceptemos plenamente su tesis.

(116) Ver sobre ello la cit. ob. sobre “El negocio...”, de DE CASTRO, págs. 278 a 280. En este sentido, concretamente, HERNÁNDEZ GIL, “*Dictámenes...*”, cits., I, pág. 18, y MANRESA, “*Comentarios...*”, T. II, pág. 63.

hemos dicho al hacer una genérica referencia a la jurisdicción ordinaria (117).

b) Que así como la reforma de 1958, aludía concretamente en su articulado al Juez de Primera Instancia (art. 178-IV), la de 1970 se limita a hablar del Juez, sin otra especificación.

Nos decidimos, no obstante, por la competencia de los Jueces de Primera Instancia, con base:

1.º En el Decreto de 24 de enero de 1947 sobre competencia de la Justicia Municipal, en relación con el Decreto de 21 de noviembre de 1952, que desarrolla la Base Décima de la Ley de 19 de julio de 1944 y la Ley 46/1966, de 23 de julio, sobre modificación de ciertos artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil (118).

2.º En el hecho de ser competentes para conocer, no sólo de los procesos que les estén especialmente atribuidos, sino también, por exclusión, de todos los ordinarios y *especiales* que la Ley no atribuya específicamente a los Municipales y Comarcales (119).

En orden a la *competencia territorial*, nos decidimos en principio por la del Juez del domicilio del adoptando, fundados principalmente en el hecho de que a partir de la reforma de 1958 y muy especial-

(117) Hemos de indicar en relación con este extremo, que mientras, como decímos en el texto, la Exp. de mot. de la Ley no contiene más que una genérica alusión a la jurisdicción ordinaria, en el Preámbulo del Proyecto enviado a las Cortes y publicado en el B. de las mismas de 6-II-1970, se contenía una clara referencia a este extremo cuando con ocasión de aludir a las Casas o Establecimientos benéficos en relación con el expediente de adopción de los abandonados decía: "... remitiendo su declaración, como siempre, al Juez de primera instancia".

(118) La Base Novena de la Ley de 19 de julio de 1944, especifica con criterio enumerativo los asuntos civiles cuyo conocimiento corresponde a los Jueces Municipales y Comarcales, criterio que corrobora el art. 4.º de la citada Ley 46/1966, al establecer:

"Art. 4.º Los Jueces Municipales o Comarcales serán competentes:

4.º De los demás procesos contenciosos o *actos de jurisdicción voluntaria* que en función propia o preventiva corresponde su conocimiento a los Jueces Municipales con arreglo a la legislación vigente."

Nada hay en este número, ni en ningún otro de este artículo o en el C. c., que autorice a atribuir a los Jueces Municipales o Comarcales el conocimiento del procedimiento de adopción.

Pero es que hay más, y es ello que la citada Base Novena, en su letra B), apartado i), nos dice también que estos jueces son competentes para conocer:

"*De los actos de jurisdicción voluntaria* que atribuye la legislación especial al conocimiento de los Jueces Municipales dentro del territorio comarcal."

Pues bien, el procedimiento de adopción pertenece al grupo de los actos de jurisdicción voluntaria, y de éstos, cuando nada se determina en orden a su competencia, corresponde conocer a los Jueces de 1.ª Instancia, según se deduce, entre otros, de los arts. 1.935, 2.063 y 2.110 de la Ley de Enj. civil, y los 49 y 293 del C. c., que se cuidan de atribuir el conocimiento de los actos a que se refieren a los Jueces Municipales.

(119) Esta constituye la regla general, según claramente resulta de las disposiciones indicadas en la consideración anterior. (Vid. sobre ello, GUASP, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, DE LA PLAZA, LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA y SÁEZ JIMÉNEZ, etc.)

mente en la actual, la institución gira en torno a su persona y conveniencia (120).

2.º *El otorgamiento de escritura pública.*—Constituye otro de los requisitos que nos conducen a tipificar la adopción como negocio jurídico formal, debiendo hacerse constar, que frente a la reforma de 1958 que hablaba únicamente de escritura (art. 177), el actual artículo 175-1.º emplea el término “escritura pública”, lo que excluye la intervención de los particulares en su otorgamiento.

Otra reforma muy interesante, y creemos que trascendente, es la supresión de la frase “...expresando en ella las condiciones con que se haya hecho...”, que figuraba en el artículo 177 de la reglamentación derogada y es lógica consecuencia de la equiparación que la Ley/1970 establece entre los hijos adoptivos y los legítimos. No obstante, y respecto de la adopción simple, el artículo 180-II conserva bien que con otra redacción el párrafo III del anterior, estableciendo:

“En la escritura de adopción podrá convenirse la sustitución de los apellidos del adoptando 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.”

(120) No hacemos, sin embargo, cuestión de gabinete tal posición, que, como indicamos en el texto, nos limitamos “... en principio...” a mantener.

Por otra parte, tampoco consideramos el tema de la competencia territorial en extremo trascendente, en cuanto creemos que rara vez se planteará en la práctica.

Nos limitaremos, pues, a poner de relieve las razones en que apoyamos nuestra opinión en orden a la cuestión planteada.

Cierto que el art. 63, regla 16 de la Ley de Enj. civil establece la competencia del Juez del domicilio del adoptante.

Cierto, también, que en favor de ella puede alegarse el hecho de ser el lugar de residencia del adoptante donde mejor puede conocerse o investigarse su posición económica, conducta, personalidad, etc., datos todos ellos de gran interés para que el Juez pueda ponderar adecuadamente la conveniencia de la adopción para el adoptando.

Mas, frente a ello, puede también alegarse: a) Que la regla 16 del art. 63 de la Ley de Enj. civ., es anterior al C. c.; b) Que desde la promulgación de éste debió entenderse derogada dicha regla, entre otras consideraciones porque parte de una situación inexistente para el Código: la distinción entre adopción y arrogación; c) Que en la situación actual contrastan aún más la Ley de Enj. civil y el C., desde el momento que en éste lo que hoy se tiene en cuenta fundamentalmente es la conveniencia del adoptando; d) Que, además, y por las consideraciones que indicaremos al estudiar el procedimiento aplicable, el expediente de adopción, si bien constituye un acto de jurisdicción voluntaria, no viene regulado por la Ley de Enj. civil y sí por el Código, razón por la cual, viniendo referida dicha regla 16 al procedimiento contenido en el Tít. II, Libro Tercero, Primera Parte de dicha Ley, actualmente derogado en su totalidad, carece de aplicabilidad; e) Que en nuestro modo de ver, las únicas disposiciones de la Ley de Enj. civil aplicables al procedimiento de adopción son las de carácter general referentes a la designación de abogados y procuradores; forma de las citaciones; forma de las resoluciones que deben dictarse; sistema de recursos, etc., sin olvidar, claro es, las cuestiones de competencia, que en nuestro modo de ver podrían resolverse aplicando, no dicha regla 16, sino la regla 1.ª del art. 63.

Mas el tema principal que este requisito de la escritura plantea es sin duda el relativo a la determinación de su carácter, cuestión que a su vez nos sitúa ante un interesante problema; el de si se trata de un elemento con valor constitutivo, integrativo, probatorio o publicístico.

Procederemos al examen de la cuestión haciendo una breve y esquemática exposición de las posiciones doctrinales, que podemos clasificar en los siguientes grupos o tendencias:

a) La de quienes sostienen que es el requisito "*constitutivo*" por excelencia del negocio adopcional (121).

(121) Así, para el régimen anterior a la reforma de 1958, podemos citar a PIÑAR LÓPEZ, "La adopción y sus problemas jurídicos", conferencia pronunciada en la Ac. Mat. Not. el 31 enero 1954 (en A. A. M. N. 1954, págs. 158 y ss.); PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN TOBEÑAS, en Comentarios a la ob. de Ennecerus, T. IV, Vol. II, § 191, pág. 166, en cuanto con ocasión a referirse a la aprobación judicial, después de afirmar que el Juez necesita para poder autorizar la adopción que conste el consentimiento del adoptando, agrega: "... mas no por ello dispensa de la observancia de una forma contractual solemne ... pues el artículo 179 dice que "aprobada la adopción ... se otorgará escritura, expresando en ella las condiciones con que se haya hecho...".

A su vez, PUIG PEÑA, sin llegar a calificar de constitutivo este requisito, se inclina a otorgarle carácter preferente al decir: "Por eso, entendemos que siendo todo el proceso trascendente, es, sin embargo, la formalización de la escritura la base de mayor enjundia en la adopción". ("Las situaciones finales en la adopción", cit., pág. 1047, nota 5).

Para la reforma de 1958 mantienen este criterio: BONET RAMÓN, "Compendio...", cit., T. IV, pág. 676, que le otorga valor "ad sustanciam"; HERNÁNDEZ GIL (A), en sus cits. "Dictámenes", I, pág. 17 y especialmente en la 23, donde afirma concreta y específicamente el carácter constitutivo de la escritura; MADRUGA MÉNDEZ, ob. cit., pág. 759, para quien con sólo la aprobación judicial no puede decirse se haya perfeccionado la adopción, siendo la escritura el "acto constitutivo" de la misma; DE LA VALLINA DÍAZ, en ob. cit., págs. 453-454. También, PERÉ RALUY, en "Derecho del Registro civil", Madrid 1962, T. I, página 480, bien que la califique de "... formalidad absolutamente innecesaria...". A su vez, CASTRO LUCINI, en "Algunas consideraciones...", cit., página 272, dice que la adopción se constituye mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

Para la reglamentación vigente, podemos citar entre los que mantienen este criterio a CHICO ORTIZ, ob. cit., pág. 1437. Incluso, acaso podría apoyarse esta posición actualmente, en la Exp. de mot. de la vigente Ley, cuando nos dice que: "No se han introducido modificaciones sustanciales en la consideración de la adopción como un acto, a la vez, consensual y formal, que requiere indispnsablemente el concurso de ... y el otorgamiento de escritura pública, todo ello con igual valor constitutivo".

Por otra parte, hemos de indicar que hay una serie de juristas además de los aquí citados, que aluden al tema y son incluidos por algún comentarista de la cuestión entre los que sustentan esta posición; tal acontece con LACRUZ VERDEJO y SANCHO REBULLIDA, en ob. cit., pág. 429; con SANCHO REBULLIDA, en "Notas sobre perfección y forma en la adopción", R. C. D. I., 1965, páginas 109 a 113; con DE CASTRO, en "Compendio...", Madrid, 1969, pág. 219, y "Derecho civil...", T. II, pág. 78 (estas obras y citas de DE CASTRO están tomadas del autor que estima sigue esta posición).

No creemos que a ninguno de ellos se le pueda incluir en este grupo. Así, ni SANCHO REBULLIDA ni LACRUZ VERDEJO hacen otra cosa que poner de relieve la posición de la doctrina española en orden al tema e indicar cuál es la más generalizada, mas sin llegar a tomar posición sobre él, a menos que

b) La de los que estiman que la adopción se “*constituye*” por virtud de la aprobación del Juez y no por la “*escritura*” (122), posición ésta dentro de la que caben a su vez los siguientes matices:

a') La aprobación judicial es el “*requisito constitutivo*”, viniendo a ser “*la escritura*” un requisito necesario para que la adopción surta efectos civiles (123).

b') La “*escritura pública*” es un acto meramente formal, con efectos meramente publicitarios (124).

c) Los que consideran que la “*escritura*” *constituye* “...una *duplicidad formalista*...”, cuyo mantenimiento en la reforma de 1958 es sólo fuente de dudas en orden al perfeccionamiento de la adopción (125).

Nuestra posición en orden al tema.—Estimamos, a la vista del vigente Derecho positivo, que en el negocio jurídico de adopción sólo dos requisitos merecen el calificativo de esenciales constitutivos o “*ad sustanciam*”:

pueda estimarse como tal el decir: “La opinión más extendida —últimamente Piñar y Madruga Méndez— entiende que se perfecciona con el otorgamiento de la escritura, erigida en forma *ad sustanciam*...”, lo que no creemos (vid. ob. cit., pág. 429).

A su vez, el profesor de CASTRO no alude para nada a la cuestión ni en su “Compendio...” ni en el “Derecho...”; y si bien es cierto que en “El negocio jurídico” cit., págs. 279-280, con ocasión de estudiar los negocios formales incluye entre ellos la adopción, no lo es menos que no alude para nada a la escritura como forma *ad sustanciam*” y que en el mismo apartado, después de decirnos que la forma es requisito necesario para la existencia del negocio formal en general, agrega que: “*No tiene la forma valor constitutivo*”, sino que “... *tiene simple valor integrativo*”.

(122) Esta posición sustentada primordialmente por CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, en “La adopción...”, cit., págs. 42 y ss.

(123) Así, MANRESA, en sus “Comentarios...”, T. II, Madrid, 1890, página 63, para la primitiva redacción del Código civil, donde nos dice: “*El acto se considera celebrado legalmente, cuando media la aprobación judicial*, pero no basta para que surta efectos civiles, ni menos para que pueda alegarse contra terceros. Será preciso todavía su elevación a escritura pública, y la inscripción de ésta en el Registro civil”.

(124) En este sentido parece manifestarse RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, en “La adopción y sus problemas...”, cit., págs. 95 y ss. La posición de este jurista no está, sin embargo muy clara, en cuanto distingue entre *actos esenciales de fondo* y *actos esenciales de forma*, como la escritura pública y la inscripción de la misma en el Registro del estado civil, estimando que mientras los primeros dan lugar a la perfección del contrato, los segundos producen su consumación.

(125) Cabe incluir aquí a ESPÍN CÁNOVAS, en “Manual...”, T. IV, Madrid, 1963, pág. 340, donde nos dice: “La escritura, una vez prestado el consentimiento ante el Juez, necesariamente, parece una *duplicidad formalista* que la reforma de 1958 ha conservado como estaba, dando lugar a la duda de si el acto de adopción se perfeccionará por el consentimiento prestado ante el Juez, con la aprobación posterior de éste, o si la perfección del acto no tiene lugar hasta el otorgamiento de la escritura, por ser ésta un requisito sustancial”.

El autor se limita a apuntar el tema sin adoptar posición respecto del mismo.

1.º El "consentimiento" del adoptante o adoptantes y del adoptando, requisito éste de carácter sustantivo, sin el cual la adopción por su naturaleza negocial no podría existir.

2.º La "aprobación judicial", requisito "*ad sustanciam*" de carácter formal que culmina y consuma el ciclo constitutivo de dicho negocio jurídico-formal.

No podemos por menos que hacer una referencia a la generalizadísima posición que otorga únicamente a la escritura pública el carácter de elemento constitutivo.

En nuestro modo de ver y a la vista de la reglamentación actual, tal posición carece de justificación, viniendo a constituir una muestra de inmovilismo jurídico a la vez que de anacrónico mantenimiento de la idea que acaso inspiró al legislador de 1889 cuando redactó el articulado de la adopción y posiblemente también al de 1958, pero no al actual.

En efecto, no negamos que el examen de nuestro Derecho histórico muestra una cierta tendencia hacia el formalismo escriturario, si bien sólo a partir del Proyecto de 1851.

Así, prescindiendo del Derecho romano y limitándonos al Real de España, nos encontramos con que, hasta Las Partidas, ningún requisito formal se incorpora a la adopción.

A su vez, en ese monumento jurídico que son Las Partidas, se distingue entre la "*arrogatio*", que se operaba ante el Rey, quien *debe dar su carta* al adoptado (126); y la "*adopción*", ante el Juez, que requería ser el adoptante mayor que el adoptado, libre y varón (127), si bien para adoptar —porfijar decían Las Partidas— mozos menores de siete años, se exigía un requisito formal: *que el Rey otorgase carta hecha por mano de escribano público*, haciendo constar que si el mozo muriese antes de los 14 años deberían entregarse sus bienes a quienes tuvieran derecho a ellos (128).

Vemos, pues, que el requisito de la escritura solamente se exige en concretos supuestos y siempre para hacer constar en dicho documento alguna circunstancia o requisito especial (129).

A su vez, el Proyecto de 1851 exige efectivamente la "escritura pública" en su artículo 139, mas ha de tenerse en cuenta:

a) Que la adopción, en dicho Proyecto, no se aprobaba por el Juez que ninguna intervención tenía en dicho negocio, sino que se verificaba mediante la presentación del adoptante, adoptado y demás personas que debieran prestar el consentimiento, ante el Alcalde.

(126) Partida IV, tít. VII, Ley VII.

(127) Partida IV, tít. XVI, Ley II.

(128) Misma Partida y tít. de nota anterior, Ley IV.

(129) Concretamente, en el caso contemplado por la Partida IV, tít. XVI, Ley IV, la razón de ser del otorgamiento de esa escritura la estimamos "para-adoptiva", en cuanto iba dirigida a asegurar los derechos sucesorios de la familia por naturaleza, si la tuviere, del adoptando.

En consecuencia, no creemos mereciere dicho requisito el carácter de constitutivo.

b) Que dicho consentimiento sólo podía hacerse constar en la referida escritura pública.

c) Que, según el artículo 140 de dicho Proyecto, si el adoptado quisiera usar con su apellido el del adoptante, debería ello hacerse constar en la escritura pública.

Vemos, por tanto, que la escritura en el referido Proyecto tenía un valor más bien constitutivo que integrativo, entre otras consideraciones, por la ausencia de quien como el Juez está hoy facultado para aprobarla, y la necesidad de conferir al acto un formalismo y solemnidad que la mera presencia del Alcalde no podía dar (130).

Y llegamos al Código civil y la reforma de 1958. Tanto en su primera edición de 1889 como en la reformada, la escritura debía contener o expresar:

a) En general, "...*las condiciones con que se haya hecho...*".

b) Tratándose de la adopción menos plena (131), los derechos sucesorios que se pactaren, únicos que tendrá el adoptado.

Pese a tal redacción de sus preceptos legales, nos inclinamos a considerar que la escritura pública no tenía ni en la primitiva redacción del Código ni en su reforma de 1958 el carácter de requisito constitutivo, mereciendo, sin embargo, la condición de requisito esencial dotado de un *valor integrativo* o "*ad solemnitatem*", cuya ausencia producía la nulidad o ineficacia del negocio; y ello, porque si bien bastaban el consentimiento y la aprobación del Juez para que la adopción quedare definitivamente constituida, se necesitaba el requisito de la escritura para lograr su eficacia, en cuanto era en ella donde debían consignarse las condiciones de la misma.

Mas en la actualidad, la escritura pública carece de contenido verdadero, en cuanto los derechos de los adoptados y adoptantes vienen específicamente determinados en la propia ley, tanto por lo que se refiere al derecho de familia como al sucesoral, no siendo ya necesario el pacto sucesorio contractual que la Ley de 1958 establecía. Y buena prueba de ello es que frente a la frase "...*se otorgará la escritura expresando en ella las condiciones con que se haya hecho...*", que se contenía en los artículos 179 y 177 de las anteriores redacciones, el actual artículo 175 se limita a decir: "...*se otorgará escritura pública...*"; sin olvidar tampoco lo dispuesto en el artículo 176-I, a tenor del cual: "*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*", declaración ésta que no se contenía en la reforma de 1958 ni en la redacción del original del Código civil, y permite con mayor motivo prescindir de la escritura.

(130) Todo ello sin perjuicio, claro es, de ofrecer una garantía a los intervinientes en el negocio de adopción para sus respectivos derechos, dado que el acto que contempla el artículo 139 del citado Proyecto tiene un carácter más bien administrativo que jurisdiccional.

(131) Esto, únicamente para la reforma de 1958 (art. 180-IV, C. c.).

Y si bien tratándose de la adopción simple, "...podrá convenirse la sustitución de los apellidos del adoptando..." (art. 180-II, inciso primero, C. c.), no debe olvidarse que ello es simplemente potestativo, en cuanto "A falta de pacto expreso, el adoptando conservará sus propios apellidos" (mismo artículo y párrafo, inciso segundo), lo que pone una vez más de relieve el carácter no esencial ni básico de la escritura.

Estimamos, pues, que la conservación de este requisito no tiene hoy otra razón de ser, que un mal entendido respecto a una parte de nuestro Derecho histórico y sobre todo, de la redacción originaria del Código civil, respetada con cierto fundamento por la reforma de 1958, pero sin ninguna motivación sólida en la actual (131 bis).

Carece pues la escritura de valor constitutivo, carácter éste que en nuestra opinión y por las razones indicadas no tuvo nunca en nuestro Código civil. Y carece también hoy, en nuestro modo de ver, de valor integrativo por las consideraciones dichas.

¿Qué carácter pues otorgamos a dicho requisito en el negocio jurídico adoptivo? El de elemento o requisito de publicidad a la vez que probatorio del estado civil, en cuanto al amparo de lo dispuesto en el artículo 175-I, es la escritura y no la resolución del Juez aprobando la adopción y en consecuencia constitutiva de la misma, la que debe inscribirse (132).

Sin embargo, tal como en la reglamentación actual se encuentra regulada la adopción, no podemos por menos que dirigir un reproche a la subsistencia de dicho requisito, incluso bajo su carácter meramente publicitario y "ad probationem", en cuanto ello podía haberse logrado igualmente, imponiendo la inscripción de la resolución judicial aprobando la adopción en el Registro del Estado civil (133).

Propugnamos por tanto para una ulterior reforma de la adopción, la eliminación del requisito de la escritura y su sustitución:

a) Por la necesidad de inscribir la resolución judicial aprobatoria de la adopción.

b) Por la necesidad de que en dicha resolución, se contengan con la debida precisión todos los datos y alcance de la adopción, incluido en los supuestos de la simple el cambio de apellidos indicado en el artículo 180-II, inciso primero.

En orden al contenido de la escritura pública.—De la contemplación de los artículos 175-I y 180-II, extraemos la consecuencia, de que salvo en el supuesto recogido en el último de dichos preceptos

(131 bis) Reiteramos aquí lo dicho por ESPÍN CÁNOVAS, en orden especialmente a ser fuente de dudas (ver nota 125).

(132) Artículo 23-I de la Ley del Registro del estado civil de 1957 y artículo 81 de su Reglamento.

(133) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 82 del Reglamento del estado civil de 1958, que incluye entre los documentos inscribibles las sentencias y resoluciones firmes.

esta escritura se limitará a transcribir la resolución judicial aprobatoria de la adopción, lo que acredita una vez más su superfluidad.

3. *La inscripción de la escritura pública de adopción en el Registro del estado civil de las personas.*—Constituye éste el tercero de los requisitos posteriores al acto de adopción, siendo el lógico complemento del otorgamiento de la escritura. Y decimos esto, porque en nuestra opinión, en ambos requisitos se compendia hoy el “valor publicitario” y el “probatorio” de negocio jurídico adopcional.

La escritura, en cuanto es el único instrumento apto según el artículo 175-I para operar la inscripción; ésta, por constituir medio idóneo para lograr el acceso de la adopción al Registro del estado civil, que a su vez, constituye el medio de prueba más idóneo de los hechos en él inscritos (134).

En orden a su eficacia, nos inclinamos a considerar que es la puramente *publicitaria y probatoria* (135).

Con la inscripción, por tanto, se cierra el “*iter*” negocial de la adopción, que puede condensarse así:

a) *Requisitos con valor constitutivo (“ad sustanciam”):*

1.º Consentimiento del adoptante o adoptantes y adoptando mayor de 14 años.

2.º Aprobación judicial de la adopción.

b) *Requisitos con valor integrativo —“ad solemnitatem”.*—Edad de 30 años en el adoptante o adoptantes (salvo en los supuestos del artículo 172-III, inciso segundo y 172-IV); diferencia de 16 años entre adoptante y adoptando, salvo si se trata de hijos naturales reconocidos (art. 172-IV); intervención del Ministerio Fiscal.

c) *Requisitos con valor publicitario y “ad probationem”.*—La escritura pública y la inscripción de la misma en el Registro del estado civil de las personas.

(134) Artículos 325 y 327 del Código civil y 1 y 2 de la Ley de 8 junio 1957.

(135) Algun autor patrio, como SCAEVOLA, para la redacción originaria del artículo 179, se inclinó a considerar que la falta de inscripción de la escritura daba lugar a que ésta no produjera efectos civiles de ninguna clase (“Código civil...”, T. II, pág. 469), tesis que, en cierto modo al menos, parece compartir MANRESA (ob. y T. cits., pág. 63), al considerar que para que la adopción produzca efectos civiles es precisa la inscripción de la escritura.

Frente a esta tesis, SÁNCHEZ ROMÁN (ob. T. y Vol. cits., págs 1089-1090), estima que los efectos civiles de la adopción son independientes de su inscripción en dicho Registro.

Por su parte, BONET RAMÓN, en ob. y t. cits., pág. 676, considera que la falta de inscripción no produce la nulidad de la adopción, lo que implica no la considera como elemento constitutivo ni esencial.

II. LA ADOPCIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCEDIMENTAL

Procederemos a hacer una serie de distinciones en orden al aspecto procesal de la adopción, en cuanto a la vista de su actual reglamentación creemos podrían distinguirse los siguientes temas de estudio:

a) Procedimiento para adoptar; b) Procedimiento para declarar la situación de "abandono"; c) Otras manifestaciones procesales.

a) En orden al procedimiento para realizar la adopción.—Como indicábamos al comienzo de este Capítulo, viene regulado el aspecto procesal de la adopción en los artículos 173, 174 y 175 del Código civil, que transcribimos en parte, preceptos éstos en los que se entremezclan al igual que en otros de dicho Cuerpo legal conceptos de derecho sustantivo con otros de claro matiz procesal.

La casi totalidad de nuestra doctrina científica, tanto anterior a la reforma de 1958 como posterior a ésta y a la de 1970, se manifiestan en el sentido de considerar que es de aplicación al aspecto procesal de la adopción la Ley de Enjuiciamiento civil (136), discrepando únicamente en orden a ciertos aspectos o matices, cual son, el no estimar de aplicación la totalidad del Título II del Libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento civil y sí solamente alguno o algunos de sus preceptos además del Código civil (137), llegándose incluso a afirmar, que dicha *Ley Rituaria* es "...una regulación supletoria..." siendo sus preceptos aplicables únicamente en cuanto no se opongan al Código civil (138).

Así delimitados los términos de la cuestión, el problema que nos planteamos es el de si será o no la jurisdicción voluntaria, la forma procesal adecuada para llevar a cabo el negocio de adopción.

(136) Así se pronuncian, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, ob., T. y Vol. cits.; MANRESA, ob. y T. cits.; MUCIUS SCAEVOLA, ob. y T. cits.; VALVERDE, "Tratado...", T. IV, pág. 476; todos ellos para la reglamentación primitiva del C. c.

Para después de la reforma de 1958, entre otros, CASALS COLLDECARRERAS, Voz "Adopción", cit.; LACRUZ VERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ob. cit. A su vez, PUIG BRUTAU, en ob., T. y Vol. cits., si bien no se manifiesta específicamente en este sentido, no rechaza la posibilidad de aplicar la Ley de Enjuiciamiento civil; BONET RAMÓN, ob. cit., etc.

Después de la reforma de 1970 se inclinan a considerar de aplicación la Ley de Enj. civil en orden al procedimiento a seguir, CHICO ORTIZ, ob. cit., páginas 1431 y ss., y especialmente en pág. 1431, y la Fiscalía del T. S., en su cit. Circular 1/1971.

(137) Así, por ejemplo, PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN TOBEÑAS, en sus Comentarios a la cit. ob. de Ennecerus, T. IV, Vol. II, § 91, pág. 167, aluden a los artículos 1.825, 1.826 y 1.829 a 1.831, estimando que con ellos se complementa el artículo 178 del C. c. A su vez, HERNÁNDEZ GIL (A), en sus "Dicámenes", cits., I, pág. 20, limita la vigencia de dicha Ley a su artículo 1.826, reconociendo que algunos preceptos de la misma "... fueron modificados por el Código civil", no así el citado, que en su opinión, "... se halla en plena armonía con lo dispuesto en el Código".

(138) Tal acontece con CASTRO LUCINI, en "Algunas consideraciones...", cit., pág. 282, para quien el artículo 1.832 de la Ley de Enj. civ. está derogado.

Contemplando el articulado de la Ley de Enjuiciamiento y el Código civil, llegamos a una conclusión negativa. En nuestro modo de ver el procedimiento adecuado para llevar a cabo la adopción no es otro que el clara y específicamente establecido en el Capítulo V, título VII del Libro primero del Código civil, y muy especialmente en su artículo 173 en relación con los 174 y 175. Procederemos pues, a exponer las razones en que apoyamos esta opinión.

I) *El específico examen de los artículos 1.825 a 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento civil.*—En efecto; el artículo 1.825, carece de aplicación en lo que a su párrafo primero se refiere, por estar su contenido resuelto en el Código civil, artículos 46, 47 y especialmente en la Disposición transitoria 11, en la que se dice:

“Los expedientes de adopción ... seguirán su curso con arreglo a la legislación anterior, a menos que los padres solicitantes de la gracia desistan de seguir este procedimiento y prefieran el establecido por el Código civil.”

Vemos, pues, cómo en dicha Disposición, se otorga una facultad de opción, no entre la legislación anterior y la Ley de Enjuiciamiento civil, sino entre la legislación precedente (dentro de la cual figuraba dicha Ley rituaria) “...y el procedimiento... establecido por el Código”.

En cuanto a su párrafo segundo, referido al aspecto probatorio del nacimiento, edad del adoptante y adoptado, etc., viene específicamente reglamentado en el artículo 172-III del Código civil, que al requerir una edad de 30 años en el adoptante y una diferencia de 15 con el adoptando, es evidente exige la prueba de estos extremos, prueba ésta que viene también regulada en el propio Código civil, artículos 325 y ss. en relación con la Ley y Reglamento del Registro del estado civil de las personas y 1.214 y ss. del Código civil.

El artículo 1.826, que en opinión de algún jurista patrio sigue vigente, lo estimamos también carente de aplicación, en cuanto su contenido viene actualmente recogido en el artículo 173-II, C) y III del Código civil.

Artículo 1.827.—También sustituido por el citado artículo 173-III del citado Cuerpo legal.

Artículo 1.828.—Este precepto, forma igualmente parte del actual artículo 173 del Código civil, salvo en lo referente a los testigos. Mas es ésta una prueba no necesaria según los artículos 172 a 175, y que en todo caso, el Juez, al amparo de esa libertad que le concede la Ley para estimar las circunstancias de cada supuesto, puede interesarla “*per se*” o a instancia del Ministerio Fiscal.

Artículo 1.829.—Su contenido, forma parte integrante del actual artículo 173-I del Código civil.

Artículo 1.830.—Este precepto, en nuestra opinión, ha sido superado por el actual artículo 173-I y IV del Código civil, que no sólo autoriza al Juez para realizar con gran amplitud una valoración

de las circunstancias acreditadas —o probadas— en cada caso, sino que además, al no imponerle límite de fechas le permite dictar su resolución en plazo inferior a los cinco días que señala este artículo.

Artículo 1.831.—Sustituido por el 175-I del Código civil.

Artículo 1.832.—Sin aplicación desde la promulgación del Código civil.

II) *En la circunstancia, de ser muchas las normas procesales e incluso procedimientos no comprendidos en la Ley de Enjuiciamiento civil y sí en cuerpos de derecho sustantivo.*—No queremos con esto defender esta multiplicidad de procedimientos rituariamente extravagantes; al contrario, lo criticamos. Mas ello no la elimina; y así, además de la mera cita de los procesos regulados en la L. A. U., L. A. R., Ley Hipotecaria, etc., hemos de hacer específica mención de uno en extremo interesante a los efectos aquí contemplados; nos referimos, al regulado en los artículos 213 y siguientes del Código civil para declarar la incapacidad de los locos y sordomudos.

En efecto, pese a su clara reglamentación, es lo cierto que durante mucho tiempo, concretamente hasta 1949, la doctrina tanto científica como jurisprudencial vino dudando entre dos tipos de procedimientos; el de la jurisdicción voluntaria y el interdictal. Mas en la actualidad, y principalmente a partir de la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1949 tanto una como otra se inclinaron a considerar que ese procedimiento sumario que se mencionaba en el artículo 218 del Código civil, no era otro que el regulado en dicho cuerpo legal en sus artículos 213 a 219.

Pues bien, ¿qué diferencias procesales existen entre esos preceptos y los artículos 172 a 175, y especialmente los 173, 174 y 175 del Código civil?; ¿por qué no va a haber suficiente con ellos, si reúnen las condiciones necesarias para acreditar todos los extremos que los preceptos sustantivos exigen para que la adopción se lleve a cabo? Y sobre todo, ¿por qué acudir a unas normas derogadas y en desuso, como son las de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando el propio Código civil en la Disposición transitoria 11, ya citada, establece que en lo sucesivo se ajustará la adopción al *procedimiento* en dicho Código establecido?

A) *Naturaleza del procedimiento regulado en el Código civil.* Supuesto, como hemos indicado, que las normas procesales a aplicar en la adopción son las del Código civil, queda por solventar el tema de la naturaleza del procedimiento en dicho cuerpo legal establecido, cuestión ésta que en nuestro modo de ver tiene una única solución; se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, opinión que apoyamos en las siguientes consideraciones:

1.^a La propia denominación legal. Téngase en cuenta, que aún cuando la actual reforma ha eliminado la frase “*La adopción se autorizará previo expediente...*”, en la que se apoyó sin duda la doctrina para justificar la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento

civil, es lo cierto que no prescindió en absoluto del término “expediente”, conservado en el último párrafo del artículo 174.

Dicha denominación, es propia de la jurisdicción voluntaria, nunca de la contenciosa (139).

2.^a Ser varios los actos de jurisdicción voluntaria rituariamente extravagantes; tal acontece, por ejemplo, con los expedientes de dominio regulados en la Ley Hipotecaria; con el expediente para la celebración del matrimonio civil o para la adveración del testamento ológrafo, regulados en el Código civil (140); con los actos de documentación del Registro del estado civil (141).

3.^a Reunir los caracteres del procedimiento de jurisdicción voluntaria regulado en la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto:

a) Pese a la intervención en los expedientes de adopción del Ministerio Fiscal y Juez de 1.^a Instancia, es lo cierto que tienen como los de la Ley Rituaria un claro matiz administrativo.

b) En ellos no hay nunca contención, pues si se opone, o mejor dicho no consiente el adoptando, no puede haber adopción y a su vez, la negación del consentimiento por los padres, tutores, etc., no la impide.

c) La resolución del Juez aprobando la adopción, debe revestir la forma de auto.

No obstante y para concluir este apartado hemos de indicar, que el procedimiento o más bien expediente de adopción, si bien pertenece al campo de la jurisdicción voluntaria, tiene en nuestro modo de ver una más fuerte matización administrativa que los actos de la misma naturaleza regulados en la Ley de Enjuiciamiento civil.

B) *El “consentimiento” en el procedimiento de adopción.*—Examinado en otro lugar el aspecto sustantivo del “consentimiento” en sus diversas manifestaciones, vamos a contemplar aquí el problema de su forma de emisión en el ámbito del expediente de adopción.

Grandes diferencias separan en nuestro modo de ver la legislación derogada y la actual, en lo que al tema de la emisión formal del “consentimiento” se refiere, en cuanto mientras en la reforma de 1958 se estableció que en el expediente de adopción “...necesariamente se manifestará a la presencia judicial el consentimiento del adoptado mayor de edad...” (art. 176-I), la actualmente vigente, se limita a indicar quiénes deben prestar “consentimiento” (art. 173-I y II, C. c.) y quiénes deben ser oídos (art. 173-IV), mas sin precisar en modo alguno ante quién o quiénes deba prestarse o por quién deben ser oídos.

A la vista de la actual redacción de los artículos 173 a 175 del Código civil, somos de la opinión, que el “consentimiento” puede

(139) Así aparece en los artículos 1.817, 1.819, 1.823, etc., de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(140) Artículos 86 y ss. y 689 y ss.

(141) Regulados en la Ley de 8 junio 1957 del Registro del Estado civil de las personas y en su Reglamento de 14 noviembre 1958.

perfectamente ser emitido tanto a la presencia del Juez competente para conocer del expediente de adopción, como de notario hábil, supuesto este último en el cual, la escritura pública en la que conste dicho "consentimiento" o su negativa, deberá incorporarse al expediente para que a su vista el Juez pueda decidir "*lo más conveniente para el adoptando*". Lo mismo decimos del "ser oídos".

Por otra parte, esta posición no contradice el espíritu ni la letra del párrafo IV del artículo 173, en cuanto somos de la opinión que lo relativo a la no citación o no concurrencia del citado viene limitado a los supuestos en que por no presentarse la escritura notarial en el oportuno expediente de adopción, el Juez venga obligado a cumplir lo indicado en dicho párrafo, dado que si dicha escritura se presentare —y es evidente que nada en el articulado regulador de la adopción lo prohíbe—, es obvio que el Juez no tendrá que resolver sobre la posibilidad de citar, ni sobre la de no concurrencia del citado (142).

Por último, hemos de indicar en favor de la tesis que propugnamos, que el "consentimiento" obrante en escritura pública vendrá sujeto a lo prevenido para estos documentos en los artículos 1.218 y siguientes del Código civil.

b) *El procedimiento para declarar la situación de "abandono".* No se trata, en realidad, de un procedimiento especial ni por tanto distinto del que acabamos de contemplar. Constituye, simplemente, un específico matiz del procedimiento adopcional, en cuanto sobre la base de acomodarse a las normas procedimentales señaladas en el epígrafe anterior, requiere un especial pronunciamiento; el de que la situación de "abandono", sea apreciada y declarada por el Juez competente para conocer del expediente de adopción previamente a la aprobación de esta última, lo que a su vez requiere la concurrencia de los específicos requisitos sustantivos que hemos contemplado en otro lugar.

En cuanto a la forma de esta declaración, somos de la opinión que deberá adoptar la de auto, lo mismo que la que aprueba la adopción.

c) *Otras cuestiones procedimentales de la adopción.*

1.º *En orden a la forma de las citaciones del artículo 173-IV del Código civil.*—Aunque ya hemos tratado de estas citaciones al contemplar el expediente de adopción, lo hacíamos bajo otro punto de vista, ya que la cuestión a contemplar aquí es la relativa a la forma en que deberán ser hechas.

Nada dice ni nada tenía que decir el Código civil sobre ello, en cuanto ya bastante hace con contener las reglas de derecho formal a que deben acomodarse los expedientes.

(142) Parece seguir este criterio, la cit. Circular núm. 1/1970 de la Fiscalía del T. S., cuando dice: "Especialmente cuando los padres no comparecieren y se aporte documento fehaciente en el que conste el consentimiento de los mismos".

En consecuencia, estimamos, que las citaciones a las personas a quienes se refiere al artículo 173-IV, deberán acomodarse a lo prevenido en los artículos 270 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Por otra parte y con objeto de evitar la posibilidad de impugnar la adopción por las causas prevenidas en el artículo 177, número 2.º, nos inclinamos a considerar que tanto el Ministerio Fiscal en su papel de custodio de la legalidad, como el propio Juez, deberán velar porque las citaciones se hagan en forma y contenido los requisitos del artículo 272-I de la Ley de Enjuiciamiento civil (143).

2.º *En orden a competencia para instruir el expediente de adopción.*—Hemos examinado en otro lugar el tema de la competencia tanto objetiva como territorial para conocer de los expedientes de adopción, decidiéndonos por la del Juez de 1.ª Instancia del domicilio del adoptando.

Se trata ahora, de contemplar un aspecto de la cuestión no tocado por la reforma de 1970, frente a la posición sustentada por la de 1958. Nos referimos, al hecho de haberse prescindido del párrafo segundo del artículo 176 tal y como quedó redactado después de dicha reforma de 1958 en el que se facultaba a la Administración de las Casas de Expósitos y otros Establecimientos de beneficencia, para tramitar los expedientes de adopción de los acogidos en las mismas, máxime cuando dicho párrafo iba en el artículo 174-VI del proyecto presentado por el Gobierno, e incluso se trataba de ello en la Exposición de motivos del mismo.

A la vista, pues, de la actual redacción del artículo 174; de la del 173-III cuando habla de que “*Deberán simplemente ser oídos... la persona que estuviere ejerciendo la guarda del adoptado*”; y de las discusiones habidas en la Comisión de las Cortes encargada del estudio de dicho Proyecto sobre estos extremos (144), nos inclinamos a considerar:

- a) Que en la actualidad, sólo la Jurisdicción ordinaria y concretamente el Juez de Primera Instancia, es competente para la instrucción de estos expedientes;
- b) Que la función de las administraciones de las Casas de Expósitos y Establecimientos de Beneficencia, parecen quedar reducidas a “...*ser oídas...*” en dichos expedientes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 173-II, D) del Código civil.
- c) Que éste parece ser el espíritu de la Ley 7/1970 en lo que a esto se refiere, en cuanto incluso ha prescindido en su Exposición

(143) Sobre esta necesidad de velar por el cumplimiento del requisito de las citaciones previstas en el artículo 173-III, inciso primero, se pronuncia la Circular de la Fiscalía del T. S. núm. 1/1971.

(144) Merece citarse especialmente en orden a este extremo, la intervención del Procurador señor PIÑAR LÓPEZ (ver B. C. cit., 11 junio 1970, pág. 8).

de motivos de toda referencia a la intervención de dichos establecimientos (145).

Mas como estimamos no muy acertada esta posición de la vigente reglamentación, por considerar beneficioso para los menores abandonados acogidos en dichos establecimientos que su adopción sea promovida e incluso en parte preparada por la Administración de los mismos, y fundados en el carácter esencialmente administrativo de estos expedientes de jurisdicción voluntaria, no creemos sea radicalmente rechazable la idea apuntada por la Fiscalía del Tribunal Supremo en su Circular de 2 de mayo de 1971, de permitir a la Administración de esas Instituciones realizar lo que pudiéramos llamar primeras diligencias, recogiendo los datos e información conducente a formar la opinión del Juez, todo lo cual podría a la vez que incorporarse al expediente servir para su iniciación o apertura, completándose caso de existir defectos con las diligencias que el Ministerio Fiscal o el Juez estimaren necesarias tanto desde el punto de vista estrictamente procesal como para que éste último pueda formar su juicio.

VI. LA ADOPCION Y EL DERECHO SUCESORIO (146)

Es ésta, como casi todos los temas de la adopción, materia muy discutida y discutible. Mas como de la crítica de esta cuestión nos hemos ocupado en otro lugar, sin perjuicio de formular ciertos juicios sobre ello, procederemos fundamentalmente al examen de los concretos problemas que los artículos 179 y 180 del Código civil plantean en orden a la sucesión en la adopción.

A) *Principios fundamentales de la sucesión adoptiva.*—Sobre la base de distinguir entre la adopción plena y la simple, podemos establecer a los efectos sucesorios dos grandes grupos de principios; el integrado por las que pudiéramos llamar declaraciones generales, y el de las especiales.

Declaraciones generales.

Para la adopción plena:

1.^º Equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos (artículo 179-I).

2.^º Equiparación de los padres adoptantes a los legítimos (artículo 179-II).

(145) Por el contrario, en la Exp. de m. del Proyecto indicado figuraba.

(146) Sobre el tema, merecen destacarse los siguientes trabajos: GARCÍA CANTERO, "Aspectos sucesorios de la nueva Ley de la Adopción", en Estudios sobre la adopción, Madrid, 1970, págs. 87 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, "Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970", en A. D. C., Fasc. III, 1970, págs. 601 y ss.

3.^º Eliminación de los padres por naturaleza en la sucesión por ministerio de la Ley (art. 179-III).

Para la adopción simple:

1.^º Equiparación de los hijos adoptivos a los naturales reconocidos (art. 180-III).

2.^º Equiparación de los adoptantes a los padres naturales (artículo 180-III).

Declaraciones especiales.—Vienen referidas únicamente a la adopción plena y son las siguientes:

1.^º En concurrencia con hijos legítimos únicamente y en la sucesión testamentaria, no pueden recibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido (art. 179-1.^a).

2.^º Si concurriese con hijos naturales reconocidos no pueden recibir más porción que ellos (art. 179-2.^a).

B) *Examen del artículo 179 del Código civil* (146 bis).—Lo primero que llama en él nuestra atención es la general declaración contenida en su párrafo primero, equiparando a efectos sucesorios los hijos adoptados plenamente con los legítimos.

Y decimos que llama nuestra atención por cuanto lo que en realidad hace el legislador en este párrafo, es una pseudo-equiparación de derechos sucesorios, continuación sin duda de la no menos ilusiva que se contiene en el artículo 176-I, desde el momento que el propio artículo que estamos contemplando se cuida de establecer a renglón seguido una serie de limitaciones que dejan el citado párrafo primero sin apenas contenido.

Por otra parte y como muy bien apunta GARCÍA CANTERO (147), extraña el término “particularidades” empleado en éste precepto para designar lo que según dicho jurista no son otra cosa que excepciones o limitaciones al principio de equiparación que sanciona el párrafo primero de este artículo.

Y como no son sólo éstas las cuestiones que el estudio del precepto plantea, procederemos al estudio de las en nuestra opinión más interesantes, que son:

1.^a *Possible contradicción u oposición con el artículo 840 del Código civil.*

Contemplemos los posibles motivos de colisión entre ambos preceptos:

a) Concurrencia con hijos legítimos (art. 179-1.^a).

b) Concurrencia con hijos naturales reconocidos (art. 179-2.^a).

c) Concurrencia con hijo legítimo e hijo natural reconocido (artículo 179-1.^a y 2.^a).

a) *Concurrencia de hijo adoptado plenamente con hijos legítimos.*

(146 bis) Es muy interesante el estudio que de la discusión en las Cortes de este artículo hace GARCÍA CANTERO, en ob. cit., págs. 90 y ss. Merece también consultarse el B. O. de las Cortes, núm. 66/1970, págs. 15 y ss., donde se contiene la discusión de este precepto.

(147) Ob. cit., págs. 107-108.

En este supuesto no hay contradicción con el artículo 840, en cuanto este precepto sólo contempla la concurrencia de hijos legítimos, a los que están equiparados los adoptados plenamente.

Pueden, sin embargo, plantearse los siguientes problemas:

a') El relativo al alcance de la frase “...no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido”. ¿Quiere ello indicar que la limitación establecida en este párrafo afecta únicamente a lo que los hijos adoptados plenamente puedan percibir por mejora “stricto sensu”, o que en ningún caso pueden aquéllos percibir más que el hijo legítimo menos favorecido?

Nos decidimos por la primera de estas interpretaciones. En consecuencia creemos perfectamente posible con vistas al artículo 179-1.^a, que el hijo adoptado plenamente pueda percibir por título de herencia más que un hijo legítimo.

Mas supuesto lo que antecede, subsiste otro problema, cual es el de si esa limitación viene referida a lo que los hijos legítimos puedan percibir por legítima, por mejora o en general con cargo a la sucesión del padre.

Nos decidimos por esta última solución al no establecer el artículo que estamos contemplando especificación alguna.

b') El relativo al alcance del concepto “mejora”, que en esta limitación 1.^a del artículo 179 emplea el legislador.

Nos decidimos, como ha podido observarse, al contemplar el anterior supuesto, por el más técnico, o sea, el fijado en los artículos 823 y siguientes del Código civil.

Mas volvamos al supuesto anterior. La Exposición de motivos de la Ley que estamos estudiando, dice en relación con el aspecto sucesorio de la adopción:

“El no poder recibir, por vía de testamento, el hijo adoptivo más que el legítimo menos favorecido, *no es límite propiamente dicho*, sino más bien la consecuencia de la estricta equiparación, que de lo contrario resultaría desbordada.”

Estimamos, existe una contradicción entre lo que sugiere el transcritto párrafo y el artículo 179-1.^a del Código civil.

Y decimos esto porque, de acuerdo con lo indicado en el supuesto comprendido bajo la designación a'), es lo cierto que el citado número del indicado precepto autoriza al testador, si no para mejorar al hijo adoptado plenamente más que al legítimo menos favorecido (148), si para beneficiarle más con cargo al tercio de libre disposición. En consecuencia, puede un hijo adoptivo percibir por vía de testamento más que uno legítimo.

Ello puede observarse claramente a través de los siguientes ejemplos:

(148) Empleamos aquí el término “mejora” en su sentido técnico de tercera parte del “as” hereditario.

Herencia, cifrada en un módulo económico de 90 unidades. Corresponden: a *legítima estricta*, 30 unidades; a *mejora*, 30 unidades; a *tercio de libre disposición*, 30 unidades.

Primer supuesto: concurre un hijo legítimo y un hijo adoptado plenamente.

Hijo legítimo: por *legítima estricta*, 15 unidades; por *mejora*, 15 unidades. Total percibido, 30 unidades.

Hijo adoptado plenamente: por *legítima estricta*, 15 unidades; por *mejora*, 15 unidades; por *tercio libre disposición*, 30 unidades. Total percibido, 60 unidades.

Segundo supuesto: concurren dos hijos legítimos y un hijo adoptado plenamente.

Primer hijo legítimo: por *legítima estricta*, 10 unidades; por *mejora*, 0 unidades; por *tercio libre*, 0 unidades. Total, 10 unidades.

Segundo hijo legítimo: por *legítima estricta*, 10 unidades; por *mejora*, 20 unidades; por *tercio libre*, 0 unidades. Total percibido, 30 unidades.

Hijo adoptivo: por *legítima estricta*, 10 unidades; por *mejora*, 10 unidades (149); por *tercio libre*, 30 unidades. Total percibido, 50 unidades.

b) *Concurrencia con hijos naturales reconocidos*.—De conformidad con la particularidad 2.^a del artículo 179, cada uno de los hijos naturales reconocidos no podrá percibir menos que el adoptado plenamente (150). Con ello se evidencia una clara contradicción entre dicha particularidad y los artículos 809 y 840 del Código civil, como puede comprobarse a través del siguiente ejemplo:

Herencia, cifrada en un módulo económico de 90 unidades. De ellas corresponden: a *legítima estricta*, 30 unidades; a *mejora*, 30 unidades y a *tercio libre disposición*, 30 unidades.

Concurren en esta sucesión un hijo natural reconocido y un hijo adoptado plenamente. Este último por virtud de lo prevenido en el párrafo primero del artículo 179, está equiparado a los legítimos:

(149) Otorgamos al hijo adoptivo 10 u. de "mejora", frente a ninguna el primero de los legítimos, por entender que, habiendo recibido éste, que es el menos favorecido, 10 u. con cargo a la legítima estricta, se cumple con ello la idea contenida en la frase "... no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido", que figura en la particularidad 2.^a del artículo 179.

(150) Constituye esta particularidad una muestra más de lo extrañamente contradictoria que resulta la Ley 7/1970 en materia de sucesión y equiparaciones, ya que concretamente en este supuesto, o se rebaja la condición del hijo adoptado plenamente a la del natural reconocido, o se entiende, por el contrario, que se eleva la de éste equiparándole a aquél.

Aplicando el artículo 840 en relación con el 808-I del C. c.:

Hijo adoptivo 2/3 herencia ...	60 u.
Hijo natural reconocido 1/2 hijo legítimo ...	30 u.
Total "as" hereditario.	90 u.

Aplicando el artículo 179-2.^a del C. c., exclusivamente:

Hijo adoptivo ...	45 u.
Hijo natur. reconoc. ...	45 u.
Total "as" hereditario.	90 u.

Por último, cabe una tercera solución tan contradictoria como las indicadas pero aún más extraña; la que resultaría de combinar la particularidad 2.^a del artículo 179 con el principio legitimario que se sanciona en el artículo 809 del Código civil. De dicha combinación de preceptos resultaría la siguiente participación hereditaria:

Hijo natural reconocido ...	60 u.
Hijo adoptivo ...	60 u.

TOTAL ... 120 u., esto es,
30 u. más que el caudal hereditario (151).

En orden a unas posibles soluciones.—No creemos haya ninguna plenamente aceptable. Así, tanto para la sucesión testamentaria como para la legítima, podría optarse por una aplicación conjunta del artículo 179 párrafo primero y particularidad primera y el 840, entendiendo que el hijo adoptado plenamente, al merecer la consideración de legítimo, debe tener los derechos sucesorios que le otorga el artículo 808 en relación con los 840, 931 y 942 del Código civil, para la sucesión testamentaria y legítima, derechos los concedidos en estos preceptos, que deben predominar sobre los del artículo 179-1.^a en cuanto son los que regulan específicamente el régimen sucesorio. Esta interpretación podría apoyarse en el principio interpretativo de que la norma especial debe prevalecer sobre la general.

Mas a ello puede oponerse que la actual regulación de la adopción, aun cuando comprendido en el Código civil, ha sido promulgada por Ley de 4 de julio de 1970, muy posterior en el tiempo al referido Código, razón por la cual y por virtud de lo prevenido en el artículo 5.^º del mismo, si se opusieran o fueran incompatibles con el artículo 179, deberían entenderse derogados los artículos 808, 840, 931 y 942.

Podrían, además, alegarse otras consideraciones en favor o en contra de cualquiera de esos dos contradictorios preceptos, el 179 y el 840 en relación con el 808 principalmente, mas no lo consideramos conveniente. Y no lo creemos, por estimar que la actual re-

(151) Aguda y dura crítica a esta particularidad 2.^a del artículo 179, se contiene en el cit. trabajo de VALLET DE GOYTISOLO, sobre "Los derechos sucesorios...", pág. 603.

gulación de la adopción muestra tales imperfecciones, sobre todo en materia sucesoria, que la única solución procedente sería redactar otra nueva.

Concluimos pues el examen de estos extremos proponiendo como solución para una futura modificación de la adopción y en vista de la en nuestra opinión insalvable contradicción entre los artículos 179-2.^a, 809, 840, 931 y 932 del Código civil, redactar aquel precepto en forma más o menos parecida a la siguiente:

“El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante o adoptantes la misma posición que los hijos legítimos.”

“Cuando concurre con hijos naturales reconocidos o cónyuge viudo se estará a lo dispuesto en los artículos 834 y 840.”

“Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de los padres legítimos.”

c) *Concurrencia con hijos legítimos y naturales reconocidos.*— Partiremos aquí del mismo supuesto de hecho propuesto en los apartados anteriores:

Herencia, de 90 unidades económicas; 30 unidades de *legítima estricta*; 30 unidades de *mejora* y 30 unidades de *tercio de libre disposición*.

Concurren en ella un hijo legítimo, un hijo natural reconocido y un hijo adoptado plenamente.

I) *Aplicación del artículo 179-I, particularidades 1.^a y 2.^a.*— Como según el párrafo primero de este artículo, los hijos adoptados plenamente están equiparados a los legítimos y, según la particularidad 2.^a, los naturales reconocidos no pueden percibir menos que el adoptado, nos encontramos con la siguiente solución:

Hijo legítimo ... 30 u.	{	Constituyen los dos tercios de legítima larga.
Hijo adoptivo ... 30 u.		

Hijo natural rec. 30 u. (tercio libre disposición).

II) *Aplicación del artículo 840.*—Si concurren hijos legítimos con naturales reconocidos, éstos percibirán la mitad de la cuota que corresponda a cualquiera de los legítimos no mejorados. A su vez, el artículo 179-I, identifica a los hijos adoptados plenamente con los legítimos, extremo éste que, al no estar contenido en el artículo 840, hay que comprender aquí.

A la vista de lo que acabamos de exponer nos encontraríamos con esta solución:

Hijo legítimo 30 u.	(mitad de la legítima amplia).
Hijo adoptivo 30 u.	(mitad de la legítima amplia).
Hijo natural reconocido ... 15 u.	(mitad de cuota de los legítimos no mejorados).

Como puede comprobarse, la discordancia entre ambos preceptos es obvia en cuanto si se aplica al 179, los hijos legítimos y los naturales se equiparan con infracción de lo dispuesto en el artículo 840. Mas si se aplica éste, al percibir los hijos naturales menos que el adoptado plenamente, se infringe aquél en cuanto les otorga los mismos derechos.

Posibles soluciones.—Todas discutibles por las mismas consideraciones que indicábamos al estudiar el supuesto de concurrencia de hijos naturales reconocidos y adoptivos.

Sólo cabe, pues, la reforma del precepto en la forma aproximada que en dicho epígrafe recogíamos.

d) *Concurrencia con cónyuge viudo e hijos legítimos y naturales reconocidos.*—No está prevista entre las particularidades del artículo 179 la concurrencia del hijo adoptivo con el cónyuge adoptante supérstite.

En consecuencia, parece evidente que cuando ello acontezca se aplique lo dispuesto en el artículo 834 del Código civil, desde el momento que por expresa disposición del párrafo primero del citado artículo 179 los hijos naturales adoptados plenamente se equiparan en orden a los derechos sucesorios a los legítimos.

No acontece lo mismo, sin embargo, cuando el hijo adoptado plenamente concurra además de con el cónyuge adoptante supérstite, con hijos legítimos y naturales reconocidos del adoptante causante.

Y decimos esto porque a los ya indicados problemas de concurrencia con los hijos legítimos y naturales reconocidos, derivados de la contradicción que existe fundamentalmente entre los artículos 179 y 840 del Código civil, se une el motivado por la presencia del cónyuge superviviente.

En efecto, cuando se opere esta concurrencia, la cuestión ofrecerá las siguientes posibilidades:

1.^a *Aplicando del artículo 179, en relación con el 834,* sobre la base de un “as” hereditario de 90 unidades económicas, tendremos la siguiente distribución:

Hijo legítimo	30 u.	Legítima y mejora.
Hijo adoptivo	30 u.	
Hijo natural reconocido ... 30 u.					= Tercio libre disposición.

—
Total a repartir 90 u. que integran la totalidad del caudal hereditario.

A su vez, el cónyuge supérstite tiene derecho *en usufructo* al tercio destinado a mejora, equivalente a 30 unidades (art. 834 C. c.).

Como dicho tercio está atribuido a los hijos legítimo y adoptivo, es evidente que cada uno de ellos, mientras subsista el cónyuge, recibirá 15 unidades en propiedad plena y las otras 15 en nuda propiedad.

2.^a *Aplicando el artículo 840 en relación con el 834 y sobre las mismas bases económicas que el supuesto anterior nos encontramos ante la siguiente situación:*

Hijo legítimo	30 u.	Legítima y mejora.
Hijo adoptivo	30 u.	
Hijo natural reconocido	15 u.	
<hr/>		
Total repartido	75 u.	
<hr/>		
Total caudal hereditario	90 u.	
<hr/>		
Sobran	15 u.	

Al cónyuge supérstite le corresponde el tercio destinado a mejora, representado por 30 unidades.

Así centrada la cuestión, el problema se plantea aquí en la siguiente forma:

a) Las 15 unidades que sobran del total "as" hereditario corresponden al tercio de libre disposición.

b) En consecuencia, y en pura técnica jurídica, no pueden ser atribuidas al cónyuge supérstite en usufructo, ya que su parte ha de detraerse del tercio de mejora.

c) Consiguientemente, seguirán correspondiendo en propiedad plena a cada hijo (legítimo y adoptivo) 15 unidades de las 30 que a que tienen derecho, siéndoles atribuidas las otras 15 u. en nuda propiedad.

Mas, ¿cómo se repartirá ese sobrante? En nuestra opinión, podría seguirse para su distribución el mismo criterio que marca el artículo 840, atribuyendo en consecuencia al hijo legítimo y al adoptivo doble cuota que al natural reconocido. De acuerdo con ello, la distribución de 15 unidades sobrantes podría realizarse así:

Hijo legítimo	6 u.
Hijo adoptivo	6 u.
Hijo natural reconocido	3 u.
<hr/>	
Total	15 u.

Por último y para concluir este tema, hemos de decir que damos por reproducido lo indicado precedentemente en orden a la contradicción entre los artículos 179 y 840 del Código civil, contradicción que se pone igualmente de relieve en el supuesto de concurrencia de los hijos tanto legítimos como adoptados plenamente y naturales reconocidos con cónyuge viudo.

Derechos sucesorios de los adoptantes.—La primera cuestión que el párrafo segundo del artículo 179 ofrece es la relativa a la dife-

rencia que ofrece el tratamiento sucesorio concedido a los padres adoptantes frente al que se otorga en el párrafo anterior a los hijos adoptivos, dado que, mientras los derechos de estos últimos son objeto de cortapisas ante o frente a los supuestos que contemplan las llamadas "particularidades", los derechos sucesorios de los adoptantes no vienen sujetos a tales limitaciones (152).

Entendemos de aplicación a estos casos los artículos 809 y 810. En cuanto al artículo 807-2.^º, deberá serlo por virtud de lo dispuesto en el 179-II, si bien creemos deberían haber sido incluidos los padres adoptivos en dicho número 2.^º

Sin embargo, el problema más interesante que el estudio de los derechos sucesorios de los adoptantes presenta es, en nuestro modo de ver, el que puede surgir de la aplicación del artículo 812 del Código civil.

En efecto, ¿entrará en juego la *reversión* que este precepto establece cuando el hijo adoptivo, que ha recibido varias cosas del adoptante, muere dejando a su vez uno o varios hijos adoptados plenamente?:

1. *Inaplicabilidad del principio de reversión*.—En favor de esta tesis puede alegarse, como principal consideración, que en el supuesto contemplado falta un requisito esencial para que los bienes dados por el ascendiente adoptante puedan *revertir* a él, ya que su hijo adoptivo no ha muerto "...sin posteridad".

Téngase en cuenta a estos efectos, que el hijo adoptado viene equiparado por el artículo 176-I a los legítimos, y que según las más generalizada doctrina científica, el artículo 812 viene referido únicamente a la familia legítima.

2. *Aplicabilidad del principio de reversión*.—Las razones en pro de esta posición, son fundamentalmente las siguientes:

a) El art. 176-II habla del "...adoptado y sus descendientes...", frase ésta bajo la cual entendemos únicamente comprendidos a los legítimos y en todo caso los naturales, mas no a los adoptados por ese descendiente.

b) En el orden sucesorio el artículo 180, siguiendo un criterio más restrictivo, parece limitar las relaciones sucesorias al adoptante y adoptado, quedando fuera de ellas a los hijos de este último, tanto si son legítimos y naturales como adoptados plenamente.

A la vista de lo expuesto, nos decidimos por esta última posición, no sin reconocer que la primera cuenta también con un interesante fundamento jurídico-positivo.

Consideramos, que la limitación que el legislador de 1970 establece en orden a los vínculos familiares derivados de la adopción,

(152) Esto ha sido apuntado y criticado por GARCÍA CANTERO en su cit. ob., páginas 112-113.

hace que en el supuesto fáctico que hemos contemplado —hijo adoptado plenamente que muere dejando descendencia adoptiva—, como ésta “...*posteridad*”..., queda fuera del ámbito familiar creado por la adopción, no puede impedir que entre en juego el principio de reversión que dicho precepto regula.

Derechos sucesorios de los parientes por naturaleza.—El último párrafo del artículo 179, es concluyente en lo que a este extremo se refiere.

“Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptando, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812 del Código civil.”

Aunque este párrafo sea una consecuencia lógica del régimen adoptivo instaurado por la Ley 7/1970, hemos de poner de relieve lo extraño que resulta ver esencialmente alterados los artículos 807-2.^º, 809, 810, 813 y 935 a 955 del Código civil por el párrafo que acabamos de transcribir, máxime cuando en ninguno de estos preceptos tan profundamente alterados se contiene la más mínima referencia o alusión a la adopción.

Mas dejando a un lado este aspecto crítico, entremos en el estudio del párrafo transcrita.

¿Qué derechos tendrán los parientes por naturaleza (153) en la sucesión del adoptando?; únicamente los que éste quiera y pueda concederles por testamento. Y decimos quiera y pueda, en cuanto al quedar sin efecto respecto de dichos parientes todo el sistema de legítimas del Código civil, es evidente deberá respetar los derechos legitimarios de sus padres adoptivos, pudiendo disponer únicamente de la parte de libre disposición, que en estos casos entendemos vendrá determinada por la aplicación del artículo 809, dada la equiparación de aquéllos a los padres por naturaleza.

A su vez, el estudio de este párrafo, nos plantea un interesante problema; el relativo al destino de la herencia del hijo adoptado plenamente, que muera sin testamento y habiéndole premuerto sus padres adoptivos.

En efecto, de acuerdo con el párrafo que estamos comentando, los padres y colaterales por naturaleza “...no ostentarán derechos por ministerio de la Ley...”.

Por otra parte, los derechos sucesorios derivados de la adopción plena corresponden únicamente a los adoptantes y adoptados y sus descendientes. En consecuencia, si después de muertos los padres adoptantes muriese el hijo adoptivo sin descendencia y sin haber dispuesto de sus bienes por testamento, aplicando las normas de la sucesión legítima la sucesión correspondería al Estado.

Ante tan ilógica consecuencia, que parece romper el sistema legitimario de nuestro Código civil, cabe inquirir si en este concreto

(153) Sobre el concepto de “parientes por naturaleza”, merece destacarse el cit. trabajo de GARCÍA CANTERO, págs. 113 y ss.

supuesto no podrán prevalecer sobre el artículo 179-III los 807-2.º, 809 y fundamentalmente los 935 a 938 y 946 y siguientes del Código civil. Mas, en nuestra opinión, cualquier solución que pretenda darse al problema bajo la actual reglamentación de la adopción, la estimamos forzada. En consecuencia, entendemos, que la única solución adecuada consistirá en modificar el párrafo que estamos contemplando, otorgando a los parientes por naturaleza derechos legitimarios en la herencia del adoptando plenamente, cuando carezca de descendientes legítimos y los padres adoptivos le hubieren premuerto (153 bis).

Por otra parte y dada la redacción del citado artículo 179-III, entendemos con GARCÍA CANTERO (154), que esta limitación de derechos sucesorios de la familia por naturaleza, afecta a los otorgados *"por ministerio de la Ley"*.

En cuanto a la sucesión testamentaria, estimamos que únicamente afectará al adoptado la limitación del artículo 179-II en relación con el 176-III, que al equiparar los padres adoptivos a los legítimos impone la obligación de respetar sus derechos legitimarios.

En consecuencia, entendemos, que el adoptado podrá disponer por testamento en favor de su familia por naturaleza, de todo cuanto exceda de esa legítima (155).

Otros problemas de derecho sucesorio en la adopción plena.— Son muchos y muy variados los que la actual reglamentación de la adopción plena ofrece. Así y sin propósito exhaustivo, haremos referencia a los siguientes:

a) *Derechos sucesorios del adoptando en su familia natural.*— ¿Conserva algún derecho? La Ley 7/1970, parece guardar silencio sobre la cuestión, lo que induce a una contestación negativa.

Téngase en cuenta a estos efectos, que frente a la reforma de 1958 cuyo artículo 179-II establecía expresamente esta conservación de derechos sucesorios, el actual artículo 179 ha prescindido de dicha declaración, y ello, pese a que la misma iba comprendida en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno lo que en nuestro modo

(153 bis) Fueron varias las enmiendas presentadas al artículo 179 del Proyecto del Gobierno sobre la Ley de adopción. La generalidad de ellas, cuando se referían al último párrafo, centraban su atención en lo relativo a la configuración del principio de reversión consagrado en el artículo 812 del C. c., que luego recogió la Ponencia cristalizando en el actual párrafo, último de dicho precepto (es interesante sobre estas enmiendas el trabajo cit de GARCÍA CANTERO, págs. 90 y ss.).

Ninguna de ellas contempló la posibilidad que aquí indicamos. Podría, sin embargo, en una ulterior reforma de la adopción completarse este párrafo del artículo 179, en forma parecida a ésta:

"Si los padres adoptantes hubieren premuerto al adoptado, podrán aplicarse a los parientes por naturaleza los artículos 936 y siguientes de este Código".

(154) Ob. cit., pág. 115.

(155) Téngase en cuenta a estos efectos que el párrafo a que nos estamos refiriendo, dice "*Al adoptado no le serán exigibles...*", lo que implica que puede (respetando los derechos legitimarios de sus padres adoptivos) disponer por testamento de la parte de libre disposición en favor de su familia por naturaleza.

de ver ha de interpretarse en el sentido de que los hijos adoptados no conservan derechos sucesorios en su familia por naturaleza (156).

En cuanto a la razón de esta omisión, la situamos en el deseo del legislador de 1970 de fortalecer los vínculos adoptivos a costa del consiguiente debilitamiento de los de la familia por naturaleza, criterio que en principio al menos, alabamos.

Por otra parte, estimamos, que este silencio en orden a los derechos sucesorios en la familia natural, afecta únicamente a la sucesión legítima. En cuanto a la testamentaria, entendemos, que los padres por naturaleza desde el momento que la adopción ha extraído de su familia natural al hijo adoptado, podrán dejar a éste por disposición testamentaria el tercio de libre disposición, mas no la legítima, que vienen obligados a conservar en favor de sus hijos legítimos no adoptados.

b) *En orden a si será aplicable a los casos de adopción plena, la reserva de los artículos 968 y siguientes del Código civil.*—Dos son por lo menos las situaciones que aquí pueden contemplarse:

1.^a La del viudo o viuda que teniendo un hijo adoptado plenamente durante su matrimonio, contraiga segundas nupcias.

2.^a La del viudo o viuda que teniendo algún hijo legítimo, adopte plenamente en estado de viudez.

1.^o *Contraer segundas nupcias, teniendo un hijo adoptado plenamente durante el primer matrimonio por ambos cónyuges.*—Somos de la opinión, que son de aplicación a este supuesto los artículos 968 y siguientes del Código civil, desde el momento que el artículo 179-I equipara a los efectos sucesorios los hijos adoptados plenamente a los legítimos.

En consecuencia, estimamos, que si al disolverse el primer matrimonio por muerte de uno de los cónyuges quedare únicamente un hijo y éste fuese adoptivo, con adopción plena, nos hallaremos ante el mismo supuesto que dicho artículo 968 contempla, debiendo por tanto el cónyuge supérstite reservar en favor del mismo la propiedad de los bienes que hubiere adquirido del premuerto por testamento, sucesión intestada, etc.

2.^o *Viudo o viuda que teniendo hijos legítimos, adopte plenamente en estado de viudez (157).*—Se trata, de una hipótesis no prevista por el legislador de 1889, ni regulada en consecuencia en los

(156) Mantienen esta posición para la actual situación, GARCÍA CANTERO, ob. cit., págs. 113-115, y CHICO ORTIZ, ob. cit., pág. 1468. Se opone a ella VALLET DE GOYTISOLO, en "Los derechos sucesorios...", cit., pág. 610, estimando que los mismos "... debe entenderse que son mantenidos vigentes".

(157) Apunta el tema aquí planteado VALLET DE GOYTISOLO, en su cit. ob., sobre "Los derechos...", pág. 602, planteando la cuestión de si será aplicable al mismo el artículo 980 del C. c., bien que no se enfrente directamente con el problema, ni, por tanto, decida sobre su solución, cuestión ésta, por otra parte, difícil y comprometida, como lo son todas las que plantea el tema sucesorio en la nueva Ley sobre la adopción, lo que aconseja, como venimos indicando reiteradamente, su nueva reforma.

artículos 968 y siguientes del Código civil, en cuanto debido a la inspiración sucesoria de dicho Cuerpo legal, resultaba imposible que en estado de viudez pudiera darse otra situación de reserva que la específicamente prevista en su artículo 980.

Mas con la nueva regulación de la adopción, y especialmente, con la equiparación de los hijos adoptados plenamente a los legítimos, el problema se plantea, desde el momento que resulta posible hallarse en la situación que contempla el artículo 968 sin necesidad de contraer segundas nupcias, o en el que regula el 980 sin tener hijos naturales.

Ante ello, cabe inquirir, si en tales supuestos podrán o no ser aplicables, al menos por analogía dichos preceptos, en beneficio de los hijos legítimos del matrimonio disuelto por la muerte de uno de los cónyuges.

Nos decidimos por la solución afirmativa, estimando deberá hacerse aplicación analógica de ambos preceptos, otorgando preferencia a la letra del 968 y al espíritu del 980.

c) *La adopción plena y el derecho de representación.*—Dos son también los supuestos que aquí pueden comprenderse:

1.º El relativo al derecho de representación recogido en los artículos 807-2.º en relación con los 924 y 932; y

2.º El del adoptado respecto del adoptante.

En cuanto al primero de estos casos, es evidente, que si el hijo adoptado plenamente muriere dejando hijos legítimos, éstos sucederán al adoptante por *derecho de representación* al amparo de lo previsto en los citados artículos 807-2.º, 924 y 931 a 933 del Código civil.

Tenemos en cuenta a estos efectos, que el vínculo adoptivo surgido entre el adoptante y el adoptado, no se interrumpe en los hijos de éste, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 176-II, inciso primero, a tenor del cual:

“La adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra...”

Otra cosa acontece en el segundo de los supuestos apuntados, toda vez que no se trata ya de la sucesión del adoptante sino de la de un ascendiente o descendiente por naturaleza suyo, causantes éstos que nada tienen que ver con el adoptado, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 176-II, inciso segundo, que dice así:

“... pero no respecto de la familia del adoptante...”

Creemos, por ello, que no se dará en estos casos el derecho de representación y en consecuencia, que en la sucesión de los padres o descendientes legítimos del adoptante, si éste hubiere premuerto, sus derechos sucesorios no pasan al adoptado.

d) *La colación y la adopción.*—Son de aplicación a los hijos

adoptados plenamente los artículos 1.035 y siguientes del Código civil?

Creemos que sí. Fijémonos a este respecto, que el artículo 1.035, primero de los que regulan la "colación", exige para que ésta pueda darse como requisito subjetivo, que se trate de "herederos forzados", carácter éste que tienen los adoptados plenamente al estar equiparados a los hijos legítimos (158).

En cuanto al artículo 1.038, lo entendemos aplicable en la medida o sentido que hemos expuesto al tratar del "derecho de representación".

e) *El derecho de acrecer.*—Estamos de acuerdo con GARCÍA CANTERO en el hecho de que el "derecho de acrecer" es aplicable a los hijos adoptados tanto plena como simplemente (159).

C) **Examen del artículo 180-III del Código civil.**—Dice así este párrafo:

"El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos. El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural."

Mientras el artículo 179 consagra la equiparación de los adoptados plenamente a los hijos legítimos, este párrafo sanciona la de los hijos naturales y los adoptados simplemente, realizando análoga operación con los adoptantes que vienen equiparados a los padres naturales.

Damos por reproducido aquí todo lo que indicábamos respecto de la sucesión en la adopción plena, siempre que sea aplicable. Procederemos, no obstante, al examen de ciertas peculiaridades cual son:

1.^º A los hijos adoptados simplemente, le son aplicables los artículos 939 a 944 del Código civil. En consecuencia, entrará en juego el derecho de representación en la forma prevista en los artículos 940 y 941 de dicho cuerpo legal.

No es sin embargo aplicable a los adoptados simplemente, o al menos esa es nuestra opinión, el artículo 945, en cuanto al igual que indicábamos respecto de la adopción plena, esta filiación genera vínculos familiares entre adoptantes y adoptados y sus descendientes, únicamente.

2.^º Estimamos de aplicación a los hijos adoptados simplemente, el artículo 840-II del Código civil.

3.^º Análogamente, creemos será aplicable al hijo adoptado simplemente por una persona en estado de viudez que tenga hijos legítimos del matrimonio disuelto por muerte de su consorte, el artículo 980.

4.^º En orden a los derechos del adoptado en su familia natu-

(158) Admite la colación GARCÍA CANTERO en su cit. ob., pág. 106.

(159) Misma ob. y pág. de nota anterior.

ral, y los de ésta en la sucesión de aquél, hemos de hacer las siguientes indicaciones:

a) En cuanto al adoptado, somos de la opinión que no conserva derecho sucesorio alguno respecto de su familia por naturaleza, al menos en lo que a la sucesión legitimaria hace, por las mismas razones que dábamos al tratar del tema respecto de la adopción plena (160).

b) Respecto de los derechos sucesorios de la familia natural del adoptado en la sucesión de éste, constituye uno de los temas más discutible de la Ley de adopción.

En efecto, téngase en cuenta, que mientras en el artículo 179-IV, dedicado a la adopción plena, se sanciona el principio de que los parientes por naturaleza “*no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado*”, no existe pronunciamiento alguno de esta naturaleza en el artículo 180, único que regula la especialidad de la adopción simple.

Por otra parte, sentado lo que antecede, es evidente que aplicar a los parientes por naturaleza del adoptado simplemente el criterio sucesorio restrictivo que marca dicho artículo 179-IV, implica en nuestro modo de ver hacer uso de una interpretación extensiva en perjuicio de dichos parientes, que no está permitida.

Mas, frente a estos argumentos en favor de la tesis de que los parientes por naturaleza mantienen derechos sucesorios legitimarios en la herencia del adoptado plenamente, pueden a su vez alegarse los siguientes:

a) La contradicción que supone atribuir a los parientes por naturaleza de los adoptados simplemente, una mejor posición sucesoral que a los de los adoptados plenamente.

b) El hecho, también contradictorio, de que los adoptados tanto simple como plenamente, no conserven derechos sucesorios legitimarios en sus familias por naturaleza.

La solución, no es realmente fácil. Y buena prueba de ello la tenemos en las frases de GARCÍA CANTERO, que con ocasión de estudiar el problema nos dice: “en cuanto a los ascendientes y colaterales por naturaleza, lo dispone así el párrafo final del artículo 179 para la adopción plena, quedando la duda de si rige idéntica regla para la adopción simple” (161).

Sin embargo, a la vista de la reglamentación legal que de la sucesión en la adopción simple hace el artículo 180, en relación con la que el 179-IV, nos inclinamos a considerar que los parientes por naturaleza de los adoptados simplemente, conservan derechos legitimarios en la sucesión de aquéllos (162).

(160) En este sentido se pronuncia también GARCÍA CANTERO, ob. cit., página 115.

(161) Ob. cit., pág. 115.

(162) Parece ser ésta la posición que mantiene VALLET DE GOYTISOLO en su cit. ob., págs. 610-611, cuando, con ocasión de contemplar el artículo 180-III,

Por último y para concluir este tema, hemos de manifestar nuestra crítica a este precepto, fuente de dudas y discusiones de difícil solución mientras no se modifique.

D) Desheredación y preterición.

1.º *Desheredación*.—La equiparación de padres e hijos legítimos y naturales a los adoptantes y adoptados plena o simplemente a los efectos sucesorios, es causa de que les sean aplicables a unos y otros las causas de desheredación que el Código civil contiene (163).

En consecuencia y por lo que a la desheredación de los hijos adoptivos se refiere, serán de aplicación los artículos 848 a 853 en relación éste último con el 756 así como el 856 del Código civil.

En cuanto a los padres adoptantes, son aplicables los artículos 848 a 852 y 854 y 856 en relación con el citado 756.

El único problema que podría plantear la desheredación en la adopción, es el relativo a la posibilidad de aplicar el artículo 857. Estimamos que sí, en cuanto como hemos venido indicando a lo largo del presente trabajo, la adopción genera vínculos de familia entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes. Consiguientemente, en el supuesto contemplado en el citado artículo 857, sucederán por virtud del derecho de representación los hijos del adoptando que hubiere sido desheredado.

Otra cosa acontecería si el desheredado fuese padre o madre adoptante, toda vez que de conformidad con lo indicado al hablar del derecho de representación, mereciendo en estos casos los adoptantes la condición de extraños respecto de la sucesión del causante

dice, refiriéndose a la posición del padre adoptivo en la sucesión del adoptado simplemente:

“Pero, en este caso, ¿queda pospuesto a los ascendientes legítimos en el sentido de que sólo es legitimario a falta de estos?; ¿concurre con ellos en cuotas distintas?; ¿se les antepone excluyéndolos pese a su cuota más reducida?».

“No hay precedentes en la legítima de los padres naturales, puesto que jurídicamente no puede haberlos si hay ascendientes legítimos. Parece que, al poder concurrir ascendientes legítimos y padres adoptantes, ambas legítimas deben ser también concurrentes”.

“*Quid* si concurren con el padre o madre naturales? ¿Posponen éstos a aquéllos, o viceversa?; ¿concurren como legitimarios unos y otros?, ¿en la misma cuota o en otra igual? Nos inclinamos por esta solución, que parece avalada por el artículo 180, § 3.º, Código civil, al señalarles una porción equivalente.”

Por nuestra parte, y para reforzar la posición que sustentamos, hemos de indicar que acaso uno de los motivos en que pueda apoyarse este diverso tratamiento sucesorio de los padres por naturaleza en la adopción plena y simple, radique en que tal y como aparece regulada en el aspecto sucesorio, la plena produce una mayor desvinculación familiar-sucesoral que la simple y consiguientemente está, un menor desasimiento con la familia por naturaleza.

(163) Admite la desheredación de los hijos adoptivos, GARCÍA CANTERO, ob. cit., pág. 106.

—ascendiente del adoptante—, no pueden entrar por derecho de representación en el “as” hereditario del mismo.

2.º *Preterición* (164).—Tan evidente como la desheredación, es la preterición en el sistema sucesorio derivado de la adopción. Será pues de aplicación a ella, lo dispuesto en el artículo 814, así como en los 815 a 817 en orden a la reducción de los derechos legítimos y los pactos sobre legítimas futuras.

El nuevo régimen de la adopción

Gabriel GARCIA CANTERO

SUMARIO: I. *El proceso de elaboración legislativa del nuevo régimen de adopción en el Código Civil.*—1. Líneas directrices del proyecto del Gobierno (PG).—2. Las Enmiendas al proyecto del Gobierno.—3. El Informe de la Ponencia (IP), de 22 de mayo de 1970.—4. La discusión del proyecto en la Comisión de Justicia durante los días 9, 10, 11 y 12 de junio de 1970.—II. *Caracteres de la Ley de 4 de julio de 1970.*—1. Aspectos formales.—2. Líneas directrices de la nueva Ley.—III. *El nuevo régimen de la adopción en el Código Civil.*—1. Clases de adopción.—2. Requisitos generales.—A) *Quién puede adoptar.*—a) Tener 30 años cumplidos. b) Hallarse en el ejercicio de todos los derechos civiles. c) Prohibiciones para adoptar.—B) *Quién puede ser adoptado.*—a) La adopción de niños abandonados. b) La adopción de parientes.—C) *La diferencia de edad entre adoptante y adoptado.*—D) *La pluralidad de adoptantes y de adoptados.*—a) La pluralidad de adoptantes. b) La pluralidad de adoptados. c) Pluralidad de adoptantes y de adoptados.—3. *Requisitos especiales de la adopción plena.*—A) *Quién puede adoptar plenamente.*—B) *Quién puede ser adoptado de manera plena.*—4. *Requisitos de la simple adopción.*—5. *El negocio jurídico adopcional.*—A) *Caracteres del negocio jurídico adopcional.*—B) *Momento perfectivo de la adopción.*—C) *Formación del negocio adopcional.*—a) Fase judicial. b) Fase notarial. c) Fase registral.—6. *Efectos de la adopción.*—A) *Efectos en general.*—B) *Efectos de la adopción plena.*—a) Sucesión testamentaria: a') Concurrencia con hijos legítimos. b') Concurrencia con hijos naturales. c') Otros supuestos de concurrencia.—b) Sucesión abintestato. c) Derechos sucesorios de los padres adoptantes en la herencia del adoptado.—C) *Efectos de la adopción simple.*—D) *Derechos sucesorios en relación con la familia de origen del hijo adoptivo.*—7. *Ineficacia y extinción del negocio jurídico adopcional.*

I. EL PROCESO DE ELABORACION LEGISLATIVA DEL NUEVO REGIMEN DE ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL

El texto aprobado por la Ley 7/1970, de 4 de julio (*B. O. del E.* del 7 de julio), no puede ser plenamente comprendido si no se tienen en cuenta las diferentes etapas del *iter* legislativo que han conducido al mismo.

La Ley de 1958, al modificar el régimen de la adopción, produjo

un incremento notable en el número de adopciones realizadas en España, las cuales, si en 1958 alcanzaron la cifra de 1.646, llegaron a 1.903 en el año siguiente, estabilizándose a partir de 1960 con cifras ligeramente decrecientes (1.568 en el año 1961, 1.684 en el año 1963) "debido —según se ha dicho autorizadamente— más a la escasez de niños en condiciones de ser adoptados, que al número de personas que desean adoptar" (1). Es de señalar simultáneamente un creciente interés doctrinal por el tema (2), y un marcado interés social manifestado en las Primeras y Segundas Jornadas Nacionales de Adopción celebradas en 1966 y en 1968, así como en la constitución de Asociaciones de Padres Adoptantes que lograron ver reflejadas sus aspiraciones en la prensa diaria.

El Ministerio de Justicia encargó a la Comisión General de Codificación un Proyecto de regulación de la adopción, el cual, aprobado por el Consejo de Ministros, fue remitido a las Cortes y publicado en el *B. O.* de las mismas del 6 de febrero de 1970 (3). En el seno de la Comisión de Justicia se formó una Ponencia para su

(1) Según manifestaciones del excelentísimo señor Ministro de Justicia al presentar en las Cortes el Proyecto de Ley de Adopción.

(2) Prescindiendo de las obras generales, cabe enumerar, por orden cronológico, los siguientes estudios monográficos: CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: "La adopción y figuras similares ante la nueva regulación", en *RCDI*, 35 (1959), páginas 42 y ss. y 194 y ss. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: "La institución contractual del hijo adoptivo y las disposiciones 'mortis causa' anteriores y posteriores del adoptante", en *RDP*, 43 (1959), pp. 936 y ss. GAMBÓN ALIX: *La adopción*, Barcelona, 1960. Es el estudio monográfico más minucioso sobre la institución después de la reforma de 1958. CASASUS HOMET: "La representación respecto a los derechos hereditarios del hijo adoptivo en la herencia del adoptante", en *RDN*, julio-diciembre 1960, pp. 213 y ss. GULLÓN BALLESTEROS: "Notas sobre los derechos sucesorios del hijo adoptivo después de la reforma del Código Civil", en *RDP*, 36 (1960), pp. 102 y ss. SOTO NIETO: "Derechos sucesorios del hijo adoptivo en el Código Civil español", en *RGLJ*, 43 (1961), páginas 681 y ss. CASTRO LUCINI: "La adopción en la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña", en *ADC*, 15 (1962), pp. 69 y ss. CASTRO LUCINI: "Los derechos sucesorios del hijo adoptivo", en *ídem* fd., pp. 617 y ss. MADRUGA MÉNDEZ: "La adopción", en *ADC*, 16 (1963), pp. 747 y ss. GULLÓN BALLESTEROS: "Problemas de la sucesión del hijo adoptivo", en *Estudios Homenaje Profesor Serrano*, Valladolid, 1965, I, pp. 405 y ss. SANCHO REBULLIDA: "Notas sobre perfección y forma en la adopción", en *RCDI*, 41 (1965), pp. 1109 y ss. VERGER GARAU: "Reconsideración y reforma de la regulación de la adopción", en *RJC*, 67 (1968), p. 901. CASTRO LUCINI: "Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción", I, "El adoptante", en *ADC*, 19 (1966), páginas 337 y ss.; II, "El adoptado", en *ídem*, 21 (1968), pp. 369 y ss. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: "En torno a los conceptos de abandonado y expósito como sujetos de la adopción", en *RGLJ*, 45 (1967), pp. 323 y ss. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *La adopción de expósitos y abandonados*, Madrid, 1968. Obra de orientación práctica, aunque no exenta de aportaciones doctrinales. *II Jornadas Nacionales sobre la Adopción*. Crónica comprendiendo las ponencias y las comunicaciones, contenidas en la *Revista de la Obra de Protección de Menores*, septiembre-octubre 1968. CASTRO LUCINI: "Limitaciones a las disposiciones patrimoniales 'mortis causa' establecidas en la escritura de adopción, en *Estudios Homenaje a don José Castán Tobeñas*, III, Pamplona, 1969, pp. 95 y ss. DE LA VALLINA DÍAZ: "Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción", en *RDP*, 45 (1969), pp. 437 y ss.

(3) En adelante será citado por las siglas PG.

estudio constituida por los Procuradores señores Cabanillas Gallas, Fanjul Sedeño, Gómez de Aranda y Serrano, Pérez Serrabona y Piñar López. Esta Ponencia examinó las Enmiendas presentadas reglamentariamente y elaboró su Informe (4), que fue discutido por la Comisión de Justicia en las sesiones celebradas los días 9, 10, 11 y 12 de junio de 1970. El texto definitivo ha sido aprobado por la Ley anteriormente citada, cuyo artículo único da nueva redacción a los artículos 172 a 180 inclusive del Código Civil, además de tener una disposición transitoria.

1. LINEAS DIRECTRICES DEL PROYECTO DEL GOBIERNO (PG.)

Hay que reconocer que la orientación fundamental de la reforma del capítulo de la adopción ha venido marcada por el Proyecto del Gobierno, aunque posteriormente haya sufrido modificaciones importantes en puntos concretos. Mérito suyo ha sido la conservación de la arquitectura del cap. V, tit. VII, Libro I del Código civil, aunque con una notable mejora técnica en la ordenación interna de sus preceptos. El PG. venía precedido de una Exposición de Motivos, cuyo texto, con ligeros retoques, se ha conservado sustancialmente en la Ley de 4 de julio de 1970; a veces, por descuido, se reproducen párrafos correspondientes a materia que no ha sido regulada, o lo ha sido diversamente, por la nueva Ley. En dicha E. de M. se pone el énfasis en demostrar que "lo nuevo no se traduce tanto en una mutación de rumbo como en la continuada y progresiva apertura de derroteros ya esbozados"; pero tal afirmación no resulta del todo exacta si se atiende a algunos aspectos concretos del nuevo régimen legal en abierta ruptura con la anterior normativa.

La orientación general del PG. puede resumirse así:

a) Se trata de facilitar el acceso a la institución mediante la rebaja de la edad para adoptar, la reducción de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, la disminución del número de prohibiciones para adoptar suprimiendo la de los eclesiásticos y atenuando la llamada prohibición de descendientes, y permitiendo expresamente que puedan ser adoptados los propios hijos naturales.

b) Se clarifica y simplifica la noción de menor abandonado con vistas a facilitar la ruptura con la familia de origen.

c) Se concede, por vez primera en nuestra legislación intervención a los Tribunales Tutelares de Menores en el procedimiento adopcional, atribuyéndoles competencia para declarar la situación de abandono.

d) Se procura robustecer el vínculo adoptivo, enunciando como regla general la equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos, si bien con importantes excepciones en el ámbito sucesorio.

e) Se suprime el pacto sucesorio.

(4) En adelante será citado por las siglas IP.

En el PG. se observan importantes lagunas. Se echa en falta toda referencia a los aspectos procesales de la adopción, así como a los problemas de Derecho Internacional Privado. En cuestiones de detalle cabe señalar la falta de actualización contenida en el art. 20, 3 C. C. a los extranjeros adoptados durante su menor edad por españoles, la cual, habiendo sido introducida por la Ley de 15 de julio de 1954, ya no concordaba con la reforma de la adopción en 1958; notable era la desmesurada extensión del art. 174, propia más bien de un precepto reglamentario.

2. LAS ENMIENDAS AL PROYECTO DEL GOBIERNO

Al PG. se presentaron cuarenta y seis escritos de enmiendas, cifra que no basta para dar idea del alcance real de las mismas, pues mientras hay escritos con una sola enmienda, la mayoría de ellos contienen enmiendas a varios artículos. En resumen, cabe afirmar que todos y cada uno de los artículos del PG. fueron objeto de enmienda, en su totalidad o en parte, y que no todas las enmiendas coincidían en su orientación (5).

A continuación destacaré las enmiendas más notables, siguiendo el orden de los artículos del Proyecto.

En relación con el art. 172:

- Basta con exigir la mayoría de edad para adoptar, pues todas las demás edades son discutibles (Enmienda Arrué). Debe fijarse en veinticinco años la edad del adoptante, siendo once años la diferencia de edad con el adoptado (Enmienda Arteaga Padrón). Debe haber una edad máxima para adoptar fijada indirectamente al señalar que la diferencia de edad entre adoptante y adoptado no debe ser superior a cuarenta años (Enmiendas Pilar Primo de Rivera y Teresa Loring Cortés), o a cuarenta y cinco años (Enmienda Mónica Plaza de Prado).
- Con utilización de diversas fórmulas se trata de obtener que los cónyuges en estado de separación legal puedan adoptar (Enmiendas Batlle, Padrón Quevedo, Lamplé Operé, Miranda Hernández, Oliver Quirant, Vallbona Loro, López Muñiz y G. Madroño y Martínez de Salinas).
- Prohibición de que sean adoptados los mayores de edad, pues tales adopciones persiguen fines extraños a la institución (Enmienda Arrué).
- En cuanto a la prohibición de descendientes —que en el PG. aparece atenuada— hay cuatro Enmiendas que postulan su suspensión pura y simple (Batlle, Arrué, Angulo Montes y Peiró Rivas), y otras dos que con algún retoque optan por su man-

(5) El detalle pormenorizado es el siguiente: El art. 172 recibió veinticinco enmiendas; el art. 173, once; el art. 174, diecisiete; el art. 175, cinco; el art. 176, cuatro; el art. 177, once; el art. 178, trece; el art. 179, once; el artículo 180, doce, y la disposición transitoria, tres.

- tenimiento (Enmiendas García Hernández y Merino García).
- Optan por el mantenimiento de la prohibición de que los eclesiásticos adopten las Enmiendas Arrué, Angulo Montes y Villegas Girón.
 - La Enmienda Batlle propugna la posibilidad legal de adoptar a los propios hijos ilegítimos.

En relación con el art. 173 :

- La Enmienda Batlle observaba, con fina matización, que la función del Juez en la adopción no podía ser meramente pasiva, y que en lugar de decir que la adopción requería la *autorización* del Juez, era preferible requerir la *aprobación*.
- Con diversidad de formulaciones, dos escritos de Enmienda apuntaban a introducir la utilidad o conveniencia del adoptado entre los requisitos legales. La Enmienda Arrué proponía la adición del siguiente párrafo : “En todo caso el Juez aprobará la adopción si está ajustada a la Ley y la cree conveniente al adoptado.” Por su parte la Enmienda Gutiérrez del Castillo sugería el siguiente texto : “La adopción requerirá la autorización del Juez competente, con intervención del Ministerio Fiscal, haciendo constar que se han acreditado por parte del adoptante las cualidades morales necesarias y los medios de vida suficientes.”

El art. 174 contenía una de las innovaciones más interesantes del PG. y fue objeto de enmienda en dos sentidos fundamentales. La Enmienda Escobar Kirkpatrick propugnaba ampliar a todos los casos de abandono la competencia de los Tribunales Tutelares de Menores. Otros enmendantes, con variedad de formulaciones, trataban de paliar el rigor con que el PG. contemplaba el abandono como presupuesto de la adopción ; en esta dirección pueden citarse :

- Propuesta de adicionar al párrafo 3.º *b*) el siguiente inciso : “Salvo casos de fuerza mayor que se puedan justificar” (Enmiendas Lamplé Operé y Oliver Quirant).
- Ampliación a dos años del plazo de seis meses establecido en el párrafo 4.º para la declaración de abandono (Enmienda Llobet Llavari).
- Supresión pura y simple del concepto de abandono involuntario, y de los supuestos descritos en los apartados *a*) y *b*), dado que “el reforzamiento del vínculo de adopción debe ir paralelo a las máximas garantías de legalidad en la creación de dicho vínculo” (Enmienda Arrué).
- La Enmienda Villegas Girón proponía una nueva redacción del abandono involuntario, requiriendo el consentimiento de los padres del menor en el caso de que justifiquen que el abandono se ha producido por causas involuntarias ; en otro caso se castigaba moralmente a unos padres que no tienen culpa alguna de la situación de desamparo.

— La Enmienda López Muñiz y G. Madroño sometía a dura crítica el concepto de abandono involuntario: “Se dota de una amplitud tal al concepto que, en su aplicación, pudieran resultar padres abandonantes aquellos que han demostrado un alto espíritu de sacrificio y diligencia en pro de su hijo menor, o quienes han pasado por una eventualidad o accidente no imputable voluntariamente a los mismos. Efectivamente, sería subsumible en el concepto de abandono la conducta de unos padres que, con propósito de lograr un mejor porvenir para su hijo el día de mañana, y ante la imposibilidad de llevarse con ellos el menor, deciden emigrar para trabajar en el extranjero, y con sus esfuerzos lograr unos pequeños bienes que permitan dar mejor educación y cuidados al menor. Durante su ausencia lo encomiendan a una persona que creen de su confianza, e incluso le envían una cantidad mensual suficiente para su atención. Pero la persona encargada, desatendiendo sus obligaciones, y con ello al menor, pone al mismo en situación objetiva de abandono. O, por citar otro supuesto igualmente real y tomado de la vida, la madre de un menor, mientras regresaba a casa de sus compras, sufre un accidente, como consecuencia del cual es hospitalizada, sin poder ocuparse del mismo, con lo que éste queda carente de toda persona que le asegure la guarda. Aun reconociendo que en ambos casos se dan los elementos reales que el Proyecto requiere para el abandono... falta que el desamparo se ha producido con la voluntad mediata o inmediata de liberarse del menor, lo que significa que los sujetos que realizan y son causa del hecho objetivo del desamparo no buscan en alguna forma tal liberación. A lo que se opone taxativamente la admisión de las “causas involuntarias” a que alude el Proyecto, causas que pueden estar muy lejos de justificar los efectos jurídicos que a la calificación de abandono es necesario atribuir.” En virtud de la precedente argumentación el enmendante proponía la siguiente definición de abandono: “Se considerará abandonado el menor de 14 años que ha sido desamparado por sus padres o guardadores, con la finalidad, mediata o inmediata, de liberarse de su guarda.” En otra dirección, la misma Enmienda proponía la atribución de la competencia para declarar el abandono a la jurisdicción ordinaria, con expresa eliminación de los Tribunales Tutelares de Menores para evitar dualidad de criterios y duplicidad de trámites.

Salvo una Enmienda terminológica de Batlle, el art. 175 sólo suscitó dos Enmiendas de cierto interés, por afectar incidentalmente a cuestiones de fondo. La Enmienda Bosch Estivill proponía la supresión de la fase notarial en la formalización del negocio adopcional, alegando razones de economía procesal y la conveniencia de la presencia judicial en el momento de la redacción del documento. La Enmienda Ana Ballenilla Fajardo aspiraba a la sustitución del segun-

do párrafo por otro del siguiente tenor: "Se procederá a la destrucción de las partidas originales de nacimiento de los hijos adoptados en adopción plena", para lo cual invocaba los enormes perjuicios producidos al niño por el conocimiento de la verdad de su origen.

Tampoco el art. 176 originó muchas Enmiendas. Cabe señalar dos de signo más bien opuesto, pues mientras la Enmienda Arrué proponía la supresión del último párrafo de dicho precepto, la Enmienda Angulo Montes sugería la adición de un nuevo párrafo que dijese: "En defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza."

El art. 177 recibió once Enmiendas, la mayoría de detalle. Pueden destacarse, por ser de signo contrario, las encaminadas a mantener la firmeza y estabilidad del vínculo y las que tratan de facilitar su ruptura o extinción. La Enmienda Escobar Kirkpatrick razonaba así la reducción a dos años del plazo establecido en el art. 177-2º para pedir la extinción de la adopción: "El plazo de cuatro años parece excesivo para mantener durante él sobre el adoptante la amenaza de que le sea arrebatado el hijo adoptado. En cuatro años se habrán creado normalmente tales vínculos de afecto que resulta cruel al cabo de ellos la separación. No se ve, por otra parte, razón alguna para mantener todo ese tiempo vivo un derecho a quién abandonó a su hijo y no se preocupó por el mismo uno o dos años después, sumados al tiempo transcurrido desde la fecha del abandono a aquélla en que se realizó la adopción". Con parecidos argumentos la Enmienda Peiró Rivas justificaba la reducción de dicho plazo a seis meses. En sentido contrario se pronunciaban las propuestas de conceder a los padres legítimos o naturales el derecho a pedir la extinción de la adopción por motivos graves que afecten al cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado (Enmiendas Vilalta Caralt, Royán Calderón y García Ribes). Villegas Girón, por su parte, propugnaba un amplio derecho a favor del adoptado para pedir la extinción de la adopción "sin tener necesidad de alegar causa alguna", con base en esta doble justificación: 1) Basta la discrepancia objetiva del adoptado. 2) La presunción de voluntad en el adoptado, al formalizarse la adopción, no debe mantenerse cuando es el propio interesado el que contraría su situación legal deseada.

En el relación con el art. 178 se pretendió el reconocimiento de la facultad de adoptar a los propios hijos ilegítimos (Enmiendas Batlle y Padrón Quevedo), la facultad de que pudieran hacerlo el cónyuge inocente en la separación legal (Enmiendas Ana Ballenilla, López Medel, Miranda Hernández y Escobar Kirkpatrick) y las personas solteras de ambos sexos (Enmiendas Pilar Primo de Rivera, Teresa Loring Cortés y Mónica Plaza). Por su novedad merece destacarse la Enmienda Josefina Veglison Jornet, que proponía se exigiese la prueba de la infertilidad de los cónyuges, mediante informe médico, para la adopción plena. Basadas, hasta cierto punto, en ideas opuestas, cabe mencionar las Enmiendas Arrué y Gutiérrez del Castillo; según la primera debía suprimirse el inciso final del último párrafo de este

artículo, con lo cual se consumaba la ruptura del adoptado con su familia de origen, al privarle de derechos sucesorios y de alimentos en el caso y medida en que no los pudiera obtener del adoptante; en la segunda se proponía dar la siguiente redacción al citado último párrafo: “Al adoptado no le serán exigibles otros deberes, en razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, que los derivados de la deuda alimenticia.”

El art. 179 —uno de los puntos clave de la reforma— recibió asimismo once enmiendas, cuyas orientaciones fundamentales eran las siguientes:

- Hay mayoría a favor de que se obtengan las últimas consecuencias en materia sucesoria en cuanto a la equiparación entre los hijos plenamente adoptados y los hijos legítimos (Enmiendas Batlle, Arrué, Padrón Quevedo, Pilar Primo de Rivera, Teresa Loring Cortés, Mónica Plaza y Ana Ballenilla).
- Sólo en la Enmienda Angulo Montes se postula una equiparación de tales hijos adoptivos a los naturales.
- Nadie propugna la conservación del sistema sucesorio introducido por la Ley de 1958, ni, por consiguiente, del pacto sucesorio.

En relación con el régimen de la adopción simple, contenido en el art. 180, caben señalar Enmiendas maximalistas y minimalistas. Entre las primeras, la de Padrón Quevedo, que sugería pura y llanamente la equiparación entre los hijos simplemente adoptados y los hijos legítimos; y la de Josefina Veglison, que proponía rectificar el inciso final de este precepto sustituyendo la expresión “padre natural” por “padre legítimo”. Entre las segundas merece citarse la Enmienda Angulo Montes, que proponía dar la siguiente redacción al párrafo 3.º: “La adopción simple no causa efectos sucesorios, salvo el supuesto de que el adoptante falleciere intestado y sin dejar ninguna de las personas llamadas a sucederle en los arts. 930 a 955 del Código Civil, en el que heredará el hijo adoptivo. En idéntico caso, el adoptante heredará al adoptivo.” Esta Enmienda se justificaba en la supresión del pacto sucesorio y en la necesidad de diversificar los efectos sucesorios de una y otra clase de adopción puesta de relieve en el propio PG. Las Enmiendas López Medel y Miranda Hernández propugnaban que el cónyuge inocente en la separación pudiera realizar la adopción simple sin consentimiento del otro cónyuge. García Hernández postulaba una cláusula cautelar encaminada a evitar que la adopción simple sirviera para encubrir situaciones inmorales. Siguiendo la línea del Proyecto, la Enmienda Reus Cid ofrecía una redacción más detallada y clara que la contenida en aquél. A su juicio, el párrafo final del artículo 180 debía redactarse así: “El hijo adoptivo ostenta en la herencia del adoptante las siguientes posiciones: 1.º Si concurre con hijos legítimos le corresponderá una cuota igual a la mitad de la legítima estricta de aquéllos. 2.º Si concurriere con hijos naturales reconocidos, recibirán todos el mismo trato. 3.º Si concurre sólo a la

herencia, el adoptante habrá de respetar en su testamento, en concepto de legítima, un tercio de la herencia".

La Disposición transitoria recibió tres Enmiendas de distinto alcance. La de Vallbona Loro convertía la norma, de facultativa en obligatoria; la de Merino García proponía la derogación de la limitación contenida en los arts. 24,1 y 58,1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; por último, la de Barrera Abella instaba la modificación de la Ley de Enjuiciamiento civil para adaptar sus preceptos a la nueva normativa sustantiva de la adopción.

3. EL INFORME DE LA PONENCIA DE 22 DE MAYO DE 1970

La Ponencia realizó una eficaz labor de selección de Enmiendas, aceptando buen número de ellas, unas veces por unanimidad, y otras —según se expresa en el propio Informe— por mayoría. Introdujo retoques formales que mejoraron el texto, y en materia sucesoria avanzó en una línea progresiva que, por lo menos, tenía la ventaja de la claridad y sencillez.

Como estimo que la confrontación del texto propuesto por la Ponencia puede ser de utilidad para interpretar el texto definitivamente aprobado, transcribo aquél a continuación, con unas observaciones de tipo general (6).

ART. 172. La adopción puede ser plena y simple. La adopción simple se podrá convertir en plena si concurren los requisitos exigidos para ésta.

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, diecisésis años más que el adoptado.

Los propios hijos naturales reconocidos podrán ser adoptados aunque no concurren los requisitos de edad mencionados en el párrafo anterior.

No pueden adoptar:

1.º Los ordenados "in sacris" y los profesos de una Orden o Instituto religioso, canónicamente aprobados.

2.º El tutor respecto del pupilo antes de aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela.

3.º Uno de los cónyuges sin 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.

(6) He manejado un texto ciclostilado que tiene al margen como indicaciones de procedencia: "Cortes Españolas. Comisión de Justicia."

Aparte de algunas reformas meramente formales, en el texto transcrto cabe destacar la reaparición de la prohibición de que adopten los eclesiásticos (aprobada sólo por mayoría) y la desaparición de la llamada “prohibición de descendientes”, respecto de la cual el PG. había sido excesivamente tímido.

Por mayoría se permitió igualmente adoptar al cónyuge separado declarado inocente. Se rechazó, en cambio, la Enmienda Batlle encaminada a permitir la adopción de los propios hijos ilegítimos, en atención —se razona— a que “el respeto al orden público debe primar sobre cualquier otra consideración”; se rechaza, asimismo, la propuesta de establecer un límite máximo de edad para adoptar y ser adoptado, incluso por vías indirectas.

ART. 173. La adopción requiere la aprobación del Juez competente con intervención del Ministerio Fiscal.

Además del adoptante y de su cónyuge, habrán de prestar consentimiento para la adopción, según los casos, el adoptando mayor de catorce años y su cónyuge, el padre y la madre que tuvieran la patria potestad sobre el adoptando menor de edad y el Consejo de Familia, si estuviere constituido. En caso de separación legal, no será necesario el consentimiento del cónyuge del adoptando.

Deberán simplemente ser oídos el adoptando menor de catorce años si tuviere suficiente juicio, 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 adoptando. Cuando se trate de huérfanos, serán oídos los abuelos de la línea del padre o madre premuertos.

Si cualquiera de los llamados a prestar consentimiento, fuera del caso del adoptante y del adoptado, no pudiere ser citado, o citado no concurriere, el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando. Lo mismo se observará en cuanto a las personas que deban ser oídas, aun cuando comparezcan manifestando su criterio desfavorable a la adopción.

En cualquier caso, el Juez valorará especialmente la procedencia de la adopción solicitada si el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos.

Hay reformas de detalle que revelan una técnica más depurada; así ocurre con la aceptación de la Enmienda Batlle que proponía sustituir la palabra “autorización” por “aprobación”. Es destacable que reaparezca expresamente la “conveniencia del adoptado”, si bien no como una exigencia general. También llama la atención que se contempla el caso de sucesivas adopciones a cargo de la misma persona.

ART. 174. En la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres o del Consejo de Familia, prevenido en el artículo anterior, sin perjuicio de que se oiga a los padres si fueren conocidos o se presentaren.

Se considerará 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 benéficos se considerará también como abandono en los siguientes casos: *a) Cuando el menor hubiere sido entregado sin datos que revelen su filiación; b) cuando, aun conocida la filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor, manifestada con simultaneidad a su entrega ó 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 asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo.

La situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer del expediente de adopción.

Si el menor estuviere sometido a la tutela de una casa o establecimiento benéficos, el expediente se tramitará en la forma ordinaria, con informe de la administración de aquéllos sobre la situación de abandono.

El texto propuesto contiene importantes novedades en relación con el PG. Se simplifica la noción de abandono, aunque se mantiene el concepto de abandono involuntario que había sido reiteradamente criticado por los enmendantes. La justificación de la conservación del abandono por causas involuntarias no parece demasiado convincente, pues se hace porque “el principio de la seguridad jurídica, de singular trascendencia en materia de Derecho de Familia, exige excluir desde el principio toda medida sobre la circunstancia subjetiva —voluntariedad— en que se produjo el abandono”. Para fundamentar el mantenimiento del plazo de seis meses se aduce “la conveniencia de situar cuanto antes al abandonado en un medio familiar apto, y los autorizados criterios científicos sobre este punto”. La supresión de la intervención de los Tribunales Tutelares de Menores merece a la Ponencia una consideración demasiado breve, sobre todo si se tiene en cuenta que había Enmiendas a favor de aumentar su competencia; se alega simplemente que “la previa declaración de abandono por el Tribunal Tutelar de Menores se considera condicionamiento funcionalmente no indispensable para la aprobación de la adopción por la Jurisdicción ordinaria”.

ART. 175. Aprobada judicialmente la adopción se otorgará escritura pública que se inscribirá en el Registro Civil correspondiente.

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.

A parte de retoques terminológicos, no sustanciales, es de destacar la desestimación de las enmiendas que proponían la supresión de la intervención notarial y la destrucción de las partidas originales de los adoptados.

ART. 176. 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.

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.

La adopción confiere al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad. 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 art. 154, párrafo primero.

Extinguida 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.

Pocos cambios, pero sustanciales, introdujo la Ponencia en el presente artículo. Ha previsto expresamente la tutela de los hijos adoptivos, con la justificación de que “rota, en virtud de la adopción, la vinculación del adoptado con su familia natural, es la tutela testamentaria o la dativa la institución apropiada para proveer a la guarda del menor o del incapacitado cuando la patria potestad del adoptante se extinga”. También se acepta la Enmienda Arrúe que solicitaba la supresión del último párrafo, lo cual se hace “por sus propios fundamentos”.

ART. 177. 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:

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

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

3.º El Ministerio Fiscal siempre que lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado.

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

En este artículo sólo se han reducido los plazos, que de cuatro años han pasado a ser de dos en los supuestos del número 1.º y 2.º

ART. 178. Sólo podrán adoptar plenamente: Los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio; el cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal; las personas en estado de viudedad o soltería; 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.

Unicamente podrán ser adoptados de manera plena los menores de catorce años y los que, siendo mayores de tal edad, estuvieren viviendo antes de alcanzarla en el hogar y compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos; aunque no mediare esta circunstancia, podrán serlo también los mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos, que el Juez valorará en la forma establecida en el artículo 173.

El adoptado, aunque constare su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes.

Al adoptado no le serán exigibles deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza.

Este artículo es uno de los que más reformas ha sufrido en el detalle de su reglamentación, afectando algunas de ellas a cuestiones sustanciales. En adelante podrán adoptar plenamente: el cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal, las personas en estado de soltería y los mayores unidos al adoptado por vínculos familiares o afectivos. Parece pobre la argumentación aducida para introducir la última de las reformas indicadas: "Se justifica en razones obvias y tiene adecuada compensación en la remisión al prudente arbitrio judicial". Se reitera en el Informe, para esta clase de adopción, la prohibición de adoptar a los propios hijos ilegítimos no naturales, rechazándose la Enmienda Batlle. Se acepta, en cambio, la Enmienda Arrúe que postulaba la supresión del inciso final del último párrafo referente a la conservación por el adoptado de los derechos sucesorios y de alimentos, en relación con la familia natural. La Enmienda presentada por Josefina Veglison contenía la novedad, ya resaltada, de requerir un certificado médico de infertilidad.

dad para poder adoptar plenamente, lo cual se califica por la Ponencia de “exigencia, en cierto modo lógica, pero tal vez ya salvada por el plazo de cinco años”, lo que no resulta totalmente convincente.

ART. 179. Los hijos adoptivos ocuparán la posición de legítimos en la sucesión *mortis causa* de los adoptantes y, éstos, la de padres legítimos en la sucesión de aquéllos.

Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 812 del Código.

La Ponencia realizó en este precepto una de las reformas más sustanciales en relación con el PG., lo cual justifica —además de por haber sido propuesta por ocho enmendantes—, en razón a ser “la más congruente para la inspiración final del Proyecto, al tiempo que resuelve de plano dificultades prácticas de aplicación del precepto que, de otro modo, habrían de suscitarse”. El derecho de retorno regulado en el segundo párrafo, modifica y aclara lo dispuesto en el PG., con la aceptación de la Enmienda Batlle que, aun sin mencionar expresamente el art. 812 C. C., se refería a su contenido.

ART. 180. La adopción simple no exige otros requisitos que los prevenidos con carácter general en la Sección primera del presente Capítulo. Respecto del cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal, regirá lo establecido en el párrafo primero del art. 172.

En la escritura de adopción podrá convenirse la sustitución de los apellidos del adoptando 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.

El hijo adoptivo ocupará en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos. El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural.

Las modificaciones introducidas en este precepto consisten en la posibilidad legal de adoptar reconocida al cónyuge inocente en la separación, y en una nueva redacción del último párrafo con la que éste gana en claridad.

Disposición transitoria.—Las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones siempre que concurran los requisitos y formalidades en la misma exigidos, quedando en tal caso sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado.

Precepto sin variación con relación al PG.

4. LA DISCUSIÓN DEL PROYECTO EN LA COMISIÓN DE JUSTICIA DURANTE LOS DIAS 9, 10, 11 y 12 DE JUNIO DE 1970

La Comisión de Justicia de las Cortes españolas, presidida por el excelentísimo señor don Raimundo Fernández Cuesta y Merelo, y de la que fue Secretario don Jesús López Medel, después de que el Presidente de las Cortes dirigiera unas palabras de salutación, y de que el Ministro de Justicia pronunciara el Discurso de presentación de los Proyectos de Ley de Adopción y de Peligrosidad Social, inició la discusión del Proyecto de Ley de modificación del Capítulo V del Título VII del Libro I del Código civil sobre adopción, la cual se desarrolló durante los días 9, 10, 11 y 12 de junio de 1970. Voy a seguir, artículo por artículo, las discusiones en el seno de la Comisión, para subrayar las cuestiones que dieron origen a mayores debates. En algún punto importante la Comisión modificó decisivamente el Informe de la Ponencia.

ART. 172. Algunos enmendantes reprodujeron sus propias Enmiendas no aceptadas por el IP., pero volvieron a ser desestimadas sin que fueran puestas a votación. Así ocurrió con las encaminadas a fijar una edad máxima para adoptar y para ser adoptado, que fueron desestimadas con la invocación del arbitrio judicial (Piñar López), o mediante las ponderadas razones esgrimidas por el señor Gómez de Aranda, quien reconoció ser materia "poco dogmática" la cuestión de la edad del adoptante y del adoptado, pero que habiendo sido aquélla rebajada a treinta años, parece ser ésta, en el estado actual, "la óptima para la adopción", habiendo sido abandonada, por otra parte, "la fórmula de esperar a que no se tuvieran hijos para poder adoptar". En cuanto a la fijación de una edad máxima para adoptar y ser adoptado, el propio miembro de la Ponencia hizo observar "que el Código civil es fundamentalmente el Derecho de la libertad". Tampoco se aceptaron las Enmiendas Batlle y Angulo Montes —en algún sentido incompatibles— según las cuales, respectivamente, se debía permitir la adopción de los propios hijos ilegítimos no naturales, y se debía prohibir la adopción de los propios hijos naturales. El profesor Batlle alegaba que, al amparo de los reconocimientos unilaterales de hijos naturales, el 80 por 100 de adopciones envuelven, a la vez, la adopción de hijos ilegítimos; el señor Angulo Montes se oponía a que el instituto de la adopción se convirtiera en un procedimiento legitimador, o seudo-legitimador. Pero el tema que suscitó más controversias fue el de la prohibición de los eclesiásticos.

La discusión alcanzó tanta viveza que, incluso, dio lugar a cierta confusión a la hora de valorar el resultado de la votación, siendo de notar, igualmente, que la propia Ponencia estaba dividida en este punto. Mientras en el PG. había desaparecido la prohibición, mantenida sin modificación en el texto primitivo del C. C. (art. 174, núm. 1.º) y en la reforma de 1958 (art. 173, núm. 1.º), en el IP. reaparecía con otra formulación: "No puede adoptar: 1.º Los ordenados *in sacris* y los profesos de una Orden o Instituto religiosos canónicamente aprobados". Para justificar esta modificación se alegaba lo siguiente:

“Una parte de la Ponencia propone la aceptación de las Enmiendas número 9 (Reus Cid), 10 (Arrué), 15 (Angulo Montes) y 30 (Villegas Girón), de modo que la prohibición anteriormente existente para los eclesiásticos figure como número primero de este párrafo, redactado, para mayor claridad, de acuerdo con los arts. 83, 4.^º y 321 del Código civil. Resulta obvio que otros Ponentes propugnan el mantenimiento de la redacción del Proyecto”. La discusión volvió a replantearse en el seno de la Comisión, interviniendo en contra del mantenimiento de la prohibición los Procuradores Batlle, Landaburu González, Arteaga Padrón, Hertogs Echemendía y Arroyo Arroyo, y consumiendo turno en este sentido los miembros de la Ponencia señores Cabanillas Gallas y Gómez de Aranda. A favor del texto de la Ponencia intervieron los Procuradores Villegas Girón, Rivas Guadilla, Angulo Montes, Reus Cid, Coronel de Palma y Ballarín Marcial, además de los ponentes señores Piñar López y Fanjul Sedeño. Debe advertirse que, con frecuencia, las intervenciones a favor del mantenimiento de la prohibición eran matizadas, habiendo una fuerte corriente de opinión que limitaba esta prohibición a los religiosos profesos.

Entre los argumentos en contra de la prohibición cabe mencionar los siguientes: *a*) No hay un paralelismo exacto entre la posibilidad de casarse y de adoptar, y no hay razón para disminuir los derechos ciudadanos de los sacerdotes y religiosos (Batlle); *b*) Si fuera conveniente extender la prohibición a los ordenados *in sacris*, debiera ir por otro camino y no por el de una ley civil; *c*) No se debe incurrir en el peligro de ser más papista que el Papa y mantener una postura más regresiva que la del Ministerio de Justicia (señorita Landaburu González); *d*) El hecho de ser un Ministro de la Religión Católica, ¿va a representar un concepto discriminatorio para prohibirle a él lo que no se prohíbe a los Ministros de las demás Confesiones religiosas? (Hertogs Echemendía); *e*) Es una limitación privativa del derecho español, sin más antecedentes históricos que los de nuestro propio país, salvo los del Código Sardo y del Código Austríaco (Cabanillas Gallas).

A favor del mantenimiento de la prohibición se adujeron las razones siguientes: *a*) Si mediante la adopción pretendemos el acogimiento filial en el seno de una familia, es evidente, en principio, que el ordenado *in sacris* carece de familia en que acoger al adoptado; *b*) Permitir la adopción a los religiosos y ordenados *in sacris* no sería bien recibido en nuestra sociedad actual, especialmente en los medios rurales (Rivas Guadilla) (7); *c*) Actualmente la adopción es un expediente legitimador (Piñar López); *d*) Con carácter general, el impacto sociológico (Fanjul Sedeño) (8).

(7) Este Procurador se adherirá, en definitiva, a la postura más moderada, que postula el mantenimiento de la prohibición para los religiosos profesos, permitiendo, en cambio, la adopción a los ordenados *in sacris* con expresa autorización canónica.

(8) Argumento que otros Procuradores habían expuesto, pero que el señor Fanjul Sedeño lo expresa con gran fuerza gráfica: “Si un sacerdote en un pueblo español adopta un niño, ¿os dais cuenta del impacto sociológico que

Sometido a votación el texto de la Ponencia obtuvo mayoría de 15 votos contra 12. El Presidente de la Comisión entendió que se había votado el principio general del mantenimiento de la prohibición, y que, al haber triunfado aquél, cabía admitir fórmulas que matizaran ésta. Puesta a votación una Enmienda *in voce* del señor Angulo Montes, que decía: "No pueden adoptar: 1.º Las personas a quienes su estatuto religioso prohíbe el matrimonio", fue aceptada por 15 votos a favor y 13 en contra (9).

El señor Angulo Montes, antes de terminar la discusión del artículo 172 introdujo una Enmienda *in voce* del tenor siguiente: "Las disposiciones de este capítulo serán aplicables siempre que la adopción debeat realizarse ante la Autoridad judicial española, cualquiera que sea la nacionalidad del adoptante y del adoptado". La Ponencia estimó que no era el momento adecuado para discutirla. Ulteriormente no fue admitida.

ART. 173. Aparte de discusiones de detalle, hay que destacar la decisiva intervención del señor Herrero Tejedor para que se introdujera un párrafo relativo a la necesidad de la aprobación judicial de la adopción; Enmienda en la que coincidía fundamentalmente con otra presentada por escrito por el señor Arrué, y que no había sido aceptada en su integridad por la Ponencia. A juicio del primero había que decir bien claramente que el Juez deberá ponderar siempre la procedencia de la adopción; no está de más decirlo —añadía— pues siempre cabe la inercia humana y natural de que algunos Jueces entiendan que, cumplidos los requisitos necesarios para la adopción, se está en el caso de tener que aprobarla, o que no es posible oponerse a ella; conviene llamar la atención sobre las facultades no puramente de revisión del expediente, sino de las circunstancias que concurren para valorar, según su prudente arbitrio, la procedencia o improcedencia, en cada caso concreto, de la adopción. En el texto definitivamente aprobado se recogía en su primera parte la Enmienda Herrero Tejedor, y en su última parte la Enmienda Arrué.

ART. 174. Suscitó una amplia controversia la supresión que la Ponencia hizo de la intervención obligada de los Tribunales Tutelares de Menores en la declaración de abandono. En favor de dicha intervención se manifestaron los Procuradores Hernández Navarro, Rivas Guadilla y Hernández Claumarchirant. Argumentaban que estos Tribunales actúan con la doble vertiente de la facultad reformadora y protectora, y que por su especialidad en la materia se encuentran perfectamente facultados para la declaración de esta situación de abandono, y, contando con sus funcionarios especializados, podrían dar a esta declaración una mayor agilización que si se reserva esta facultad al Juez que instruye el expediente. La Ponencia ha modificado algo de lo que el Preámbulo del PG. señala como una de las inno-

representa ver pasear por las calles al muchacho de la mano del sacerdote y llamándole papá?"

(9) El señor Herrero Tejedor dijo en la reunión del día 10, con referencia a la confusión suscitada al votar: "La sesión de ayer es una muestra de lo que no debe hacer la Comisión de Justicia."

vaciones singulares del mismo. Los Tribunales Tutelares de Menores tienen, dentro de sus facultades fundamentales, la protección de los menores abandonados y por ello les corresponde hacer dicha declaración. No son Tribunales Administrativos, sino que desempeñan una función típicamente jurisdiccional.

Esta propuesta no prosperó, ni siquiera en la forma más atenuada mantenida por el señor Viola Sauret, en el sentido de que fuera exigido el informe previo de los Tribunales Tutelares para que el Juez de Primera Instancia pudiera hacer la declaración de abandono. Por la Ponencia el señor Fanjul Sedeño alegó que sostener la decisión vinculante del Tribunal de Menores sería empequeñecer la función del Juez de Primera Instancia, e incluso, dejarle en una posición ridícula al tener que aceptar necesariamente la decisión del Tribunal Tutelar de Menores. El señor Hernández Navarro se refirió a que, cuando se apruebe la Ley Orgánica del Poder Judicial, se verá cómo queda todo y si se constituyen Tribunales jurisdiccionales especializados para los menores, pero hoy por hoy, ni como fórmula de transacción tales Tribunales son equiparables a los Jueces Ordinarios. Herrero Tejedor se opuso a que los Tribunales Tutelares de Menores sean institucionalizados en el Código civil, y alegó que puede ocurrir que se trate de adoptandos respecto de los cuales no había intervenido previamente el Tribunal Tutelar, en cuyo caso su informe sería un informe en blanco. Se aludió también a los Tribunales Familiares, que pudieran ser la nueva fórmula que adoptasen los citados Tribunales, pero el señor Fanjul Sedeño hizo notar que en tal caso los Jueces no serían funcionarios designados libremente por la Administración, sino elegidos entre la misma Magistratura.

Extraña en la discusión de este precepto que las importantes modificaciones en torno a la noción de abandono no suscitaran más intervenciones que la del señor Arrué, quien, reiterando su Enmienda escrita, solicitó que desapareciera el concepto de abandono por causas involuntarias. Por la Ponencia le contestó el señor Piñar López con una vaga referencia “a razones de orden práctico”.

ART. 175. Aquí la única discusión de algún interés fue la suscitada por el señor Poveda Murcia al solicitar que se introdujera en el segundo párrafo el inciso “salvo decisión judicial en contrario”, lo que fue rechazado tras corto debate.

ART. 176. Hizo notar le señor Herrero Tejedor que en su primer párrafo se contenía la única referencia del proyecto al hijo “adoptivo”, expresión terminológica que prefería sustituir por la de hijo “adoptado”. El señor Gómez de Aranda, por la Ponencia, rechazó la propuesta (10).

ART. 177. La señora Veglison Jornet pidió que se suprimiera del segundo párrafo la facultad concedida a los padres naturales para impugnar la adopción, pues tal posibilidad constituye un verdadero trauma, tanto para la familia adoptante como para el hijo adoptivo.

(10) De “hijos adoptivos” se hablaba en los arts. 173, 178 y 179 del IP, además del propio art. 176.

Por la Ponencia contestó oponiéndose el señor Cabanillas Gallas, invocando las potestades decisorias del Juez.

ART. 178. El supuesto normal de la adopción plena realizada por cónyuges que llevan más de cinco años de matrimonio dio origen a un interesante debate suscitado por la señora Veglison Jornet, quien hizo ver que el plazo de cinco años que el precepto exige puede ser insuficiente en los casos de fecundidad tardía, y que si el legislador se proponía tener la seguridad de que no iba a haber descendencia, parecía lo mejor exigir un plazo mayor; en otro caso, proponía suprimirlo o sustituirlo por un certificado médico de infertilidad. En cierto modo esta propuesta —que ya había sido rechazada al ser hecha por escrito— venía a constituir un test sobre el grado de sensibilización del legislador español hacia los problemas planteados por la Medicina moderna en el Derecho civil (11). Se opusieron los Señores Rivas Guadilla y Villegas Girón, y por parte de la Ponencia el señor Gómez de Aranda argumentó que tal certificado carecía de razón de ser desde el momento en que cabía legalmente la concurrencia de hijos legítimos con hijos adoptivos, y que, por otra parte, el plazo de cinco años era exigido, no para asegurar la esterilidad del matrimonio sino para garantizar la estabilidad del mismo. Razones todas ellas que fueron aceptadas por la Enmendante.

ART. 179. A lo largo de toda la discusión del Proyecto el señor Angulo Montes había planteado insistentemente dos cuestiones de fondo, que reprodujo con ocasión de la discusión de este precepto, originando un debate de altura, calificado por un miembro de la Ponencia como “el último gran tema de esta ley”. Dicho Procurador se oponía a la posibilidad legal de que los propios hijos naturales fueran adoptados por sus padres, y, paralelamente, propugnaba con gran convicción y energía que los hijos plenamente adoptados fueran equiparados, a efectos sucesorios, con los hijos naturales. El núcleo de su argumentación era el siguiente: “Es de temer que un exceso de mal entendido progresismo, en orden a los efectos económicos de la adopción, de suyo secundarios, desencadenando situaciones de eventual perjuicio para los hijos legítimos, para el cónyuge, para los ascendientes, pueda conducirnos, antes que a facilitar, a restringir el uso previsible del instituto de la adopción”. “Tanto la filiación natural —añadía— como la adoptiva son filiaciones imperfectas frente a la completa que es la filiación legítima; y no parece propio que una filiación incompleta, la adoptiva, se equipare a la completa, sino a la otra también incompleta, a la del hijo natural reconocido”. Brillante fue la defensa de su Enmienda, haciendo ver los inconvenientes que para la familia legítima se derivaban del principio de equiparación:

“En primer lugar, en relación con los hijos legítimos, es obvio que, autorizada la adopción para quien tiene hijos legítimos,

(11) Tema que ha sido objeto de estudio en el Congreso de Derecho Comparado de Pescara de 1970.

el derecho sucesorio de éstos se verá afectado directamente por la equiparación incondicional del adoptivo o adoptivos. El cónyuge que ha de consentir se sentirá menos propicio a la adopción; los que han de recibir como hermanos al adoptado podrán participar de esos sentimientos. La recepción en el seno de la familia puede realizarse en condiciones menos idóneas al fin primordial de este instituto. Las disensiones familiares durante el proceso de la adopción pueden ser importantes; es previsible la frustración del intento de adoptar en muchos casos.

“En segundo término, en relación con los ascendientes del adoptante, pues éstos resultarán excluidos de la sucesión forzosa y de la legítima. Si concurren con un hijo natural reconocido —o con el adoptivo a éste equiparado— conservan su cuota legitimaria en la sucesión testada, y no son pospuestos en la intestada; pero si el adoptivo se equipara al legítimo, tales ascendientes pierden la cuota legitimaria y quedan pospuestos en la intestada.

“Por otra parte, como entre el adoptivo y los ascendientes del adoptante no se origina parentesco, los padres del adoptante, privados de todo derecho sucesorio, no podrán pedir alimentos al adoptivo de su hijo.

“Por lo que se refiere al cónyuge, respecto de la sucesión testada, el eventual perjuicio del cónyuge viudo en concurrencia con un hijo adoptivo —peor si con varios— es más notable que el correspondiente a la situación prevista en el Proyecto del Gobierno. En la intestada, el cónyuge del adoptante quedará reducido al usufructo vidual, perdiendo el llamamiento sucesorio. (...)

“La reserva no está prevista para el caso de adopción, en que resultaría más exigible que en los dos supuestos que la originan; y en la especial del art. 811, la problemática sería más acuciante aún. Será, pues, forzoso, decidir si el fallecimiento del hijo adoptivo determinará la obligación de reservar en favor de otros adoptivos o de los legítimos; si al fallecimiento del legítimo, el adoptivo es reservatario”.

La Enmienda Angulo Montes fue aceptada por el señor Rivas Guadilla, quien, sin embargo, se mostró de acuerdo con el PG., del que dijo que había recibido la aquiescencia de una Asociación de Padres de Hijos Adoptivos. También apoyó la Enmienda el señor Viola Sauret, quien planteó el dilema de equiparar los hijos adoptivos a los legítimos o a los naturales; personalmente estaba impresionado por las vulneraciones del derecho de la familia legítima que originaba el IP., y por ello votaría a favor de la Enmienda Angulo Montes; posteriormente se mostró partidario de una fórmula casuística de compromiso.

Fue el señor Herrero Tejedor quien planteó una vía intermedia con estas palabras: “Frente a la posición de la Ponencia de desarrollo al máximo; frente a la posición del señor Angulo de seguir como

está en el Código Civil, me uno a la del Gobierno de ir avanzando moderadamente". Este camino fue seguido por varios Procuradores; así, Poveda Murcia propuso que el hijo adoptivo ocupase en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, si bien en la sucesión testamentaria no podría percibir más que el hijo legítimo menos favorecido; fórmula aceptada igualmente por la señorita Landaburu González. Muy matizada fue la propuesta del señor Ballarín Marcial, quien distinguió las siguientes hipótesis: 1.^a) Cuando no exista más que el hijo adoptivo debe ser totalmente equiparado al legítimo; 2.^a) Concurriendo con hijos legítimos, el padre puede disponer del tercio de libre disposición en su favor, pero el hijo adoptivo no puede percibir en los tercios de legítima y de mejora más que el hijo legítimo menos favorecido; 3.^a) Concurriendo con hijos naturales, sus legítimas deben ser iguales.

Ante la fuerte reacción en contra del IP, los miembros de la Ponencia no pusieron gran énfasis en la defensa del texto propuesto. Así, por ejemplo, el señor Cabanillas Gallas se limitó a destacar que la concurrencia de hijos legítimos con hijos adoptivos "será un acontecimiento realmente extraño" por su escasa frecuencia estadística —argumento de nulo valor dogmático—, viniendo a reconocer que no se sabe qué hacer con los derechos sucesorios de los hijos adoptivos, al no encontrarse el encaje adecuado en el sistema normativo del Código Civil. El señor Piñar López alegó el interesante precedente de la familia catalana, en la que no ha producido perturbación la equiparación sucesoria de los hijos adoptivos con los legítimos. Paradójicamente el texto de la Ponencia recibió el apoyo más entusiasta de parte de Procuradores que no integraban aquélla, en las intervenciones del señor Arrué y, de modo especial, de la señora Veglison Jornet (12).

Por la Ponencia el señor Fanjul Sedeño propuso una fórmula de transacción: "El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la posición del hijo legítimo, si bien en la sucesión testamentaria no podrá percibir más que el hijo legítimo menos favorecido". Dicha fórmula fue retocada por el señor Cabanillas Gallas de la siguiente manera: "Los hijos adoptivos ocuparán la posición de los legítimos en la sucesión *mortis causa*, pero no podrá ninguno de aquéllos percibir a título de mejora o legítima más que el hijo legítimo menos favorecido".

Sometida a votación la última fórmula de la Ponencia, fue derrotada por 11 votos contra 12. La Enmienda Angulo Montes (equiparación de los hijos adoptivos a los hijos naturales) fue igualmente derrotada por 4 votos a favor contra 17. Otra Enmienda similar, presentada por el señor Rivas Guadilla, corrió idéntica suerte, siendo derrotada por 7 votos contra 13.

La jornada del 11 de junio finalizó en la Comisión de Justicia

(12) Las palabras de la Procuradora señora Veglison Jornet se encuentran transcritas en mi trabajo sobre "Aspectos sucesorios de la nueva Ley de adopción", en *RGLJ*, 51 (1970), p. 672, nota 5.

de las Cortes en un verdadero *impasse*, ya que había sido rechazado el texto del IP., y, simultáneamente, la Enmienda del señor Angulo Montes. Con frase certera el señor Fanjul Sedeño recordó que “en el Código Civil cabe inventar poco”.

En la sesión del día 12 de junio se vuelve a abrir un debate que sirve para que la Ponencia, por boca del señor Cabanillas Gallas, haga una exposición de los motivos que la condujeron a establecer la equiparación de los hijos adoptivos con los legítimos, pero después de una nueva votación negativa se vuelve a discutir el texto contenido en el PG.

Previamente, y a propuesta del señor Botija Cabo, la Ponencia acepta introducir dos importantes reformas en el texto del PG. consistentes en la supresión de la tercera particularidad y en la introducción de la expresión “por mejora” en la primera particularidad. En el nuevo texto se advierte la reintroducción del principio de equiparación, lo que si, de una parte, representa un buen ejemplo de habilidad dialéctica en el juego parlamentario, de otra tendrá difícil encaje con la aceptación de una norma especial para regular la concurrencia con hijos naturales, peligrosa concesión cuya falta de congruencia con el sistema había sido ya denunciada, desde otra perspectiva, por Angulo Montes (13). Finalmente, puesto a votación el artículo 179 queda aprobado por 21 votos a favor y 2 en contra. Este artículo ha sido el más debatido en el seno de la Comisión de todo el proyecto de ley, y su interpretación dará lugar a las más serias dudas doctrinales.

ART. 180. Queda aprobado sin discusión.

Disposición transitoria. No prosperaron las Enmiendas *in voce* encaminadas a que se declarase expresamente el régimen de las adopciones formalizadas antes de la nueva ley (Ballarín Marcial); a que se exigiera la conformidad del adoptado para la supresión del pacto sucesorio (León Sola); y a que se derogase la limitación establecida en los arts. 24, 1, y 58, 1, de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Tampoco prosperaron las Enmiendas Viola Sauret relativa a la competencia consular, ni Angulo Montes referente a la aplicación preferente de la *lex fori* en las adopciones realizadas en España (14).

(13) En la sesión del día 12 de junio había dicho el señor Angulo Montes: “Puede darse el caso de la triple concurrencia: los legítimos, los naturales y los adoptivos; y resulta que por esta regla no puede percibir el natural reconocido menos que el adoptivo y éste no puede percibir más que el legítimo. Por tanto, siguiendo la regla matemática de que ‘si dos cosas son iguales a una tercera son iguales entre sí’, resultan equiparados los tres: los naturales, los legítimos y los adoptivos.”

(14) Al terminar la discusión del proyecto de Ley, y a propuesta de los Procuradores señores García Valdecasas y Batlle, se acordó elevar una moción al Gobierno para la revisión total del Derecho de Familia.

II. CARACTERES DE LA LEY DE 4 DE JULIO DE 1970

1. ASPECTOS FORMALES

La Exposición de Motivos resume acertadamente los aspectos formales más destacados de la nueva normativa:

“La Ley mantiene la distribución del articulado correspondiente al capítulo V del título VII del libro I en tres secciones, tal y como se hizo, si no estrictamente, en la Ley de 1958, sí en la proyección de ésta en el Código Civil: una primera sección dedicada con cierta amplitud a las disposiciones generales; y dos secciones consagradas a los preceptos específicos de las dos clases de adopción admitidas. Para no introducir alteraciones numéricas que pueden resultar en algún aspecto perturbadoras, se ha hecho el esfuerzo de mantener el mismo número de artículos a costa quizá de desbordar los límites más deseables. Dentro de la sección primera ha parecido conveniente invertir el orden expositivo, anteponiendo, por obvias razones, las normas que regulan la constitución de la adopción a las que se refieren a los efectos y a la extinción de la misma.”

Baste añadir a lo transscrito que la estructura de la Ley es idéntica a la del PG., ya que en este aspecto el IP. se limitó a introducir modificaciones de contenido sin afectar a la forma. Con relación al articulado del Código Civil, tal como fue reformado en 1958, pueden señalarse las siguientes modificaciones de detalle: El nuevo artículo 172 recoge sustancialmente el contenido de los antiguos artículos 172 y 173; el nuevo art. 173 recoge perfeccionado el antiguo artículo 176; el actual art. 174 representa una novedad, conteniendo alguno de los elementos del párrafo 2.º del antiguo art. 178; el vigente art. 175 regula la materia contenida en los antiguos artículos 177 y párrafo 4.º del art. 178; el nuevo art. 176 contiene, con nueva orientación y sistemática, la materia del antiguo art. 174; el nuevo art. 177 reproduce el derogado art. 175 con meras modificaciones de detalle; por último, si bien los arts. 178, 179 y 180 vienen a coincidir con la materia regulada en los correlativos del texto derogado, su orientación ha sido decisivamente alterada, contribuyendo a dar una nueva fisonomía a la institución de la adopción en nuestro ordenamiento.

La técnica de conservar la numeración de los preceptos del Código es ya habitual en nuestro legislador, y corresponde, sin duda, al propósito de mantener la vieja estructura de aquél al realizar reformas parciales. Si bien no es éste el momento de someter a depurado análisis tal procedimiento legislativo, cabe destacar que no está exento de peligros; el propio legislador ha reconocido que con esta Ley se han desbordado los límites más deseables de extensión de algunos preceptos (como ocurre, por ej., con los arts. 173 y 174 de índole propiamente procesal y reglamentaria). Pero el riesgo ma-

yor estriba en el desajuste que una institución renovada puede producir en el sistema general del Código; tal inconveniente no parece haber sido descartado en la presente Ley —como tendrá ocasión de poner de relieve— y ha debido inspirar seguramente las Mociones dirigidas al Gobierno en solicitud de una reforma general del Derecho de Familia.

2. LINEAS DIRECTRICES DE LA NUEVA LEY

Resumidamente dice la Exposición de Motivos que “como tónica dominante, la Ley persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo”. Estas dos ideas fundamentales pueden servir para exponer las líneas directrices de la reforma.

La facilitación de la adopción se ha logrado a través de la rebaja de la edad para adoptar y de la diferencia entre las edades de adoptante y adoptado; al mismo fin coadyuva la desaparición de la prohibición de descendientes, y la cuidadosa definición de la noción de abandono, que viene a ser uno de los ejes de la institución, y que, acaso, ha sido peligrosamente ampliada al comprenderse en la Ley el llamado abandono involuntario; hay que incluir aquí la expresa permisión de que puedan ser adoptados los propios hijos naturales, y la considerable ampliación del ámbito de la adopción plena, ahora posible a los solteros y a los cónyuges separados inocentes, y que puede recaer, no sólo sobre los menores de catorce años, sino sobre los mayores de esta edad que convivieran antes de alcanzarla con el adoptante o adoptantes, y sobre los mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos.

El robustecimiento del vínculo adoptivo se logra a través de la declaración general de 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, 1); la equiparación de la adopción simple con la filiación natural a efectos sucesorios; la reducción de plazos para impugnar la adopción y la progresiva desvinculación del hijo adoptivo respecto de su familia de origen; en general, la supresión del pacto sucesorio y la nueva regulación de los aspectos sucesorios de la adopción implican un reforzamiento de los efectos de ésta, si bien merece algunas reservas el sistema sucesorio definitivamente aprobado.

Otro tipo de novedades no parece que puedan adscribirse especialmente a ninguna de las dos finalidades indicadas. Así ocurre con el mantenimiento de la competencia de la jurisdicción ordinaria frente a la intervención que se pretendía otorgar a los Tribunales Tutelares de Menores; la necesidad de que el Juez valore la conveniencia de la adopción sirve fundamentalmente para instaurar un control judicial de las condiciones de fondo que conducirá, a la larga, al robustecimiento del vínculo, aunque aparentemente no facilite las adopciones indiscriminadas; en general, se han incrementado los poderes del Juez en el proceso adopcional, respondiendo a la cre-

ciente intervención estatal en el Derecho de Familia; de carácter predominantemente técnico son las reformas introducidas en el artículo 173 en relación con la perfección del negocio jurídico adopcional; por último, apenas si presentan importancia sustancial las modificaciones terminológicas.

Al hacer un estudio paralelo de las líneas directrices de la Ley con las inspiradoras del PG. se advierte una sustancial coincidencia, si bien no faltan diferencias de detalle, pues se ha eliminado la intervención de los Tribunales Tutelares de Menores en la declaración de abandono, se ha restablecido la prohibición de los eclesiásticos, se ha suprimido la atenuada prohibición de descendientes, y se ha perfeccionado la redacción de algunos artículos (cfr. por ej., los artículos 173, 174 y 180).

Si la nueva Ley se compara con el IP. se observa una regresión en la línea progresiva de éste, especialmente en materia sucesoria.

III. EL NUEVO REGIMEN DE LA ADOPCIÓN EN EL CODIGO CIVIL

1. CLASES DE ADOPCIÓN

La nueva Ley ha conservado la dualidad de formas adpcionales que introdujo la reforma de 1958, lo que está de acuerdo con la orientación seguida por algunas leyes europeas de fecha reciente, pero ha modificado la terminología por razones —al parecer— de tipo psicológico; así se dice en la E. de M. que la adopción menos plena “parece denotar una adopción de entidad escasa y movía a verla con recelo”; entiendo que tal dificultad podía haberse superado utilizando otras denominaciones, por ej., las de adopción normal y especial.

Si se atiende al encabezamiento del art. 180, la adopción simple es la figura normal o general, mientras que la plena constituye una figura especial o privilegiada (“sólo podrán adoptar plenamente”, dice el art. 178). Pero ocurre que las disposiciones generales contienen algunas normas que luego se reiteran en la adopción plena; que la nueva Ley ha ampliado considerablemente el ámbito de aplicación de la misma, por lo cual ya no está reservada sólo a los casados o a los viudos, ni únicamente puede recaer —como en el régimen anterior— sobre los menores de catorce años abandonados o expósitos, o respecto de mayores prohijados; y, por último, que el régimen de la adopción simple es tan parco en disposiciones que ofrece la impresión de que el propio legislador ha querido prestarle escasa atención, como si estuviera destinado a tener una reducida aplicación práctica. Por todo ello, quizás, no fuera aventurado concluir que la adopción plena va a convertirse en el supuesto normal o típico de la adopción, mientras que la simple será excepcional.

Con todo, conviene puntualizar que las partes que intervienen en el negocio jurídico adopcional son libres de utilizar una u otra forma

de adopción, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, válido, aunque de aplicación restringida en el ámbito del Derecho de Familia, y ello pese a alguna expresión de la Exposición de Motivos que pudiera interpretarse en sentido contrario (15).

Aun sin llegar a constituir clases de adopción como las dos anteriormente indicadas, hay ciertas modalidades que merecen alguna atención especial por las particularidades de su régimen jurídico.

Por razón del sujeto adoptante, pueden distinguirse:

a) La adopción conjunta por marido y mujer, privilegiada en cuanto a que, fuera de este caso, "nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona" (párrafo final del art. 172), y con relación a la edad mínima para adoptar (párrafo 3.º del propio artículo); tiene aplicación para la adopción simple y para la plena.

b) La adopción por el cónyuge inocente en virtud de ejecutoria de separación, que es una modalidad privilegiada aplicable a ambas clases, y que posee una regulación indebidamente reiterada (en rigor, bastaba la norma del art. 172,3, siendo innecesarias las referencias en los arts. 178,1 y 180,1).

c) La adopción por quien tiene hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos o adoptivos de cualquier clase, que es aplicable a ambas clases de adopción, y que tiene un régimen más riguroso al exigirse una especial valoración del Juez en orden a la conveniencia del menor (art. 173, párrafo final), si bien constituye una fórmula más atenuada que la derogada prohibición de descendientes.

Por razón del sujeto adoptado cabe diferenciar:

a) La adopción de los propios hijos naturales reconocidos, que es una interesante novedad respecto del régimen anterior, y que, si bien figura entre las disposiciones generales, en realidad parece aplicable únicamente a la adopción plena.

b) La adopción de menores abandonados, que es una modalidad privilegiada porque en ella "no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor" (art. 174,1), y que, como novedad de la ley, resulta aplicable a ambas clases de adopción.

c) La adopción de huérfanos, posible en ambas clases de adopción, y meramente aludida en el art. 173 para exigir que en el proceso adopcioinal sean "oídos los abuelos de la línea del padre o madre premuertos".

d) La adopción del hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo del consorte, que es una modalidad regulada expresamente en la adopción plena (art. 178,1), pero que parece de apli-

(15) El texto de la E. de M. dice lo siguiente: "De esta manera, la adopción simple viene a cubrir una etapa *en la que no es posible* constituirla en forma plena por faltar los requisitos específicos, avenidos los cuales podrán conducir sin solución de continuidad a la adopción plena." No parece que la frase subrayada permita fundar la opinión de que la adopción simple sólo es posible cuando no se dan los requisitos para la plena. Por el contrario, entiendo que las partes tienen autonomía para, supuestos los requisitos legales, elegir una u otra forma de adopción.

cación general por la referencia del art. 176,3 y por el precedente del derogado art. 180,1.

e) La adopción plena de mayores de catorce años conviventes con el adoptante o con cualquiera de los adoptantes, y la adopción plena de mayores —se entiende que de edad— unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos, reguladas ambas en el artículo 178,2 como modalidades privilegiadas de lo que parece ser el tipo general de adopción plena (adopción de menores de catorce años); la segunda de las contempladas requiere una especial valoración del Juez conforme al párrafo final del art. 173.

2. REQUISITOS GENERALES

Expondré, bajo este epígrafe, los requisitos generales para adoptar y ser adoptado, aplicables a cualquier clase de adopción y deducidos de la sección primera.

A) *Quién puede adoptar.*

Puede adoptar, en principio, cualquier persona individual, hombre o mujer, mayor de treinta años, que se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles, y que no esté incursa en ninguna prohibición legal.

a) Tener treinta años cumplidos.

Es muy notable la rebaja sucesiva de la edad mínima para adoptar, que ha pasado de los cuarenta y cinco años en la primitiva edición del C. C. a los treinta y cinco años de la reforma de 1958, y a los treinta años en la nueva Ley. Con acierto se preguntaba Castro Lucini (16), poco antes de la última reforma: “¿Cuál es el fundamento de la exigencia de esta edad especial? ¿Por qué no se permite adoptar, sin más, a los que han llegado a la edad de la pubertad —o, al menos, a los que tienen dieciocho años, si se sigue el criterio justiniano—, o, en fin, a los mayores de edad? No es fácil contestar a esta pregunta. Rota la correlación entre la fijación de la edad mínima para adoptar y la exigencia de carecer de descendientes legítimos, el fundamento de la primera podía encontrarse en... evitar adopciones prematuras, fruto del entusiasmo juvenil... exigiendo para ello una edad que presume la madurez.” Se trata, ciertamente, de una materia no sujeta a rigurosas exigencias dogmáticas, sino que debe encomendarse a la prudencia legislativa, fijando como límite mínimo infranqueable la mayoría civil de edad. Algún Procurador propuso, efectivamente, esta última edad, lo que ya tiene precedentes en las legislaciones de los países socialistas (la Ley yugoslava de Adopción sólo exige en su art. 4º que el adoptante tenga dieciocho años más que el adoptado; el art. 114, 3 del Código Polaco de Famí-

(16) CASTRO LUCINI: *Algunas consideraciones...* I, *El adoptante* cit., página 353. VERGER GARAU: *Loc. cit.*, p. 958, había propugnado reducir a treinta años el límite de edad mínima para adoptar, exigiéndola sólo a uno de los esposos.

lia y de Tutela de 1964 se limita a exigir al adoptante la plena capacidad de ejercicio).

Esta edad de treinta años es una edad especial, para cuyo cómputo se incluirá completo el día del nacimiento sea cualquiera la hora de éste. En la adopción conjunta por marido y mujer bastará que uno cualquiera de ellos la haya alcanzado; tampoco es preciso haberla cumplido en la adopción de los propios hijos naturales reconocidos. Pero fuera de estos casos no cabe dispensa de edad. Obsérvese, por último, que esta edad mínima puede elevarse como consecuencia de la aplicación del requisito de la diferencia de edades entre adoptante y adoptado de diecisésis años de edad.

Respondiendo a la idea de facilitar en lo posible la aplicación de la institución, no fija la ley una edad máxima para adoptar. Una meditada reflexión sobre este problema hubiera conducido probablemente a establecerla, pues hoy día no es posible ignorar las conclusiones médicas, psicológicas y sociológicas sobre esta materia. En una reciente obra colectiva se dice a este respecto (17):

“La adopción por un matrimonio de edad y sin hijos produce en la mayoría de los casos una mala adopción. Es lo que se desprende de las antiguas estadísticas de la Asistencia Pública, las cuales indican una proporción muy importante de fracasos cuando los adoptantes han superado los cincuenta años. Es preciso conocer sobre todo las dificultades ulteriores que se producen cuando, al crecer el hijo, los adoptantes se oponen a sus juegos, a sus diversiones y le someten a una disciplina de prohibiciones. La decisión tan tardía de una adopción es, en sí misma, bastante sospechosa. Bien entendido que, a menos que se presente de modo inesperado como imposición repentina para un niño ya mayor, huérfano o abandonado, la adopción voluntariamente decidida por un matrimonio de edad hace pensar que el temor de la soledad es el motivo subyacente determinante. De cualquier modo, parece indicado no crear voluntariamente una situación familiar que normalmente es ya una fuente de especiales dificultades.”

En nuestro derecho, en defecto de una limitación legal, la edad avanzada del o de los adoptantes sólo puede venir valorada de manera genérica por el Juez conforme al párrafo final del art. 173. Los informes médicos y psicológicos pueden resultar decisivos. Habrá que tener en cuenta la totalidad de circunstancias concurrentes; así, el hecho de que el adoptado haya convivido con el adoptante con mucha anterioridad a la adopción, o cuando el adoptado está unido al adoptante por lazos familiares o afectivos, puede eliminar los riesgos derivados de una edad avanzada en el adoptante.

(17) LAUNAY-SOULE-VEIL: *L'adoption* ³, París, 1968, pp. 65 y s.

b) Hallarse en el ejercicio de todos los derechos civiles.

La nueva fórmula del párrafo 3.º del art. 172 sustituye a la invariablemente mantenida desde la primitiva redacción del C. C. de hallarse el adoptante “en el pleno uso de sus derechos civiles”. Aquella procede del PG., habiendo pasado sin variaciones al IP. y al texto definitivo.

Castro Lucini (18), recogiendo el parecer general de la doctrina anterior, interpretaba la fórmula derogada en el sentido de que al emplear la ley la expresión “pleno uso” en vez de “plena posesión”, se exige en el presunto adoptante no sólo que esté en la posibilidad de ostentar unos determinados derechos civiles, sino que efectivamente los ostente y, además, que pueda ejercitarlos en toda su extensión, sin limitación alguna; lo cual se justifica en el superior interés del adoptado que merece la máxima protección.

El cambio de fórmula no parece haber variado el sentido del precepto, que habrá de interpretarse como la exigencia de la plena capacidad de obrar, aplicable a todos los casos, incluso en los de dispensa legal de la edad mínima; parece, por tanto, que la mujer soltera mayor de edad, pero menor de veinticinco años, obligada a vivir en el domicilio paterno, no podrá adoptar a su hijo natural hasta que alcance esta última edad, pues no “ejerce” la totalidad de sus derechos civiles.

Por no reunir aquella capacidad, no pueden adoptar los locos y dementes judicialmente declarados, aunque tengan intervalos lúidos, los sordomudos que no sepan leer y escribir, los pródigos, los sujetos a interdicción civil, los concursados y los quebrados.

En principio, el supuesto de los menores de edad, aunque estén emancipados, no debiera plantearse aquí al no reunir la edad mínima para adoptar; sin embargo ofrece interés su consideración en los casos de dispensa legal de edad; en la adopción conjunta por marido y mujer, aunque se dispensa para uno de ellos el requisito de haber cumplido la edad de treinta años, no puede prescindirse de que éste se halle en el ejercicio de *todos* sus derechos civiles, y por ello se le exigirá como mínimo la mayoría de edad (19); lo propio se diga del padre natural que adopta a su hijo.

En cuanto al ausente, parece que tendrá capacidad para adoptar, exigirá como mínimo la mayoría de edad (19); lo propio se diga del de ausencia en otro lugar disminuya por ello sólo su capacidad civil (20).

Ciertas circunstancias personales afectan de algún modo a la capacidad para adoptar. La Comisión de Justicia no quiso pronunciar-

(18) CASTRO LUCINI: *Loc. cit.*, p. 347.

(19) Comentando la nueva Ley, ARCE y FLÓREZ-VALDÉS: “En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970”, en *RGLJ*, 51 (1970), y en ed. sep., p. 48, dice que está implícita la limitación de que “en todo caso, el cónyuge menor de treinta años, en la adopción conjunta, ha de ser mayor de edad, toda vez que en caso contrario no se hallaría en el ejercicio de *todos* sus derechos civiles”.

(20) CASTRO LUCINI: *Loc. cit.*, p. 350.

se sobre el problema de las adopciones por extranjeros realizadas en España, ni tampoco se planteó la cuestión de poner al día la referencia a la adopción contenida en el art. 20, 3 C. C., que correspondía al régimen primitivo de la adopción y ya no concordaba con la reforma de 1958. En principio, para la adopción realizada por extranjeros en España habrá que aplicar la ley nacional, conforme al art. 9 C. C. y la Resolución de 7 de diciembre de 1949, si bien no faltan orientaciones favorables a la acumulación de la ley personal con la ley española (21). También parece que habrá que permitir a un extranjero que adopte en España según la ley española, de conformidad con el art. 27 C. C. En último término la condición de extranjero podrá ser valorada genéricamente por el Juez para decidir sobre la conveniencia de la adopción para el adoptado.

La pertenencia o adscripción a una determinada confesión religiosa condicionará, en su caso, la aplicación de la primera de las prohibiciones para adoptar del art. 172

La situación económico-social y el propio *status* de filiación del adoptante, así como su estado familiar serán circunstancias muy importantes que el Juez podrá valorar caso por caso para aprobar, o no, una adopción; en este orden de ideas, la petición de informes a toda clase de expertos parece sumamente aconsejable (22). Por otra parte, el *status* de casado, o de cónyuge separado, influyen a la hora de integrar el consentimiento del adoptante en la formación del negocio adopcional.

c) Prohibición para adoptar.

La nueva normativa ha eliminado la llamada prohibición de descendientes, y ha conservado las otras dos, si bien dando una nueva formulación a la antigua prohibición de los eclesiásticos.

Ya se ha explicado anteriormente el proceso seguido hasta la supresión de la prohibición de descendientes. El PG. inició un tímido movimiento de reforma, permitiendo la adopción a quien tenía descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, con dispensa del Jefe del Estado, lo cual fue visto con ciertos reparos por la doctrina (23). Certo número de Enmiendas propugnaron la desa-

(21) Cfr. LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Familia*, Barcelona, 1966, pp. 425 y s.

(22) Aportan mucha luz las páginas dedicadas a "los que no deberían adoptar" que se contienen en la citada obra de LAUNAY-SOULE-VEIL, pp. 72 y s.

(23) CASTRO LUCINI: "Ante el proyecto de Ley modificando la adopción", en *RDN*, enero-marzo 1970, p. 63, ha escrito: "La atribución de la dispensa al Jefe del Estado es posible que ofrezca ciertos reparos, ya que puede suceder que, una vez concedida, el Juez no autorice la adopción, con la consecuencia de resultar estéril, o, a la inversa, que el Juez se predisponga favorablemente en virtud de la dispensa concedida. Además, como la dispensa parece que deberá concederse para adoptar a una persona determinada, no para adoptar *in genere*, su tramitación puede perjudicar al adoptado si acaba por denegarse, pues acaso le prive de otras oportunidades. Si no fuera así, es decir, si se admite la dispensa para adoptar sin especificación del adoptado, queda por determinar por cuánto tiempo es válida la dispensa, ya que las circunstancias que aconsejaron concederla pueden variar con el tiempo." El sistema de dis-

parición de la prohibición, orientación aceptada por el IP., por lo cual fue suprimido el núm. 2.º del art. 173 C. C., siendo de notar que en todo momento de este proceso legislativo se permitió la adopción de los hijos naturales reconocidos, no obstante la oposición de algún Procurador. Coherentemente con la indicada supresión, la nueva normativa contempla expresamente la concurrencia de los hijos adoptivos con los legítimos y naturales en el ámbito sucesorio (art. 179). De modo general cabe concluir que la reforma ha sido un acierto del legislador, ya que la prohibición era muy discutida por la doctrina (24), siendo muy convincentes las razones esgrimidas en contra (25). Con la supresión se ha logrado, no sólo un acercamiento, sino, a lo que creo, una identificación con el Derecho foral catalán, de suerte que el art. 6.º de su Compilación carece ya de propio contenido. Pero debe advertirse que, quizás, como una concesión a quienes defendían la subsistencia de la prohibición, el art. 173 párrafo final ordena al Juez que valore muy especialmente la conveniencia de la adopción para el adoptando en el supuesto de que el adoptante tuviera hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos. Entiendo que tal exigencia no sería debidamente cumplida si el Juez se limitara a oír a tales descendientes, si estuvieran en edad de expresar una opinión y asintieran a la adopción, sino que debe proceder a una valoración objetiva de las circunstancias, no estando, tampoco, vinculado por una opinión contraria a la adopción emitida por tales descendientes. Por razones de moralidad, podría ser desaconsejable la convivencia del adoptado con un hijo natural del adoptante; igualmente, el fracaso de una primera adopción, o la grave dificultad de la misma, pueden desaconsejar una segunda experiencia. El sistema de que

pensa por el Jefe del Estado es el actualmente en vigor en Francia después de la Ley de 11 de julio de 1966. Dice MORIN: *La réforme de l'adoption*, París, 1967, pp. 12 y s.: "Durante la discusión del proyecto de Ley la Asamblea Nacional había admitido la posibilidad de la adopción, aun en presencia de hijos legítimos, bajo ciertas condiciones. El Senado ha preferido volver a la regla antigua, en virtud de la cual la adopción sólo se permite en ausencia de descendientes legítimos. Y finalmente se ha aceptado esta disposición. Cuando una persona, o los cónyuges, tienen hijos legítimos vivos, no les está permitido adoptar otros (art. 345,1). Ocurre lo mismo cuando han muerto los hijos de los adoptantes dejando una descendencia legítima. Por el contrario, la adopción es posible si los hijos de los adoptantes han muerto sin posteridad. Pero teniendo en cuenta ciertas circunstancias excepcionales, el legislador ha previsto la posibilidad de derogar la regla anterior por la vía de la dispensa del Presidente de la República. A título de ejemplo, el señor Jozeau-Marigné ha considerado en su *rapport* de modo especial el caso de niños abandonados recogidos por familias en las que son considerados por todos como hijos legítimos." CASTÁN VÁZQUEZ: "La descendencia del adoptante como obstáculo para la adopción", en *RDP*, 46 (1970), y en ed. sep., p. 16, no dejaba de ver ventajas en el sistema del PG. y recordaba que el Código Civil admite tradicionalmente la legitimación de hijos naturales por concesión real.

(24) Resume muy bien los argumentos en contra, CASTÁN VÁZQUEZ: *Loc. ultimamente cit.*, pp. 5 y s.

(25) A juicio de CASTÁN VÁZQUEZ: *Loc. cit.*, p. 6, la prohibición es débil ante los argumentos modernos de índole social o práctica; no puede escudarse en el precedente del Derecho Natural ni en el precedente del Derecho Romano.

el Juez valore especialmente la conveniencia de la adopción en estos casos, es, en mi opinión, diverso del de dispensa judicial propugnado por algún autor como sustitutivo de la dispensa del Jefe del Estado (26).

La prohibición de los eclesiásticos ha seguido un proceso legislativo en sentido inverso al de la prohibición de descendientes. Fue abolida aquélla en el PG., siendo restablecida por mayoría de votos en el IP. con una nueva formulación que respondía mejor a la finalidad del precepto (expresado así: "Ordenados *in sacris* y los profesos en una Orden o Instituto religioso canónicamente aprobados"), según había puesto de relieve la doctrina (27). Despues de un animado debate en la Comisión de Justicia, se llegó al texto siguiente: "No pueden adoptar: 1.º Las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio". Bajo un ropaje más actual se aloja, sin duda, una prohibición típica del ordenamiento español, sólo parangonable a la establecida en el & 179 All. BGB. austríaco, y que parece chocar con las ideas actualmente vigentes en materia de libertad religiosa. Por otra parte, su formulación es tan amplia, que desborda literalmente los límites de la antigua prohibición. Ha prevalecido, sin embargo, la convicción de que el Estado puede imponer limitaciones a los derechos individuales por razones de ética social; en ambientes bastante amplios está vigente la idea de que no debe permitirse la adopción a las personas a quienes la ley prohíbe el matrimonio, y la nueva normativa se ha hecho eco de la misma; con todo, parece prudente que el legislador esté atento a la rápida evolución de la opinión pública en este ámbito. La fórmula resulta igualitaria para todas las confesiones religiosas —y ello representa un acierto, sin duda— sin que se mantenga lo que podía interpretarse como especial discriminación para los miembros de la Iglesia Católica. Entiendo que la prohibición no se aplicará al sacerdote o religioso secularizado, con dispensa canónica del voto de castidad. A través de esta prohibición, la ascripción a una determinada confesión religiosa puede influir en la capacidad civil para adoptar de manera indirecta, siempre que el respectivo estatuto religioso prohíba el matrimonio. Hay aquí una remisión, no sólo al Derecho canónico de la Iglesia Católica sino al derecho propio de cualquier otra confesión religiosa, ya que la ley prohibitiva del matrimonio que aquí se toma en cuenta no es la norma civil, sino la religiosa. No es de esperar que esta prohibición origine graves problemas interpretativos; sin embargo, la fórmula utilizada no parece muy acertada.

La prohibición impuesta a los tutores se ha mantenido con leves retoques de expresión. El texto derogado prohibía la adopción "al tutor respecto de su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas". Ahora se expresa que no puede adoptar "el

(26) CASTRO LUCINI, en *RDN* últimamente cit., p. 63, sosténia que "quizá hubiera sido más indicado atribuir la facultad de dispensar al propio Juez que debe autorizar la adopción, quien está más en contacto con la variabilidad de los casos y circunstancias, simplificando trámites".

(27) Cfr. LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 426, nota 2.

tutor respecto de su pupilo antes de aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela". Como se había puesto de relieve por la doctrina (28) debe tratarse de las cuentas generales o finales, alcanzando la prohibición al tutor que recibió el cargo con asignación de frutos por alimentos, no exigiendo, sin embargo, el texto legal que el saldo final haya sido satisfecho, pese a que dejar pendiente esta deuda hace sumamente difícil su cobro después de la adopción; si hay controversia sobre la rendición de cuentas, deberá esperarse a que se resuelva por sentencia firme.

B) *Quién puede ser adoptado.*

En principio, puede ser adoptada cualquier persona, varón o hembra, cualquiera sea su edad, mayor o menor, con tal que tenga dieciséis años menos que el adoptante, capaz o incapaz, sean cualesquiera su propio *status* de filiación, su estado familiar, su religión y su nacionalidad.

No hay discriminación por razón del sexo en sí mismo considerado, ni con relación al del adoptante. No hay límites legales, mínimos ni máximos, con relación a la edad del adoptado; podrá adoptarse a un recién nacido (con tal que no haya sido internado en una casa o establecimiento benéficos), y parece que también a un *nasciturus* (29), ya que la adopción debe considerarse como un efecto favorable para el mismo, a tenor del art. 29 C. C.; tratándose de niños abandonados que han sido internados en una casa o establecimiento benéficos, del art. 174 resulta un plazo mínimo de seis meses para que proceda la declaración judicial de abandono, la cual constituye un presupuesto legal de la adopción en estos casos. No prevalecieron en la Comisión de Justicia las Enmiendas encaminadas a reducir la adopción a los menores de edad; hay que reconocer que no se ven muy claras las finalidades de la adopción realizada en favor de mayores de edad, salvo que se trate de incapacitados (30).

Mientras que al adoptante se le exige la plena capacidad jurídica y la plena capacidad de obrar, la ley sólo requiere en el adoptando la primera; cualquier persona individual, capaz o incapaz es, en principio, susceptible de ser adoptada; el art. 173 letra D) contempla expresamente el caso de un adoptando sometido a tutela; tratándose de niños subnormales, la adopción —en particular, si es plena— puede ser un excelente complemento y sustituto de la tutela.

(28) Cfr. CASTRO LUCINI: "Algunas consideraciones críticas...". II, "El adoptado", en *ADC*, 21 (1968), pp. 407 y ss.

(29) Se ocupa de este caso GAMBON ALIX: *Op. cit.*, pp. 113 y s., llegando a una solución afirmativa siempre "que conste con la debida certeza el estado de embarazo de la madre y además que exista algún motivo para que la relación de adopción deba constituirse con premura, sin esperar el nacimiento y la viabilidad".

(30) Sumariamente me ocupé del tema en mi comunicación sobre *La adopción de mayores de edad* a las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción de Oviedo; cfr. el número de septiembre-octubre de la *Revista de la Obra de Protección de Menores*, pp. 88 y ss.

Es indiferente el *status* de filiación del adoptando y así puede ser adoptado tanto un hijo legítimo, como legitimado, natural reconocido o no reconocido, o ilegítimo no natural. Con todo hay que reconocer que las finalidades asistenciales de esta institución se cumplen ordinariamente respecto de huérfanos, abandonados o hijos ilegítimos en general. Tampoco importa la situación familiar en que se encuentre el adoptando, el cual puede ser soltero, casado (en cuyo supuesto el cónyuge deberá prestar el consentimiento a la adopción, conforme al art. 173 apartado B), o separado declarado judicialmente inocente (en cuya hipótesis se le dispensa de obtener tal consentimiento).

No se toma en cuenta la posible diferencia de religión entre adoptante y adoptando; sin embargo, acaso quepa plantear aquí el problema práctico de asegurar la educación religiosa del adoptando en el seno de la confesión en que fue bautizado, exigiendo garantías al adoptante de religión distinta, y no autorizándose la adopción por el Juez en el caso de no ser prestadas.

No parece dudoso que un súbdito español pueda adoptar a un extranjero, ni que un extranjero pueda hacerlo respecto de otro extranjero o respecto de un español (31).

Ofrece especiales características la adopción de abandonados y de parientes.

a) La adopción de niños abandonados.

Se trata de una de las novedades de la reforma que representa una mejora respecto del régimen anterior, no exenta, sin embargo, de algún reparo. La E. de M. justifica así el contenido del nuevo art. 174:

“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. 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 necesariamente se experimenta.”

(31) Sobre el problema en general, cfr. María Francisca DURÁN CARO: “La adopción y los extranjeros”, en la *Rev. cit.*, pp. 85 y s.; ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *La adopción de expósitos y abandonados* cit., pp. 77 y s. La Res. de 7 de diciembre de 1949 declaró, en un caso de adopción de una expósita por un matrimonio peruano, que los requisitos de forma deben ser examinados según la Ley española.

Un niño abandonado podrá ser objeto, tanto de adopción simple como de adopción plena. Se han eliminado las antiguas dudas surgidas en torno a los conceptos de abandonado y expósito (32), que se sustituyen por un concepto unitario que engloba las diversas hipótesis penales y civiles que pueden darse. Este supuesto de adopción de niños abandonados se presenta como privilegiado, ya que, según el art. 174, 1 "no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor, prevenido en el artículo anterior". Además constituye un caso especial porque se exige la previa declaración judicial de abandono como presupuesto de la adopción de menores de catorce años que se encuentren en tal situación.

A efectos de la adopción, el abandono constituye una situación objetiva con independencia de su causa. Dice el párrafo 2.º del artículo 174: "Se considerará 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 éste se haya producido por causas voluntarias o involuntarias". De la discusión en la Comisión de Justicia de las Cortes resulta claro que entran en aquel concepto: el niño recién nacido a quien su madre deja en un portal sin ningún elemento identificador; el huérfano que carece de toda clase de familiares y respecto del cual no se ha constituido todavía la tutela; el menor de catorce años extraviado por sus padres con ocasión de una calamidad pública. No parece, sin embargo, que baste una carencia momentánea de cuidados por causa de una ausencia pasajera de los padres; pero el plazo de seis meses que el propio artículo establece más adelante, lo considero no aplicable al abandono simple, es decir, al no cualificado por la entrega del menor a una casa o establecimiento benéfico.

La lectura detenida del art. 174 nos conduce a la conclusión de que hay dos clases de abandono, uno simple y otro cualificado. El simple abandono puede ser realizado mediante declaración expresa o tácita de voluntad de la persona encargada de la guarda, alimento y educación del menor de catorce años. Obsérvese que no se exige que tal situación sea provocada precisamente por el titular de la patria potestad; podría darse el caso de que el padre y la madre, al ausentarse de España para trabajar en el extranjero, hubieran entregado a sus hijos menores de catorce años a parientes o personas de su confianza, o, incluso, a un centro docente en calidad de interno, y que por el descuido o negligencia de estas personas o entidades viniera a resultar procedente la declaración judicial de abandono; tal declaración sería, en mi opinión, ajustada al texto legal, con independencia de las acciones que a los padres otorga el art. 177 para pedir que se declare extinguida la adopción. En un laudable deseo de facilitar la adopción estimo que el legislador ha llegado demasiado lejos, y debe

(32) Cfr. por todos ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *En torno a los conceptos de abandonado y expósito* cit.; CASTRO LUCINI: *Algunas consideraciones críticas...* II, *El adoptado* cit., pp. 381 y ss.

ser función delicada e indeclinable de los Tribunales matizar y perfilar el concepto legal de abandono.

Hay, además, un abandono cualificado por “la entrega del menor en una casa o establecimiento benéficos” (párrafo 3.º del art. 174). Esta entrega cabe concebir que se haga con una expresa reserva de los derechos de patria potestad sobre el menor; más aún, es aconsejable que así se haga cuando la madre desea evitar dolorosas sorpresas posteriores; en principio tal acto de la madre no supone nada deshonroso, y la ley debe respetar en lo posible su voluntad manifestada de conservar a su hijo. Pero tal entrega puede hacerse con una expresa declaración de abandono, o ésta puede surgir posteriormente; a dicha declaración de voluntad el art. 174 equipara la circunstancia de que el menor hubiera sido entregado sin datos que reveLEN su filiación, o cuando se ha producido la falta de interés por el menor de modo efectivo mediante actos que demuestren la voluntad de no asistencia. A diferencia del simple abandono, que no exige un plazo determinado para su apreciación, pudiendo ser simultáneo con la declaración de voluntad del abandonante, o inferirse al cabo de un tiempo prudencial de actos concluyentes de su autor, el abandono cualificado debe mantenerse como mínimo durante seis meses, aclarando el art. 174 que “la mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo”.

En consecuencia, hay diferencias sustanciales entre el simple abandono y el que denomino cualificado; el primero puede resultar de una mera declaración de voluntad ejecutada de modo inmediato, o de un hecho de inasistencia del menor cuyos efectos se prolongan por un espacio relativamente corto de tiempo; el segundo exigirá en todos los casos el transcurso de seis meses, durante los cuales sería, incluso, relevante la retractación de una inicial voluntad de abandono, la cual no considero significativa en el primer supuesto.

El párrafo final del art. 174 ordena que la situación de abandono sea apreciada y declarada por el Juez competente para conocer el expediente de adopción. Esta ha sido una de las materias más debatidas del PG., ya que tal competencia era inicialmente atribuida a los Tribunales Tutelares de Menores, pasando luego en el IP. a la competencia de la jurisdicción ordinaria. Quizá haya que pensar en un próximo futuro en la creación de Jueces o Tribunales especializados en Derecho de Familia.

Nada se dice en la ley sobre el procedimiento para hacer la declaración judicial de abandono; es una laguna sensible si se tiene en cuenta la falta de concordancia, acusada hace tiempo, entre la Ley procesal civil y el C. C. en materia de adopción.

b) La adopción de parientes.

No puede en ningún caso plantearse la adopción de un ascendiente por un descendiente, ya que siempre faltaría la diferencia de edad exigida con carácter general. Entiendo también que ningún ascendiente por consanguinidad legítima tiene interés en adoptar a su descendiente de cualquier grado (hijo o nieto), ya que los beneficios de tal

adopción no podrían superar a los que proporciona el vínculo de legitimidad; la solución parece clara en el caso del padre con respecto a su hijo legítimo (y lo mismo podrá predicarse en el caso de hijo legitimado por subsiguiente matrimonio); opino que el abuelo tampoco podrá adoptar al nieto, hijo legítimo de un hijo legítimo, ni siquiera con la finalidad de conservar el apellido materno que apunta algún autor (33).

En cambio, a diferencia del régimen anterior tal como lo interpretaba la doctrina (34), se declara expresamente que "los propios hijos naturales reconocidos podrán ser adoptados aunque no concurren los requisitos de edad mencionados en el párrafo anterior" (artículo 172,4); permisión que según la E. de M. "se inserta así en la muy difundida corriente de dignificación de la filiación natural". Ha coadyuvado probablemente a ello la desaparición de la prohibición de descendientes, y la mejora de situación jurídica del hijo adoptivo. Ahora bien, pese a la inserción de aquella norma dentro de las disposiciones generales, cabe preguntar si tiene, en realidad, aplicación a ambas formas de adopción. Si en la simple adopción, el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos (art. 180,3), se puede dudar seriamente que convenga al hijo natural tal forma de adopción; por otra parte, el art. 178,1 vuelve a reiterar que pueden adoptar plenamente el padre o madre al propio hijo natural reconocido, con lo cual se plantea el problema de si la mención de esta modalidad de adopción en el párrafo 4.º del art. 172 fue un descuido del legislador. Acaso pueda concluirse que la adopción de los hijos naturales reconocidos sólo parece conveniente en forma plena, siendo privilegiada en cuanto a los requisitos de edad y sin que sea exigida la especial valoración que el párrafo final del art. 173 exige al Juez cuando el adoptante tenga hijos naturales reconocidos, ya que semejante rigor sería contradictorio con la consideración favorable que al legislador merece este tipo de adopción.

Anteriormente me he referido a la desestimación de la Enmienda Batlle encaminada al reconocimiento expreso de la posibilidad legal de adoptar a los propios hijos ilegítimos no naturales. Pese a ello entiendo que no hay base en la ley para negar tal posibilidad. Naturalmente, habrá que cumplir los requisitos generales, y así el cónyuge del adoptante podrá, en su caso, negar su consentimiento a la adopción del hijo adulterino de este último. La misma solución permisiva entiendo que deberá darse al caso de filiación natural no reconocida (35).

No reputo posible la adopción entre hermanos consanguíneos, pero

(33) CASTRO LUCINI: *Loc. últim. cit.*, p. 402.

(34) La *communis opinio* la recoge GAMBON ALIX: *Op. cit.*, pp. 142 y s. La doctrina recoge la Res. de 23 de octubre de 1947, según la cual la madre no puede adoptar al hijo natural reconocido por ella.

(35) Con anterioridad a la Ley eran favorables a la adopción de los propios hijos ilegítimos no naturales: CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Loc. cit.*, pp. 61 y s.; CASTRO LUCINI: *Loc. últim. cit.*, pp. 402 y s.

sí entre otros colaterales; tampoco deberá admitirse la adopción entre cónyuges, la cual repugna a la naturaleza de la institución (36).

La adopción entre parientes por afinidad no parece suscitar reparos doctrinales (37), y, por otra parte, el derogado art. 180,1 contemplaba algún supuesto que en la nueva regulación se ha tipificado con carácter general (cfr. el art. 176,3 que regula la adopción por un cónyuge del hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro); a su lado entiendo que cabe concebir la adopción entre cuñados o la que el suegro o suegra puedan efectuar respecto de su yerno o nuera.

C) *La diferencia de edad entre adoptante y adoptado.*

Pertenece a la naturaleza de la institución que exista una diferencia de edad entre el sujeto adoptante y el adoptado, no sólo porque *adoption imitatur naturae*, sino porque lo exige así el cumplimiento de la finalidad asistencial de la institución. La fijación de tal diferencia ha variado de unas épocas a otras, y de unas legislaciones a otras. Resumiendo Castán Vázquez (38) las tendencias actuales del Derecho Comparado, afirma que subsiste el antiguo requisito, situándose los límites mínimos de la diferencia entre quince y veinte años, mientras que los límites máximos, cuando se ponen, suelen situarse en cuarenta y cinco o cincuenta años, cabiendo también un sistema de límites discrecionales.

En nuestro Derecho es un requisito constante, pero que ha variado en su extensión; la primitiva redacción del C. C. señaló la edad de quince años, pasando a ser de dieciocho años en la reforma de 1958, y reduciéndose a dieciséis años en la vigente Ley. La Exposición de Motivos parece justificar esa reducción por la operada en la edad para adoptar.

Observa Castán Vázquez (39) que se continúa exigiendo objetivamente la diferencia mínima de edad sin formular, como algún ordenamiento extranjero, excepciones; se exige en las dos especies de adopción y no puede ser dispensada por el Juez. La adopción conjunta por marido y mujer y la adopción de los propios hijos naturales, no son privilegiadas a este respecto.

En las adopciones en edad temprana, la diferencia mínima de edad viene absorbida por la exigencia de los treinta años como edad mínima para adoptar, desde un punto de vista práctico; tal diferencia comienza a funcionar en las adopciones de jóvenes y de adultos, haciendo elevar indirectamente la indicada edad mínima. Cabe des-

(36) En la doctrina española no ven obstáculo a la adopción entre hermanos: LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 427, y CASTRO LUCINI: *Op. últim. cit.*, p. 403. Por mi parte entiendo que al vínculo de fraternidad repugna que se le superponga uno de filiación adoptiva. En cuanto a la adopción entre cónyuges se está de acuerdo, por lo general, en rechazarla.

(37) Se ocupa de ella CASTRO LUCINI: *Op. últim. cit.*, p. 403, y la considera posible en nuestro Derecho.

(38) CASTÁN VÁZQUEZ: "La edad del adoptado", en *RGLJ*, 51 (1970), y en ed. sep., p. 22.

(39) CASTÁN VÁZQUEZ: *Op. últim. cit.*, p. 34.

tacar, por último, que es, probablemente, pura coincidencia aritmética la circunstancia de que la suma de los dieciséis años (de la diferencia de edad) con los catorce (de la edad máxima para ser adoptado plenamente en los supuestos que pueden considerarse normales) arroja como resultado la edad mínima para adoptar.

En cambio, no se ha aprovechado la reforma para introducir una diferencia máxima de edad entre adoptante y adoptado, tal como había sido propuesto por algunos enmendantes. Estimo —pese a alguna autorizada opinión contraria (40)— que hubiera sido conveniente que la Ley, actuando con prudencia, hubiera cerrado el paso a adopciones que de ningún modo pueden cumplir su fin.

D) *La pluralidad de adoptantes o de adoptados.*

Hasta ahora se ha considerado el supuesto normal de que el negocio jurídico adopcional se perfecciona entre un solo adoptante y un único adoptado. Examinaré a continuación las especialidades originadas por la pluralidad de adoptantes o de adoptados, o de ambas simultáneamente.

Bajo la reforma de 1958 la doctrina española entendía (41) que en esta materia regía el principio de unicidad de persona del lado del adoptante, sin más excepciones que la adopción conjunta por marido y mujer, y de la pluralidad de adoptados a cargo de la misma persona, bien simultánea, bien sucesivamente. Entiendo que tales principios siguen vigentes después de la reforma de 1970, si bien con alguna variación en su aplicación.

a) La pluralidad de adoptantes.

Ahora ya no puede afirmarse, como bajo la ley derogada, que la adopción conjunta por marido y mujer era una posibilidad sólo permitida en la adopción menos plena, y la norma general en la plena, sin otra excepción que la adopción por una persona viuda (42). La adopción conjunta por marido y mujer sigue siendo una posibilidad abierta para ambas clases de adopción, y fuera de este caso “nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona”. (artículo 172 *in fine*); pero ahora la adopción plena está abierta tanto a solteros como a casados.

La pluralidad de adoptantes puede originarse simultánea o suce-

(40) Dice CASTÁN VÁZQUEZ: *Op. et loc. cit.*: “A tenor de la Ley española (coincidente, en verdad, con la mayoría de las extranjeras), es posible aprobar la adopción aun cuando la diferencia de edad sea superior a la que normalmente separa a padres e hijos. Ello, sin embargo, no parece que deba constituir un motivo de crítica.” Alega la escasa frecuencia de este tipo de adopciones solicitadas por adoptantes de avanzada edad y al examen por el Juez antes de conceder su aprobación. Estimo por mi parte que hubiera bastado la fijación de una edad límite para que el Juez, sin más, pudiera denegar la adopción superándola, mientras que ahora la ausencia de dicho límite puede inducir la existencia de una norma permisiva.

(41) GAMBON ALIX: *Op. cit.*, pp. 103 y ss. y 122 y ss.

(42) Como hacía, por ej., CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Op. cit.*, p. 56.

sivamente, y ello tanto para la adopción simple como para la plena. La pluralidad simultánea se da cuando ambos cónyuges en el mismo expediente formalizan el negocio adopcional respecto de la misma persona; bien entendido que no se trata de la prestación del consentimiento que contempla el art. 173 letra A) sino del que se trata en el párrafo final del art. 172; en el primer caso se exige, propiamente, un asentimiento a la adopción que integra la voluntad negocial que es, exclusivamente, del adoptante; en la adopción conjunta se dan dos voluntades negociales, igualmente integrantes del acto. El que prestó meramente su asentimiento a la adopción realizada por su cónyuge puede, ulteriormente, adoptar a su vez a la misma persona. Pero no es el único caso de adopción plural sucesiva; la madre soltera que adopta a su hijo natural, que luego se casa y obtiene de su cónyuge que también adopte a su hijo; el cónyuge viudo que reitera matrimonio y cuyo nuevo cónyuge adopta al hijo que adoptó aquél en su primer matrimonio, son también supuestos de adopción plural sucesiva. Por vez primera en nuestro Derecho se contempla como típica la hipótesis de que uno de los cónyuges adopte al hijo adoptivo del otro consorte (arts. 176,3 y 178,1). En todos los casos de adopción plural sucesiva parece que debe darse una adhesión total a la adopción primitiva por parte del nuevo adoptante, de suerte que sea igual la clase de adopción utilizada e idénticas las condiciones bajo las que se realiza. No parece posible que la originalia sea realizada en forma plena y la sucesiva en forma simple; cabrá, sin embargo, efectuar una conversión si se dan las condiciones legales.

b) La pluralidad de adoptados.

Puede realizarse simultánea y sucesivamente. Aunque no está expresamente regulada por la nueva Ley, del art. 173 párrafo final se deduce que es legalmente posible que la misma persona haya efectuado pluralidad de adopciones y, como no se distingue, tanto en forma plena como simple.

Ningún precepto prohíbe que el mismo negocio adopcional se perfeccione simultáneamente respecto de dos o más adoptados, siempre que cada uno de éstos reúna los requisitos legales. Tal forma negocial parece aconsejable en el caso de la adopción de varios hermanos, pero no hay obstáculos a que se realice en cualquier supuesto de pluralidad de adoptados. La adopción simultánea de varias personas no dará, por sí sola, lugar a que se efectúe la especial valoración del Juez que ordena el párrafo final del art. 173 (43).

Quien ha perfeccionado una vez un negocio adopcional conserva, en principio, capacidad para realizar posteriormente otro u otros, siempre que continúe reuniendo los requisitos legales. Parece, incluso, deseable la pluralidad de adopciones para evitar el complejo de hijo único. Observa Castán Vázquez (44) que "la Ley parece ver con al-

(43) CASTÁN VÁZQUEZ: *La descendencia del adoptante como obstáculo para la adopción* cit., p. 20.

(44) CASTÁN VÁZQUEZ: *Op. últim. cit.*, p. 19.

guna prevención ese supuesto, y, previniéndolo, obliga al Juez a considerar muy especialmente la circunstancia referida". La exigencia del párrafo final del art. 173, con referencia a este supuesto, me parece poco justificada, explicable únicamente por una razón de paralelismo con el caso del que tiene hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos. Como observa el autor citado "el hecho de que quien tiene ya un hijo adoptivo desee adoptar otro, revela, en principio, que la adopción ha dado buen resultado y que el adoptante tiene vocación y medios para cumplir sus deberes respecto a ambos hijos adoptivos. La experiencia demuestra que en los hogares donde hay más de un adoptado, se cumplen bien los fines de la adopción". Hay que notar, por último, que los diversos adoptados, ya lo sean de la misma o de distinta clase, no tienen parentesco alguno entre sí, no tienen ninguna obligación de prestarse recíprocamente alimentos y carecen entre sí de derechos sucesorios.

c) Pluralidad de adoptantes y de adoptados.

Su posibilidad resultará de combinar las dos hipótesis anteriormente examinadas. Un matrimonio adopta simultáneamente a dos o más niños; el consorte del adoptante adopta a su vez a los varios niños adoptados por éste. Su régimen no ofrecerá dificultad.

3. REQUISITOS ESPECIALES DE LA ADOPCION PLENA

La nueva normativa ha ampliado considerablemente el ámbito subjetivo de la adopción plena, introduciendo importantes modificaciones en cuanto a la capacidad para adoptar y para ser adoptado.

A) *Quién puede adoptar plenamente.*

Del párrafo 1.º del art. 178 se deduce que pueden adoptar plenamente:

1. Los cónyuges que vivan juntos, procedan de consumo y lleven más de cinco años de matrimonio.
2. El cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal.
3. Uno de los cónyuges al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo de su consorte.
4. Las personas en estado de viudedad.
5. Las personas en estado de soltería.
6. El padre o madre al propio hijo natural reconocido.

Se trata de una enumeración aparentemente limitativa .("Sólo podrán adoptar", dice el encabezamiento del precepto, quizá por arrastre terminológico de la anterior redacción), que induciría a la conclusión de un *númerus clausus*. Pero si se comparan estas normas de capacidad con las generales, se observa que tal criterio limitativo

sólo existe para las personas casadas y aún atenuado con relación al régimen anterior; que hay situaciones de la persona, no expresamente incluidas en la norma, pero que no deben impedir la adopción. Por todo lo cual, acaso hubiera sido más apropiado enumerar las personas que no pueden adoptar plenamente con esta o parecida fórmula: "No pueden adoptar plenamente los cónyuges que no lleven cinco años de matrimonio, o los que, aun llevándolos, viven separados de hecho al solicitar la adopción, así como el cónyuge declarado culpable en la separación judicial."

Entiendo que también podrán adoptar plenamente: la persona cuyo matrimonio ha sido declarado nulo aun por culpa propia; el cónyuge respecto del cual se ha disuelto el matrimonio civil por aplicación del privilegio paulino; los casados civilmente y divorciados con arreglo a la legislación republicana.

Se da por supuesto que las personas enumeradas en el párrafo 1.º del art. 178 deben reunir los requisitos generales de la sección primera.

El núm. 1 no ha sufrido modificación con relación al régimen derogado, por lo cual es aplicable la doctrina anterior. La adopción plena se reserva, en primer lugar, a los cónyuges que vivan juntos; la E. de M. de la Ley de 24 de abril de 1958 decía a este respecto que se "pretende crear una situación familiar de alguna manera análoga a la que dimana de la paternidad legítima". Como escribe Castro Lucini (45), se entiende que la convivencia se refiere al momento de la adopción, y, en principio, no la impediría una separación previa si ha habido subsiguiente reconciliación; con todo, entiendo que tal circunstancia puede ser valorada por el Juez para denegar la aprobación si el hogar adoptante no le inspira confianza. La separación de hecho obsta a que se entienda cumplido este requisito, pero no la ausencia momentánea o circunstancial de uno de los cónyuges (46). Gambón Alix (47) escribía "Proceder de consumo quiere decir efectuar conjuntamente la adopción; la simultaneidad se deriva de la razón de ser del instituto; se quiere que ambos consortes sean respectivamente padre y madre del adoptado y que lo sean desde el principio." En cambio podemos preguntarnos si está justificado que se mantenga el requisito de que los cónyuges lleven más de cinco años de matrimonio, ya que, al haber desaparecido la prohibición de descendientes, carece de sentido prevenir, en la medida de lo posible, la supervivencia de hijos (48); tampoco considero decisiva la finalidad de evitar adopciones precipitadas en los primeros tiempos del matrimonio, porque ¿necesitará mayor reflexión la decisión de casarse que la de adoptar? Cuestión controvertida en la doctrina es determinar el efecto que en

(45) CASTRO LUCINI: "Algunas consideraciones críticas...". I, "El adoptante", en *ADC*, 19 (1966), p. 367.

(46) CASTRO LUCINI: *Op. et loc. ultim. cit.*

(47) GAMBÓN ALIX: *Op. cit.*, p. 109.

(48) Como pretende CASTRO LUCINI: *Op. et loc. ultim. cit.*, p. 368.

la adopción produce la declaración de nulidad del matrimonio (49).

El núm. 2 es una innovación de la Ley, recogiendo opiniones doctrinales (50) y bastantes Enmiendas (51). No se aclara si para el cónyuge separado regirá el plazo de cinco años de matrimonio. Reconciliados los cónyuges, podrá el culpable adherirse a la adopción realizada por el inocente, aunque es de temer que la misma, más que motivo de acercamiento, lo sea de distanciamiento. Observé anteriormente que el legislador ha incurrido en una redundancia inútil al reproducir la norma en las disposiciones generales y en las otras dos secciones.

El núm. 3 constituye una acertada generalización de la norma que en el régimen derogado se establecía únicamente para la adopción menos plena. Tampoco se aclara si le es aplicable el plazo de cinco años (52).

El núm. 4 es una repetición de la norma anterior, aceptada plenamente por la doctrina (53); pero no se aclaran las dudas relativas a si el estado de viudedad ha de tener una duración determinada o si el viudo tenía que haber estado casado durante cierto tiempo (54).

El núm. 5 constituye una innovación introducida en el IP. al acep-

(49) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Op. cit.*, p. 57, parece propugnar en todo caso la nulidad de la adopción cuando se declara la nulidad del matrimonio, con independencia de la buena o mala fe de los cónyuges. En el mismo sentido, GAMBON ALIX: *Op. cit.*, pp. 110 y 423 y ss., por lo que se refiere a la que llama "adopción conjunta preceptiva". En cambio, LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 427, ponen en duda que no sea posible aplicar sin más la doctrina del matrimonio putativo.

(50) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Op. cit.*, pp. 57 y ss., no encontraba apoyo legal para estimar que una adopción ya realizada quedaba sin efecto por causa de la separación de los cónyuges; GAMBON ALIX: *Op. cit.*, p. 110, opinaba, por el contrario, que la separación, tanto de hecho como de derecho, impedía la adopción plena.

(51) Propusieron la aptitud para la adopción del cónyuge inocente legalmente separado las enmiendas Padrón Quevedo, López Medel, Miranda Hernández, Escobar Kirkpatrick y Ana Ballenilla Fajardo. Pero observa ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: "En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970", en *RGLJ*, 51 (1970), y en ed. sep., p. 60, que "el texto resultante no es la conclusión lógica de los argumentos ofrecidos por la mayoría de los enmendantes ni de las alegaciones que, desde el campo doctrinal, se habían aducido para justificar la no exigencia del consentimiento del cónyuge no adoptante en caso de mediar separación entre ambos. Decimos esto porque el fundamento de tal exigencia se quiere ver en la común unión de vida de los esposos, y, por tanto, lo que en principio es razonable y justo como exigencia del proceder comunitario y de consenso—que los esposos adopten conjuntamente, o si lo hace uno solo de ellos obtenga el consentimiento del otro—deja de ser tal cuando, como consecuencia de la separación, han cesado aquellos efectos de unidad que respecto al matrimonio no separado son predicables. Ello con independencia de los calificativos de 'inocente' o 'culpable', de tan fluida y difícil valoración aplicados a los sujetos del matrimonio".

(52) Por la misma naturaleza del supuesto de hecho parece no aplicable este requisito.

(53) Así, LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 434.

(54) Parece razonable la opinión negativa de GAMBON ALIX: *Op. cit.*, página 112.

tarse varias Enmiendas (55). Representa una extraordinaria ampliación subjetiva de la adopción plena, que viene a desbordar la idea que el legislador tuvo al crearla en 1958. Ya no puede sostenerse la opinión de Castro Lucini (56) de que este tipo de adopción pretende crear una situación familiar de alguna manera análoga a la que dimana de la paternidad legítima. Es dudoso el acierto de la reforma, y de no fácil aplicación práctica, ¿cómo, al adoptado plenamente por un soltero, podrán atribuirse los mismos derechos y obligaciones que al hijo legítimo? ¿Qué apellidos le corresponderán? Al no exigirse especiales requisitos, bastará que un soltero mayor de treinta años cumpla los requisitos generales, para que pueda adoptar plenamente, con lo cual la Ley trata más rigurosamente al casado que pretende adoptar plenamente, que al soltero. Al Juez le corresponderá una delicada valoración de las íntimas motivaciones del adoptante, y deberá denegar la adopción cuando responde a un sentimiento de soledad o de frustación por no haber contraído matrimonio (57).

El juicio negativo que me merece la posibilidad de una adopción plena por personas solteras se transforma en favorable cuando se trata de la efectuada por el padre o madre naturales en favor de su propio hijo. Cabe augurar una amplia utilización del núm. 6, en tanto no se mejore la situación jurídica de los hijos naturales en nuestro Derecho.

B) *Quién puede ser adoptado de manera plena.*

Del párrafo 2.º del art. 178 resulta que únicamente pueden ser adoptados de manera plena las siguientes personas:

1. Los menores de catorce años; se entiende, de ambos sexos, y al no limitarse a los abandonados o expósitos, como se hacía en el derogado art. 178, hay que concluir que cabe la adopción plena respecto de los menores de esa edad sometidos a patria potestad o tutela, de los simplemente huérfanos (58), así como de los abandonados a que se refiere el art. 174. Ahora la noción de abandono no interesa como requisito de la adopción, sino como especialidad del procedimiento para adoptar en su fase judicial. Como puntualiza la E. de M.

(55) Propuestas por las señoritas Pilar Primo de Rivera, Teresa Loring Cortés y Mónica Plaza de Prado.

(56) CASTRO LUCINI: *Op. et loc. ultim. cit.*, p. 364.

(57) Dicen LAUNAY-SOULE-VEIL: *Op. cit.*, pp. 69 y s.: "La adopción por una mujer sola se considera en todas partes, con razón, como suponiendo más riesgos que la adopción por un matrimonio. Incluso varias Asociaciones extranjeras no aceptan a los solteros como padres adoptivos. Las estadísticas de la Asistencia Pública indican que la proporción de fracasos (niños devueltos por los eventuales adoptantes) es de 1,48 por 100 si se trata de un matrimonio, de 4,21 por 100 si se trata de solteros, de 5,71 por 100 si se trata de viudos y de 9,09 por 100 si se trata de divorciados. Las causas de los fracasos son, a veces, de orden material o económico (insuficiente previsión presupuestaria), pero casi siempre de orden sicológico (se considera al niño de comportamiento demasiado difícil). Esto no significa, sin embargo, que no haya también excelentes adopciones realizadas en tales condiciones."

(58) Que había propugnado MADRUGA: *Op. cit.*, p. 756.

“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”. Se trata de una medida que estimo sumamente acertada (59).

2. Los mayores de catorce años que estuvieren viviendo antes de alcanzar esa edad en el hogar y compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos. Con esta fórmula se trata de sustituir a la del prohibimiento que recogía el derogado art. 178. No se exige plazo de convivencia, pero en todo caso tendrá que haber sido efectiva y con cierto carácter de permanencia.

3. El último caso contemplado en el párrafo 2.º del art. 178 no resulta de interpretación fácil, ni en su razón de ser, ni en el alcance del precepto. Aunque no mediare la circunstancia de la convivencia, podrán ser adoptados “los mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos que el Juez valorará en la forma establecida en el art. 173”. Esta norma no figuraba en el PG. y se introdujo en el IP. por razones poco claras (60). La E. de M. de la Ley no aporta ninguna luz al respecto. El presunto adoptante deberá invocar tales vínculos familiares o afectivos, y el Juez deberá valorarlos de modo especial. En principio parece que el concepto de vínculo familiar habrá que limitarlo a la familia legítima, única admitida por el C. c.; pero las relaciones de parentesco natural, e incluso ilegítimo no natural podrían ser tenidas en cuenta por la vía de los vínculos afectivos. Se abre aquí un amplio margen a la discrecionalidad judicial. Anteriormente expuse mi opinión contraria a la adopción entre abuelos y nietos legítimos, entre hermanos y entre cónyuges; opinión que doy aquí por reproducida. Considero, en cambio, base de una adopción plena los vínculos entre tíos y sobrinos carnales, y entre primos carnales, así como entre parientes más alejados; también estimo admisibles las relaciones entre padrinos y ahijados, así como cualquier grado de parentesco por afinidad. Más dudoso es si las meras relaciones de amistad podrían incluirse entre los vínculos afectivos, siendo aquéllas tan difíciles de precisar jurídicamente. Estimo claramente rechazable la invocación del afecto que se puede tener al hijo de la propia concubina, o del que media entre los mismos concubinos.

4. REQUISITOS DE LA SIMPLE ADOPCIÓN

No hay normas especiales, sino que todas las personas que reúnen los requisitos de la sección primera, tanto para adoptar como para ser adoptado, pueden formalizar una adopción simple. Hay, sin duda, una inútil repetición en la referencia al cónyuge inocente contenida en el art. 180,1, como expuse anteriormente. Si se compara el ámbito

(59) La doctrina anterior había reiteradamente denunciado el escollo que suponía tener que contar siempre con el consentimiento de los padres del menor para la adopción.

(60) Se alega simplemente que tal reforma se justifica “en razones obvias y tiene adecuada compensación en la remisión al prudente arbitrio judicial”.

subjetivo de la adopción simple con la plena, las mayores diferencias se observan, por parte de los adoptantes, en que no hay limitaciones para los cónyuges, y respecto de los adoptados, en que no las hay para los mayores de catorce años.

5. EL NEGOCIO JURIDICO ADOPCIONAL

Uno de los aspectos más interesantes de la reforma, desde el punto de vista dogmático, es la caracterización del negocio jurídico adopcional, para lo cual la nueva Ley suministra nuevos datos y una técnica más depurada que la anterior normativa. Con todo, las dificultades para llegar a conclusiones seguras no se han superado debido a circunstancias de diversa índole. Ante todo, por las vacilaciones doctrinales en torno a la figura genérica del negocio jurídico de Derecho de familia, a lo que debe sumarse la falta de acuerdo en la doctrina anterior (61), y la complejidad de fuentes legales en materia procesal y registral.

Si bien había vacilaciones doctrinales acerca de la vigencia de los arts. 1.825 a 1.832 de la L. E. C. (62), la práctica tendía a considerarlos vigentes, y es lo que probablemente ocurrirá ahora, hasta que no se reforme dicha Ley. Urge una detenida labor de exégesis de aquellos preceptos para impedir que por pura rutina queden frustradas las finalidades de la nueva Ley de adopción.

El art. 1.825 presupone que no en todos los casos era necesaria la intervención judicial, aparte de calificar de "licencia" a lo que el art. 173 denomina "aprobación" del Juez competente. La tramitación procesal que contiene aquel precepto responde a la de los actos de jurisdicción voluntaria, adaptable al nuevo régimen, con tal que la prueba que se enumera no deba entenderse limitada a la documental y testifical. Por lo demás resulta muy actual la exigencia de que se ofrezca prueba "sobre la utilidad de la adopción para el adoptando".

El art. 1.826 debe acomodarse a la nueva función que la Ley atribuye a los padres del adoptando en el negocio adopcional. En la adopción de menores abandonados ya no es necesario el consenti-

(61) Una completa exposición de teorías acerca de la naturaleza jurídica de la adopción, últimamente en DE LA VALLINA DÍAZ: *Op. cit.*, pp. 439 y ss.

(62) Dice MADRUGA: *Op. cit.*, pp. 757, que "la forma de la adopción se encuentra establecida por los arts. 176 y 177 del Código Civil y los arts. 1.825 a 1.832 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", añadiendo que "son aplicables a la adopción los textos antes citados en cuanto sean compatibles, pero las incompatibilidades se resolverán dando preferencia al Código Civil, según entiende Royo Martínez". LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 428, nota 6, afirman de modo genérico que los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil "deben ser concordados con el Código Civil" y que "es lástima no se redactasen de nuevo esos preceptos —como se hizo con otros de la Ley de Enjuiciamiento Civil— con ocasión de la reforma de 1958". En cambio, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *En torno al consentimiento*, etc., cit., pp. 73 y ss., parece considerar ilimitadamente vigentes los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

timiento de los padres (art. 174,1); respecto de los demás casos, si bien en principio la letra C) del art. 173 exige que se preste tal consentimiento, conjuntamente o por separado, el propio precepto autoriza al Juez a prescindir del mismo si, citados para prestarlo, no han concurrido, o si no ha sido posible citarlos (pár. 4.º). Hay que concluir que la norma del párrafo 2.º del art. 1.826 L. E. C. se ha convertido de obligatoria en facultativa.

El art. 1.827 debe entenderse derogado por el párrafo 3.º del artículo 173. Ahora el Juez se limitará a oír al adoptando menor de catorce años, sin que le vincule su disentimiento.

El art. 1.828 debe entenderse en el sentido de que la información testifical ofrecida por el adoptante no está condicionada en su aceptación a que el adoptando menor de catorce años no se oponga a la adopción, ni a que presten su consentimiento el padre o la madre.

La intervención del Ministerio Fiscal que previene el art. 1.829 deberá tener una mayor amplitud; su dictamen deberá comprender no sólo los requisitos de forma sino de fondo, y además los casos de especial valoración a que se refiere el art. 173. Debe entenderse que podrá solicitar toda clase de pruebas, incluso el dictamen de expertos.

El art. 1.831 puede mantenerse en su primer párrafo con la oportuna modificación terminológica, y entenderse modificado en su segundo párrafo de acuerdo con el art. 173 del C. c.

El art. 1.832 debe entenderse derogado.

Hay que realizar la acomodación de los preceptos registrales a la nueva normativa de la adopción. En una visión general cabe observar lo siguiente:

Debe reputarse vigente el art. 46 de la Ley de Registro Civil en cuanto ordena que la adopción se inscribirá al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento. En cambio, el art. 56 de la misma deberá entenderse aplicable sólo a la simple adopción en cuanto esté de acuerdo con el art. 180 párrafo 2.º C. c.

Algunas modificaciones habrán de producirse en los correlativos artículos del Reglamento. Así, mientras en el art. 201 en su primera proposición parece plenamente conforme con el art. 178,3 C. c., en cambio puede plantearse la duda de si en la adopción plena formalizada por una mujer tendrá aplicación lo dispuesto en la proposición final. El art. 202 sólo será aplicable a la adopción simple, e igualmente el artículo siguiente. Por último, el art. 204 parece tendrá aplicación en ambas clases de adopción.

Para determinar las partes que intervienen en el negocio adopcional procede definirse previamente acerca del carácter unilateral o bilateral del mismo.

Entiendo que la adopción es un negocio bilateral (63), y que las

(63) En este sentido, LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 430; SERRANO: "Consentimiento para la adopción", en *Revista de la Obra de Protección de Menores*, loc. cit., p. 151; DE LA VALLINA DÍEZ: *Op. cit.*, p. 453. Como puntualiza Serrano, el negocio será plurilateral cuando se trate de adop-

partes intervenientes son, por un lado, el adoptante --o adoptantes en la adopción conjunta--, y, de otra, el adoptando si es mayor de catorce años, pudiendo ser suplido si es menor de esta edad no por su padre, madre o tutor, sino por el Juez.

El consentimiento del adoptante o adoptantes no plantea especiales problemas y no debe faltar nunca. El consentimiento del adoptando capaz mayor de veintiún años, tampoco ofrece dificultad. Pero si siendo menor de edad es mayor de catorce años, se puede preguntar si su voluntad es la básica para la adopción, o si la suple su padre, madre o tutor por la vía de la representación legal. A la vista de la regulación total del art. 173 soy del parecer que, en nuestro Derecho, conforme a la Ley de 1970, el mayor de catorce años es capaz de consentir su propia adopción con el complemento del "consentimiento" de su padre, madre o tutor. La adopción de un menor de 14 años sigue siendo un negocio bilateral, lo que ocurre es que la Ley no encienda suplir su voluntad al padre, madre o tutor, sino al propio Juez, quien aunque dichas personas no la presten "resolverá lo que considere más conveniente para el adoptado"; llego a tal conclusión como consecuencia de la norma que estima únicos consentimientos relevantes los del adoptante y adoptado (mejor, adoptando). Por lo demás, la declaración de voluntad de las indicadas partes requerirá el complemento e integración conforme al art. 173, y que luego estudiare.

A) *Carácteres del negocio jurídico adopcional.*

La adopción en nuestro Derecho es un negocio jurídico de Derecho de Familia puro, habiendo desaparecido el carácter patrimonial que en el régimen derogado ofrecía el pacto sucesorio; tiene por finalidad la creación de un vínculo de filiación equiparado en gran parte a la filiación legítima (art. 176,1) o, eventualmente, a la filiación natural (art. 180,3).

Es un negocio bilateral, con causa típica o, mejor, con un motivo —"la conveniencia del adoptado"— que el legislador ha elevado a causa, y cuya falta o falsedad podrá dar lugar a su impugnación conforme a la doctrina general del negocio jurídico.

Es irrevocable (art. 177,1), solemne y, probablemente, no admite la representación (64). Es un negocio jurídico complejo que se ca-

ción conjunta por ambos cónyuges. Cuando adopta sólo uno, con el consentimiento del otro, entiendo por mi parte que el negocio es bilateral; lo propio cuando el adoptado es casado y consiente su cónyuge. Tales consentimientos integrarán, respectivamente, las declaraciones de voluntad del adoptante y del adoptado, sin que por el hecho de ser emitidas se transforme el negocio en plurilateral.

(64) Podría invocarse por analogía la posibilidad de representación en el matrimonio civil; en contra podrá alegarse que la regulación del art. 173 muestra una cierta hostilidad del legislador a que la voluntad del adoptando menor sea suplida por sus representantes legales, de lo que cabría inducir un criterio legislativo contrario a todo tipo de representación.

racteriza por una fuerte intervención del Estado a través del control judicial, exigiéndose la aprobación del Juez competente con intervención del Ministerio Fiscal (art. 173,1), y, en ocasiones, una declaración previa de la situación de abandono del adoptando (art. 174), así como una especial valoración de determinadas circunstancias concurrentes (art. 173, párrafo final).

B) *Momento perfectivo de la adopción.*

Se trata de un tema polémico en la doctrina anterior a la nueva Ley, y respecto del cual la E. de M. ha querido pronunciarse en forma, obviamente, no vinculante para el intérprete.

“No se han introducido modificaciones sustanciales en la consideración de la adopción como un acto, a la vez, consensual y forestal, que requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de la escritura pública, todo ello con igual valor constitutivo.”

En la nueva Ley el proceso formativo de la adopción consta de tres fases claramente diferenciadas: la *judicial*, en la que se emiten las declaraciones de voluntad básicas con los complementos exigidos por la ley, culminando en la aprobación por el Juez; la *notarial*, consistente en el otorgamiento de la escritura de adopción con el contenido obligatorio y el facultativo (por ejemplo, los pactos sobre el uso de apellidos en la adopción simple), debiendo aclararse que, en la nueva normativa este último ha perdido trascendencia; la *registral*, inscribiéndose en el Registro Civil correspondiente mediante anotación al margen de la partida de nacimiento del adoptando.

Estas tres etapas en el *iter* negocial de la adopción no son forzosas ni se configuran de igual forma en todos los ordenamientos (65); en el proceso de elaboración de la presente ley, la Enmienda Bosch Estivill propuso la supresión de la fase notarial (66), lo cual fue re-

Con anterioridad a la nueva Ley, SERRANO: *Op. cit.*, p. 149, opinaba: “La representación que cabe es la de la persona del menor o incapaz que ostentan el padre o madre, ejercientes de la patria potestad, o, en su caso, la persona que debe prestar su consentimiento al matrimonio. También se ha postulado la posibilidad de que se aplique la doctrina del art. 87, referente al matrimonio por poder, y en la realidad se da la representación repetidas veces cuando se trata de la adopción de menores expósitos o acogidos a establecimientos de beneficencia, porque los Presidentes de las Diputaciones Provinciales o de las Juntas de Protección de Menores se hacen representar por otros, sin que se haya visto dificultad en ello.” Con arreglo a la vigente normativa, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *Op. últim. cit.*, pp. 49 y ss., se muestra a favor, tanto de la representación legal como de la voluntaria.

(65) Ultimamente, con amplitud, DE LA VALLINA DÍAZ: *Op. cit.*, pp. 438 y ss.

(66) La Enmienda Bosch Estivill proponía la siguiente redacción del párrafo 1º del art. 175: “Autorizada la adopción por el Juez, se expresarán ante su presencia las condiciones con que se realice, de lo que se levantará el oportunuo documento, que se inscribirá en el Registro Civil correspondiente.” Se aducía la siguiente justificación: “Se suprime el trámite de otorgamiento de escritura pública por razón de economía procesal y por considerar que es

chazado por la Ponencia por no aducirse “razones convincentes”, que, sin embargo, sí habían sido alegadas por la doctrina (67).

Frente al parecer de la mayor parte de la doctrina anterior (68), entiendo que la nueva Ley ofrece base para considerar como momento perfectivo del negocio de adopción el de la aprobación judicial después del intercambio de consentimientos entre el adoptante y el adoptado. El párrafo final del art. 173 prevé el supuesto de que “concurran todos los requisitos necesarios para la adopción”, frase un tanto incorrecta que hay que interpretar en el sentido de que es necesaria, además, la aprobación judicial por ser conveniente al adoptado, pero que revela el pensamiento del legislador de no ser la escritura pública un requisito *ad sustantiam*, pues en otro caso hubiera hecho alguna alusión al mismo. El primer párrafo del art. 175 ofrece el mismo argumento textual que el derogado artículo 177, expresándose en pretérito y refiriendo la aprobación a la adopción en su fase judicial y no a la escritura. La doctrina ha matizado el significado de los términos “autorización” y “aprobación”; como escribe Vallina Díaz (69), “tanto la autorización como la aprobación representan medios de expresión de un control en cuanto el Estado —a través del Juez, en este caso— valora el negocio jurídico privado en su utilidad, oportunidad y conveniencia. La diferencia está en que la aprobación sigue al negocio y la autorización lo precede”. Pues bien, el proceso de elaboración legislativa del art. 173 revela bien a las claras el propósito de precisar los términos utilizados, y la sustitución de “autorización” contenida en el PG. por “aprobación” en el IP., en virtud de la Enmienda Batlle, adquiere así todo su significado.

De acuerdo con la opinión expresada, no será posible el desistimiento unilateral de cualquiera de las partes en el período comprendido entre la aprobación judicial y la formalización de la escritura (70); la muerte o incapacidad de cualquiera de las partes en dicho

conveniente la presencia del Juez al conocer las condiciones de la adopción para que continúe en función de velar por el adoptando.”

(67) Cfr. CAMY Y SÁNCHEZ-CAÑETE: *Op. cit.*, pp. 73 y ss.

(68) LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 430; SERRANO: *Op. citado*, pp. 149 y ss.; DE LA VALLINA DÍAZ: *Op. cit.*, p. 454. Para la nueva normativa, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *Op. últim. cit.*, p. 81, se limita a seguir la orientación marcada por la E. de M. de la misma.

(69) DE LA VALLINA DÍAZ: *Op. cit.*, p. 449.

(70) No podrá hablarse, parece, como hacen LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 433, nota 11, de que el adoptante puede desistir después del auto judicial, incurriendo en una especie de *culpa in contrahendo* o de responsabilidad análoga a la de incumplimiento de esponsales. A la misma tesis se adhiere DE LA VALLINA DÍAZ: *Op. cit.*, p. 455, nota 147, quien la prefiere por las dificultades de prueba que presentaría la culpa extracontractual. Por su parte, SERRANO: *Op. cit.*, pp. 153 y ss., ofrece una solución más matizada: “Quienes han pedido la adopción por su mutuo acuerdo homologado por el Juzgado o por la Administración y el Juzgado pueden desistir de llevar a cabo la adopción, dejando de otorgar la escritura pública. En cuanto al desistimiento unilateral habría que tratar de diferente modo el del que consintió por el adoptado y el del adoptante. El primero no debe contar porque la adopción se establece en beneficio del adoptando y esta circunstancia ha sido encontrada concurrir en la aprobada definitivamente por el

período de tiempo no afectarán a la existencia de la adopción, aunque produzcan otros efectos que serán consecuencia de una adopción ya realizada (71).

De lege ferenda cabe postular la supresión del requisito de la escritura pública (72), pero mientras subsista en la ley debe configurarse como requisito documentador del negocio de adopción, que facilita su inscripción en el Registro Civil. Lo expresa acertadamente —sin compartirlo— Vallina Díaz (73): “El notario da fe de que la adopción existe, pero no la produce”.

C) *Formación del negocio adopcional.*

De las tres fases en que se desarrolla la adopción, la más importante es la primera o judicial, no sólo por estar detalladamente regulada en los arts. 173 y 174, sino porque representa la fase constitutiva del negocio adopcional.

Juez. En cuanto al desistimiento del adoptante habrá que pensar que a quien cambia de parecer y ya no quiere soportar la carga de un hijo adoptivo, será un error gravemente perjudicial para el adoptando, el que a pesar de todo tenga que pasar al poder y compañía del adoptante. Si la ley autoriza al Ministerio Fiscal a pedir la extinción de la adopción cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado, con mayor motivo no deberá establecerse este vínculo cuando va a faltar el cariño y ternura, así como el sacrificio necesario a la gestión de padre. Puede ocurrir también que un Presidente de la Diputación o de la Junta de Protección de Menores reciba, después de aprobada la adopción por el Juez, verídica información de conducta del adoptante, contraria a la primeramente recibida, por lo cual podría justamente negarse a otorgar la escritura de adopción y la consiguiente entrega del adoptando”. Con posterioridad a la Ley de 1970, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *Op. ultim. cit.*, pp. 82 y ss., sostiene una postura intermedia: “No cabe de suyo la revocación del consentimiento prestado en el expediente judicial, una vez dictada resolución aprobatoria definitiva y firme, puesto que, aparte el carácter constituyente que lo impide, es aplicable la prohibición establecida por el art. 1.818-2.^º de la Ley de Enjuiciamiento civil. Ahora bien, de aquí no se desprende, de forma inexorable, que la adopción haya de perfeccionarse, puesto que cabe perfectamente que ambas partes desistan del otorgamiento de escritura, de común acuerdo”; cita a Serrano y se muestra disconforme con su opinión, invocando el art. 1.279, pronunciándose a favor de mantener la vigencia del consentimiento durante cierto tiempo; “respecto al desistimiento del consentimiento prestado —añade—, antes de haber recaído resolución judicial o ser ésta firme, cabe aducir las mismas razones de fondo para su inviabilidad”, si bien, citando a Gambón Alix, hace observar que formalmente habría contención y ya no se podría dictar en vía de jurisdicción voluntaria una resolución homologatoria.

Por mi parte entiendo que la adecuada resolución del problema del desistimiento exige decidir previamente el momento de la perfección del negocio jurídico adopcional, y que una vez fijado, basta aplicar las normas generales sobre los negocios jurídicos.

(71) La muerte del adoptante dará origen a la apertura de su sucesión en la que el hijo adoptivo tendrá los derechos que le confiere la ley.

(72) Como lo propuso CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Op. cit.*, pp. 74 y ss. A sus razones cabe añadir la desaparición del pacto sucesorio en la nueva normativa. Discrepo, sin embargo, de la calificación que el mismo autor hace de la adopción, considerándola como acto jurídico consistente en una simple declaración de voluntad (pp. 47 y ss.).

(73) DE LA VALLINA DÍAZ: *Op. cit.*, p. 455.

a) Fase judicial.

Dice con precisión Vallina Díaz (74):

“La adopción nace a la vida jurídica a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, por el cual el Estado presta su conformidad lo mismo que en otros numerosos negocios jurídicos, y, por medio de ella, los hace válidos; vigila la conclusión de los mismos y los autoriza; coopera a la constitución de un estado que las partes están conformes en constituir; comprueba el requisito de la necesidad y utilidad; colabora a su nacimiento; en definitiva, actúa una finalidad protectora de los derechos privados”.

La nueva normativa ha introducido dos reformas en esta fase: la ha hecho necesaria en todo caso, al suprimir la tramitación administrativa del expediente en el supuesto de los adoptados sometidos a tutela de una Casa de Expósitos u otro Establecimiento de Beneficencia (art. 176,2 derogado); y al exigir en ciertos casos, como requisito previo, la declaración judicial de abandono (art. 174), a la que anteriormente me referí.

Prescindiendo aquí de los aspectos procesales, debe destacarse que en la fase judicial ordinaria se reciben las declaraciones de voluntad, se formulan eventualmente ciertas valoraciones especiales, se valora siempre la conveniencia de la adopción para el adoptado aprobándose mediante un auto.

La nueva Ley ha precisado con mayor exactitud que el texto derogado, la regulación de la prestación del consentimiento. Dice a este respecto la E. de M.:

“Por lo que concierne 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 del adoptando 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 quizás en la figura del asentimiento; si bien la falta en el Código Civil de una acepción 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 a asentir no pudiera efectuarse o, practicada, no concurriere, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptando. El último grado o escala lo ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas: el adoptando 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 adoptando. En tales casos el

(74) DE LA VALLINA DÍAZ: *Op. cit.*, p. 447.

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.”

El consentimiento negocial —al que denomina básico la E. de M.— está constituido por las declaraciones de voluntad del adoptante y del adoptando mayor de catorce años. Para los menores de esta edad se exige, además, el consentimiento —asentimiento le llama la E. de M.— de sus padres o de su tutor. Anteriormente razoné mi opinión de que tales declaraciones de voluntad no suplen a la del adoptando, sino que debe entenderse que pueden ser suplidadas por el Juez, quien “resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando” (artículo 173, párrafo 4.º). Cabe deducir un principio opuesto a la admisión de la representación legal, y, por vía indirecta, idéntica oposición a la representación voluntaria.

Además del consentimiento negocial, el art. 173 requiere otro tipo de consentimiento de difícil catalogación, y que deben prestarlo las siguientes personas: el cónyuge del adoptante en la adopción no conjunta, salvo el caso de que adopte el declarado inocente en virtud de separación legal (art. 172-3.º); el cónyuge del adoptando, salvo el caso de separación legal (art. 173,2 letra B); el padre y la madre del adoptando menor de edad sujeto a patria potestad (art. 173,2 letra C); el tutor con autorización del consejo de familia si la tutela estuviere constituida (art. 173,2 letra D).

La eficacia del consentimiento de estas personas es mayor que la de la licencia otorgada a los menores para contraer matrimonio, pues si el cónyuge, los padres o el tutor, no consienten, el negocio adopcional no puede perfeccionarse. Tal conclusión se desprende, para el cónyuge del adoptante, de la prohibición contenida en el art. 172-3.º, y para los restantes supuestos, del imperativo “habrán de prestar consentimiento para la adopción” del art. 173,2.

Por otra parte, la prestación de tales consentimientos aparece plenamente justificada. Para el cónyuge del adoptante la adopción supone un aumento de cargas en la sociedad conyugal y una reducción de las expectativas sucesorias, aparte de que el legislador —como dice con acierto Gambón Alix (75)— “trate de evitar que mediante un acto unilateral de gran trascendencia uno de los consortes encuentre alterada la situación familiar mediante la inmisión en la familia de un extraño”. El consentimiento del cónyuge del adoptando fue exigido por primera vez en la reforma de 1958, resolviendo dudas de la doctrina anterior; no se fundamenta en la licencia marital, pues tiene que prestarlo la mujer cuando el marido es adoptado, sino en que la adopción produce consecuencias para la familia del adoptado. El consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o la tutela sobre el adoptando aparece, asimismo, plenamente justificado, ya que por

(75) GAMBÓN ALIX: *Op. cit.*, p. 162. Después de la nueva ley, trata ampliamente del tema ARCE Y FLÓREZ VALDÉS: *Op. ultim. cit.*, pp. 59 y ss.

la adopción del hijo se acaba la patria potestad (art. 167-3.º) y la tutela (art. 278-1.º), y si la adopción es plena, se produce una ruptura casi total con la familia de origen.

Pero la nueva normativa ha minimizado, de algún modo, tales consentimientos al disponer que si tales personas no pudieran ser citadas, o si citadas no concurrieran “el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando” (art. 173,4). Es decir, como norma general tales consentimientos sirven para integrar la voluntad negocial de las partes, pero no constituye ya un obstáculo insalvable la imposibilidad de que tales personas sean citadas, o su actitud de no colaboración, todo lo cual será apreciado discrecionalmente por el Juez. Entiendo que el Juez podrá, incluso, suplirlos, dando por cumplido este requisito.

Según el párrafo 3.º del artículo 173 “deberán simplemente ser oídos el adoptando menor de catorce años si tuviere suficiente juicio, 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”. El parecer de estas personas servirá al Juez para formar su convicción, pero no le vinculará en ningún sentido, si bien el párrafo 4.º se refiere sólo al caso de que “comparezcan manifestando su criterio desfavorable a la adopción”. La imposibilidad de citación, o la incomparecencia, siguen análogo régimen que en el caso anterior.

Es de notar que el texto legal no exige imperativamente que se oiga a otras personas que también pueden estar interesadas en la adopción. Así ocurre con los ascendientes del adoptante cuyas expectativas sucesorias se ven afectadas por la adopción; con los descendientes del propio adoptante, pese a que la circunstancia de tener hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos obliga al Juez a una especial valoración de la conveniencia de la adopción para el adoptando; y con los descendientes del adoptando a quienes, siendo menores de edad, afecta el cambio de apellidos de sus padres. Parece, sin embargo, que entre las facultades discretionales del Juez entra la de oír a estas personas.

Un considerable acierto de la nueva normativa ha sido la exigencia de la conveniencia de la adopción para el menor como presupuesto expreso de ésta. Se trataba de un requisito omitido inexplicablemente en la reforma de 1958, pese a lo cual la doctrina lo consideraba vigente sobre la base del art. 1.831 L. E. C. (76). La ley encomienda al Juez la apreciación de tal conveniencia, la que no puede entenderse

(76) Refleja la *communis opinio* GAMBON ALIX: *Op. cit.*, p. 149. Para SERRANO: *Op. cit.*, p. 151, “la adopción es un negocio jurídico causal, porque legalmente... se produce por razones de pura liberalidad, pensando en el bien del adoptando. La causa es a título gratuito, fundado en la mera liberalidad del bienhechor y como todos los negocios gratuitos son *intuitae personae*. Esta causa puede ser ilícita, por ejemplo, adopción de la concubina por el separado de su mujer, o simulada”. Bajo la nueva normativa sería, al menos, discutible, la validez de la adopción contemplada en el caso resuelto por la S. de 30 de mayo de 1951.

cumplida con una mera comprobación de los requisitos de forma. El Juez debe hacer una delicada valoración de todas las circunstancias concurrentes, no limitándose a constatar que los solicitantes poseen la capacidad exigida por la ley, ya que ésta es un presupuesto mínimo; debe exigirse que la adopción se produzca en condiciones óptimas para el adoptado, o, al menos, normales, para lo cual resulta ya imprescindible el asesoramiento de expertos en adopción (médicos, psicólogos, pedagogos, etc.) Procesalmente la aprobación se efectúa mediante auto (art. 1.830 L. E. C.), en el que el Juez ordenará que se lleve a efecto, mandando que se libre y entregue a los interesados el oportuno testimonio para el otorgamiento de la correspondiente escritura (art. 1.831). En la misma resolución podrán efectuarse, en su caso, las valoraciones especiales previstas por la ley (cuando el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos, y cuando se solicita la adopción plena de mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos).

b) Fase notarial.

Se refiere a ella de modo muy sucinto el art. 175.1. "Aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública". Se ha omitido la expresión del derogado art. 177 "expresando en ella las condiciones con que se haya hecho"; lo que acaso se deba a la supresión del pacto sucesorio y al escaso margen concedido ahora a la autonomía de la voluntad en el negocio adopcional. Esta escritura, como expresé anteriormente, es un requisito de documentación del negocio, simple forma *ad probationem* y no *ad sustantiam*, y sólo valdrá en cuanto recoja fielmente las declaraciones de voluntad y la aprobación judicial recaídas en la fase anterior, sin que pueda plantearse siquiera la posibilidad de una variación de contenido (77).

c) Fase registral.

Según el art. 175.1, una vez otorgada escritura pública "se inscribirá en el Registro Civil correspondiente". Como dice Gambón Alix (78) "el hecho de que se trate de una inscripción marginal no tiene trascendencia sustantiva en cuanto a la eficacia del asiento —idéntica a la de las inscripciones principales—, teniendo significado tan sólo a efectos de la ordenación interna registral y en cuanto a la competencia territorial, ya que ésta viene dada en función de la que rige la inscripción de nacimiento, que abre el folio registral de la Sección L". La inscripción de la adopción constituye la prueba normal y privilegiada del acto de adopción, sin que tenga apoyo alguno en el Derecho vigente la doctrina de la Res. de 22 de marzo de 1946,

(77) Por regla general plantean tal posibilidad todos los autores que expresa, o implícitamente, sostienen que el momento perfectivo de la adopción radica en el otorgamiento de la escritura pública. Cfr. GAMBÓN ALIX: *Op. cit.*, p. 176; MADRUGA: *Op. cit.*, p. 758.

(78) GAMBÓN ALIX: *Op. cit.*, p. 178.

según la cual la adopción “no queda perfeccionada sin el requisito esencial de la extensión de dicha nota” (79).

Ahora el párrafo 2.º del art. 175 dicta con carácter general una norma que antes estaba parcialmente contenida en el régimen de la adopción plena. “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”. Parece que ello es una consecuencia indirecta de la equiparación del hijo adoptivo al hijo legítimo, y puede plantear problemas en la adopción simple cuando el adoptado conserva sus propios apellidos. Anteriormente el párrafo 3.º del art. 178 decía: “El Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, los apellidos impuestos al adoptado en su inscripción de nacimiento ni dato alguno que revele su origen”. No prevaleció la Enmienda que proponía la destrucción de las partidas originales de nacimiento del adoptado (80), con lo cual, si bien se eliminaba registralmente todo rastro de su origen, hacía de imposible o muy difícil aplicación el régimen de los impedimentos matrimoniales. También parece un acierto la remisión a la legislación del Registro para expedir certificaciones literales.

6. EFECTOS DE LA ADOPCION

La *ratio legis* de las reformas de la adopción suele radicar en el propósito del legislador de incrementar sus efectos. La española de 1970 no escapa a esta regla. A un mayor reforzamiento y robustecimiento del vínculo adopcional suele responder una relajación del vínculo que une al adoptado con su familia de origen. En la adopción plena, este vínculo es tan tenue que casi llega a desaparecer.

A) *Efectos en general.*

He escrito en otro lugar (81) que el párrafo 1.º del art. 176 establece un principio general de incalculable alcance cuya trascendencia deriva de estar incluido entre las disposiciones generales y que servirá de norma interpretativa de la nueva regulación de la adopción. Conforme al mismo: “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”. Esta norma, según

(79) Vid. la refutación de esta Resolución, con arreglo a la anterior normativa —que reputo válida para la vigente—, en GAMBON ALIX: *Op. cit.*, página 179, nota 121. En general, los aspectos registrales de la adopción están tratadas ampliamente por el autor cit. *op. cit.*, 178 y ss.

(80) Propuesta por la Procuradora Ana Ballenilla Fajardo que la justificaba porque “ninguno de los argumentos esgrimidos a favor de la conservación de estas partidas resultan convincentes frente a los enormes perjuicios producidos al niño por el conocimiento de la verdad de su origen”.

(81) GARCÍA CANTERO: *Aspectos sucesorios de la nueva ley de adopción*, ed. sep., pp. 104 y ss.

la Exposición de Motivos, se mantiene fiel a una tendencia muy difundida en el mundo, que responde al frecuente deseo de los adoptantes y viene a potenciar el instituto de la adopción". No fue objeto de enmienda ni de discusión en el seno de la Comisión. Ahora bien, debemos aclarar en primer lugar, cuál es el significado de la frase "al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo". ¿Habrá identidad total o simple analogía? A juzgar por las intervenciones de los miembros de la Ponencia (82) durante las discusiones en el seno de la Comisión de las Cortes, se trataría de una equiparación total, de suerte que acaso pudiéramos ver un efecto idéntico al de la legitimación por subsiguiente matrimonio (artículos 122 y 123 C. C.) que aquí se produciría a partir de la fecha de la adopción. Con todo, conviene precisar que si la adopción es una fuente de legitimidad, lo es sólo en cuanto crea un *status filii* pero no, sin más, en cuanto crea un *status familiae*. Por otra parte, tanto para la adopción plena como para la simple, el principio de equiparación sufre importantes derogaciones en el orden sucesorio y, para la última, además, en otros campos. Por todo ello puede avanzarse, al menos, la duda de si era oportuna la inserción con carácter de norma general, de un principio que en sí mismo necesita de aclaraciones y que sufre, en su aplicación, importantes limitaciones.

Dentro de los efectos generales de la adopción, aplicables, por tanto a ambas formas, los restantes párrafos del art. 176 contienen normas relativas a la extensión subjetiva del parentesco surgido de la adopción, a la patria potestad y a los efectos de la extinción de la del adoptante.

"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". La norma es reproducción del art. 174 párrafo final de la normativa derogada con la supresión del calificativo "legítimos" relativo a los descendientes del adoptado. El texto pasó sin modificación alguna del P.G. al I.P. Su integración exige la remisión al art. 84, números 5 y 6. Con anterioridad a la última reforma, escribía Madruga (83) que, con relación al adoptante, tenemos *paternitatis legalis* y el hijo adoptivo deviene hijo propiamente dicho de su padre con todos los deberes y todos los derechos que se deriven de esta condición. Ahora hay que decir que por declaración de la Ley, esa paternidad es un vínculo de filiación legítima entre el padre o madre adoptantes y el adoptado, y ello tanto para la adopción plena como para la simple. Habrá parentesco legal entre el adoptante y sus descendientes, tanto legítimos como naturales; la discriminación del régimen anterior en cuanto a los últimos no parecía justificada a la doctrina (84). No hay, en cambio, parentesco entre los ascendientes y co-

(82) Así manifestó Piñar López (de la Ponencia) en la sesión del día 12 de junio de 1970: "Las fuentes de legitimación no están sólo en el matrimonio, sino que se produce también por la vía de la adopción".

(83) MADRUGA: *Op. cit.*, p. 766.

(84) GAMBOA ALIX: *Op. cit.*, p. 236.

laterales del adoptante y el adoptado y su familia, a excepción de los impedimentos matrimoniales (85).

Con carácter también general se establece que “la adopción confiere al adoptante la patria potestad respecto al adoptado menor de edad” (art. 176,3), norma que reproduce el derogado art. 174,1 y que se basa en la idea de que “la adopción representa, de manera primordial y genuina, un instrumento para procurar el traspaso entre dos personas de la patria potestad respecto a otra” (86); este efecto ha sido constante bajo todos los regímenes de la adopción en el C. C. según se desprende de los arts. 167,3 y 278,1. Este efecto, que puede considerarse fin primordial del instituto, no puede producirse cuando el adoptado está ya emancipado o es mayor de edad. La nueva Ley ha generalizado y ampliado una norma para el caso de adopción sucesiva conjunta que antes figuraba en la sección de adopción menos plena. En efecto: “Cuando uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo: legitimado, natural reconocido o adoptivo del otro consorte, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza”. La fórmula el art. 154, párrafo 1.º. Norma lógica que pone de acuerdo el régimen general de la patria potestad con el de la adopción evitando posibles conflictos.

El párrafo 4.º del art. 176 no se contenía en el PG. Aparece en el IP. como respuesta de la Comisión a una Enmienda del señor Angulo Montes concebida en estos términos: “En defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza”. La fórmula acogida, ya no es que recoja literalmente la Enmienda citada, sino que opta por una solución diametralmente opuesta a la propugnada por la doctrina (87), defendida en la enmienda citada y que se justifica en estos términos: “Rota, en virtud de la adopción, la vinculación del adoptado con su familia natural, es la tutela testamentaria o la dativa la institución apropiada para proveer a la guarda del menor o del incapacitado cuando la patria potestad del adoptante se extinga”. En virtud de ello se establece: “Extinguida 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”. Se desprende de esta norma que no se produce una readquisición de la patria potestad por el padre legítimo o natural del adoptado en virtud de una “potestad residual” que algunos autores defendían, sino que la perdida que sanciona el art. 167,3 es definitiva.

La norma citada aclara el pensamiento del legislador acerca de la intensidad de la ruptura que la adopción supone para el adoptado,

(85) Sobre los impedimentos matrimoniales nacidos de la adopción vid. GARCÍA CANTERO: *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español* (Roma-Madrid, 1959), pp. 149 y ss.

(86) GAMBON ALIX: *Op. cit.*, p. 208.

(87) GAMBON ALIX: *Op. cit.*, pp. 216 y ss.

con su familia de origen, y que la doctrina anterior solía afrontar con vacilaciones (88). Parece indudable, por un lado, que el adoptado deberá tener en cuenta su parentesco de consanguinidad y afinidad legítima y natural para los efectos de los impedimentos matrimoniales y, seguramente, con esta finalidad no se ha aceptado la enmienda que proponía la destrucción de las partidas originales; el supuesto permitirá al Juez autorizar una certificación literal conforme al art. 51 Ley. Registro Civil. Pero a excepción de lo indicado, el adoptado parece que no guardará ninguna relación con su familia de origen. A ello puede obedecer la desaparición del párrafo 5.º del derogado artículo 174, conforme al cual: "El adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza" y que figuraba con otra redacción en el PG. En el IP. se dice que así se acepta la Enmienda Arrée; es de observar que esta Enmienda pro-pugnaba "cortar radicalmente todas las relaciones del adoptado con su familia de origen a excepción, únicamente, de los impedimentos para el matrimonio". Si se considera que en la reforma de 1958 desapareció también el inciso final del art. 178, según el cual "el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural a excepción de los relativos a la patria potestad", parece razonable concluir que se ha consumado, o está consumándose, el proceso legislativo de ruptura con la familia natural.

Esta conclusión debe, sin embargo, contrastarse con el régimen especial dictado para cada una de las clases de adopción.

Establecido el principio general de equiparación y delimitada su aplicación, estimo que resulta supérfluo hacer aplicaciones concretas de aquél, como el texto derogado formulaba en los párrafos 2.º (alimentos) y 6.º (tutela y ausencia) del art. 174. La equiparación entre el hijo adoptivo y el legítimo desplegará su eficacia en todo el contenido general y particular del estado del hijo, sin más limitaciones que las expresamente contenidas en la Ley. Preceptos aclaratorios como el párrafo 3.º del art. 772, carecen de sentido; y probablemente se puede afirmar lo propio del art. 20,2 en materia de nacionalidad. Es más dudoso que, por ser una Ley especial, deba reputarse supérflua la referencia a los hijos adoptivos contenida en el artículo 58,1 L. A. U., si bien, en estricta lógica, debieran aquéllos considerarse incluidos, sin más, en la referencia a los descendientes; cabe esperar que en una reforma de L. A. U. se aclare la duda, dando satisfacción a los enmendantes que no lograron ver atendidas sus propuestas al discutirse la Ley de Adopción.

B) *Efectos de la adopción plena*

Se refieren a los apellidos, a los deberes del adoptado con relación a la familia natural, a los derechos sucesorios entre adoptante y adoptado y a los derechos sucesorios de los parientes por naturaleza en la herencia del adoptado.

(88) Cfr. el tratamiento de GAMBON ALIX: *Op. cit.*, pp. 238 y ss.

Puede avanzarse la duda de si era necesaria la norma del párrafo 3.^º del art. 178, pues si, en principio, el hijo adoptivo tiene los mismos derechos que el legítimo y no se dice nada en contra, era inevitable la aplicación del art. 114,1. Sin embargo, hay que concluir por la necesidad de una norma aclaratoria, ya que pudiendo adoptar tanto los viudos como los solteros, el art. 114 no parecía ofrecer un criterio de atribución de apellidos a la legitimidad únicamente *ex patre* o *ex matre*. En consecuencia se establece: "El adoptado, aunque constare su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes". En la adopción conjunta es cuando se dará una total identidad con la filiación legítima en este aspecto, ya que el adoptado tendrá por su orden el primer apellido del padre y el primero de la madre. En la adopción por una sola persona será difícilmente exteriorizable el aspecto de legitimidad que el art. 176,1 proclama. La norma del párrafo 3.^º del art. 178 no dice en qué orden se ostentarán los apellidos del único adoptante. El art. 201 del Reglamento R.C. dice que "el hijo adoptado en forma plena sólo por varón tiene, por el mismo orden, los apellidos del adoptante". Esta norma parece concordar perfectamente con la citada. Si el adoptante es mujer —prosigue dicho artículo— "llevará sus dos primeros apellidos, pudiéndose invertir el orden en la propia escritura o después, con sujeción a las formalidades de la adopción". Es dudoso si esta última norma debe considerarse vigente, aunque debe reconocerse que la apariencia externa de legitimidad se logra mejor, en el caso de la adopción por una mujer, cuando se invierten los apellidos.

Debe reputarse vigente el art. 204 del citado Reglamento. En consecuencia el adoptado transmite el primer apellido a los descendientes y el cambio de apellidos por adopción alcanza a los sujetos a la patria potestad y también a los demás descendientes que expresamente lo consientan en la propia escritura o dentro de los dos meses siguientes.

Dice el párrafo 4.^º del art. 178 que "al adoptado no le serán exigibles deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza". La norma es reproducción, casi literal, de la contenida en el derogado art. 179,2; pero de ésta ha desaparecido el inciso alusivo a la conservación de los derechos sucesorios que se mantuvo en la redacción del PG. Parece que se confirma para la adopción plena la ruptura, en principio total, del adoptado en relación con su familia de origen. Es obvio que el parentesco de sangre no ha desaparecido físicamente pero ha dejado de producir efectos jurídicos; concretamente, al adoptado no le podrán exigir alimentos sus parientes por naturaleza. Aunque el nuevo texto no lo dice, habiendo desaparecido el inciso final del párrafo 2.^º del art. 179, parece lógico que el adoptado no pueda exigirlos de dichos parientes, ni siquiera en el caso de que no pueda obtenerlos del adoptante en la medida necesaria.

De la discusión en las Cortes del proyecto de Ley de adopción se deduce que el adoptado tampoco conserva derechos sucesorios en

relación con sus parientes por naturaleza; lo cual se corresponde, en virtud del principio de reciprocidad sucesoria, con el párrafo final del art. 179, conforme al cual "los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado", si bien, como excepción, se deja a salvo lo dispuesto en el artículo 812.

La materia de los derechos sucesorios de los hijos adoptivos ha sido una de las más debatidas en el seno de la Comisión de las Cortes, y de la que me he ocupado con detalle en otro lugar (89). Como resultado de una transacción entre tendencias contrapuestas, se aprobó, tras un accidentado debate, la siguiente normativa:

"El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, con las siguientes particularidades:

Primera.—Concurriendo sólo con hijos legítimos, y tratándose de sucesión testamentaria, no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido.

Segunda.—Si concurriese con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo.

Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos" (art. 179, párrafos 1.º y 2.º).

Cuando en la sucesión del adoptante concurren exclusivamente uno o varios hijos plenamente adoptados, juega en toda su plenitud el párrafo 1.º del art. 179 ocupando "la misma posición que los hijos legítimos". La complicación surge cuando se da concurrencia de hijos adoptivos con otros legítimos o naturales, haciendo entrar en juego las "particularidades" del art. 179 (90). Si bien que en esta materia se pueda llegar todavía a conclusiones seguras, cabe avanzar las siguientes soluciones provisionales:

a) Sucesión testamentaria:

a') Concurrencia con hijos legítimos.

El texto de la primera "particularidad" habla de "hijos" en plural, pero parece que la norma se aplicará al caso de concurrencia con un solo hijo legítimo. Y aunque no se regula la concurrencia con hijos y nietos legítimos o sólo con nietos, hay que concluir por idéntica aplicación. Sin embargo, parece claro que la mera concurrencia del hijo adoptivo con el cónyuge viudo del adoptante no hace funcionar la particularidad.

Dice Vallet de Goytisolo (91) que hay que felicitar a la Comisión

(89) GARCÍA CANTERO: *Aspectos sucesorios de la nueva ley de adopción* citado.

(90) Vid. observaciones críticas sobre la terminología utilizada en loc. citado, p. 107.

(91) VALLET DE GOYTISOLO: *Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970* en *ADC*. 23 (1970), página 602.

de Justicia de las Cortes que limitó a la mejora ese *no recibir más* del hijo adoptivo, pues extendido a la parte de libre disposición, le hubiese dejado en peor situación respecto a ésta que a cualquier extraño, en una rara versión del tipo de limitación de la vieja Ley *Hac Edictali*. Conforme a la particularidad primera “concurriendo sólo con hijos legítimos... (el hijo adoptivo) no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido”. Ello supone una limitación de la facultad de mejorar al hijo adoptivo para evitar que, por este concepto, perciba más que cualquiera de los legítimos. No se le prohíbe mejorarle pero sí hacerlo en cantidad superior al hijo legítimo menos favorecido. Constituye una limitación de la facultad concedida al testador en el art. 808, párrafo 2.º, que, de otra suerte, juzgaría sin limitaciones, en aplicación del principio de equiparación. La limitación no juega en cuanto al tercio de libre disposición, que podrá ir destinado totalmente al hijo adoptivo.

b') Concurrencia con hijos naturales.

Dice la segunda “particularidad” que si el hijo adoptivo “concurriere con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo”. La norma procede del PG, y ha sido reproducida literalmente en el texto aprobado, habiendo sido propuesta por la Ponencia después de la referida votación en que fue derrotado su Informe, en el que habían desaparecido estas peculiaridades. Estimo que basta la concurrencia de un solo hijo natural para que funcione esta limitación cuyo alcance fundamental consiste en que se descarta la aplicación del art. 840, párrafo 1.º, en el supuesto de que concurran los hijos naturales con uno o varios adoptivos en adopción plena, aplicación que vendría impuesta por la equiparación de éstos a los legítimos. Esta particularidad no se limita literalmente a la sucesión testamentaria, dejando abierta la puerta para que se entienda aplicable la norma a la sucesión abintestato, lo que resulta doblemente vejatorio para los hijos adoptivos. En cuanto a la sucesión testamentaria, es de notar que el precepto no se refiere exclusivamente a la legítima, debiendo concluirse que el hijo adoptivo que concurre con uno o más hijos naturales reconocidos, no podrá percibir por cualquier concepto mayor porción que cualquiera de los naturales (92).

c') Otros supuestos de concurrencia.

La Ley no ha previsto otros supuestos de concurrencia cuya resolución puede ser, por lo menos, dudosa. Así, en el caso de concurrir hijos legítimos, hijos naturales reconocidos e hijos adoptados plenamente, la presencia de, al menos un hijo legítimo, puede apoyar la

(92) A parecidas conclusiones parece llegar VALLET DE GOYTISOLO: *Op. citado*, p. 603. Para GÓMEZ-FERRER SAPIÑA: *Reflexiones sobre el nuevo artículo 179 del Código Civil en RCDI*, 46 (1970), p. 1.194, la norma pretende lograr un mayor número de adopciones de hijos naturales que de extraños, finalidad que, a mi juicio, no aparece muy clara en la ley.

tesis de su equiparación con el adoptivo, lo que conduciría a que la legítima del natural reconocido fuera reducida a la mitad; pero el texto de la primera particularidad no parece apoyar esta solución (93).

La presencia de un único hijo adoptado plenamente, excluirá, sin más, a los ascendientes del padre adoptante por mera aplicación del artículo 807,2. Pero si, además, existe un hijo natural reconocido, ¿será aplicable el art. 841 dándose entrada a los ascendientes del adoptante? Hasta ahora el interrogante no ha recibido respuestas satisfactorias en la doctrina. El problema se ha planteado por falta de encaje del nuevo sistema sucesorio instaurado para la adopción, con el general del Código. En mi opinión debe prevalecer, a este respecto, la equiparación del hijo adoptivo al legítimo y sólo a efectos de la cuantía de las respectivas cuotas hereditarias entrará en aplicación la “particularidad” segunda del art. 179; de ello se deriva la exclusión de los ascendientes.

b) Sucesión abintestato.

El hijo adoptivo único o una pluralidad de hijos plenamente adoptados no originan problemas; en el último supuesto heredarán por partes iguales por aplicación del art. 932.

La concurrencia con hijos legítimos queda fuera del ámbito de aplicación de la primera “particularidad” y se aplicará el criterio igualitario por efecto del principio de equiparación del art. 179, párrafo 1.^o

La concurrencia de hijos adoptivos y naturales reconocidos parece que obligará a tener en cuenta la segunda “particularidad”, equiparándolos a todos. A menos que se entienda —y ello parecería una interpretación forzada— que está sobreentendida la frase “tratándose de sucesión testamentaria” y que la palabra “porción” equivale a “porción legítima”.

La concurrencia de hijos legítimos, naturales reconocidos y plenamente adoptados no está prevista expresamente por el legislador. ¿Tendrá fuerza suficiente la inicial declaración de igualdad del primer párrafo del art. 179 para excluir la segunda “particularidad”? Será

(93) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, pp. 605 y ss., ha realizado un detallado desarrollo de este supuesto de concurrencia, llegando a la conclusión de que “tal vez el número 2 del art. 179 & 1 debe entenderse aplicable exclusivamente al supuesto de concurrir adoptados con adopción plena e hijos naturales no habiendo descendientes legítimos. De ser así, en el supuesto de concurrir las tres clases de hijos no se aplicaría el núm. 2, sino exclusivamente el art. 840”. Diversamente GÓMEZ-FERRER SAPIÑA: *Op. cit.*, pp. 1.197 y siguientes: “En el supuesto de concurrencia de hijos legítimos, adoptivos y naturales reconocidos consideramos que el precepto del párrafo 1.^o, particularidad primera, del art. 179 del Código Civil reformado, es defectuoso en su redacción... Lo más acertado sería interpretar el precepto entendiendo que es de aplicación a todo supuesto de concurrencia de hijos legítimos y adoptivos, aunque además existan otros legitimarios”. Este autor propugna, en definitiva que a todo este párrafo se le aplique un criterio extensivo de interpretación, y no se interprete extensivamente una particularidad y restrictivamente otra cuando ambas forman una unidad de excepción a un principio general de equiparación.

ésta una de las cuestiones que los Tribunales deberán aclarar. También deberán decidir los Tribunales, si basta la presencia de un hijo plenamente adoptado, en concurrencia con hijos naturales reconocidos, para excluir a los ascendientes. Personalmente me inclino por la afirmativa, por razones similares a las expuestas en el supuesto de sucesión testamentaria (94).

c) Derechos sucesorios de los padres adoptantes en la herencia del adoptado.

Dice el penúltimo párrafo del art. 179 que "los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos". Es curioso constatar la quiebra que aquí se ha producido en relación con el principio de reciprocidad, básico en el Derecho de sucesiones, ya que mientras que al hijo adoptivo se le limitan considerablemente, en ciertos casos, sus derechos sucesorios, no ocurre lo propio con el padre adoptante, respecto del cual la Ley no establece ninguna "particularidad"; circunstancia esta última en la que nadie reparó durante la discusión del proyecto en las Cortes.

Tratándose de la sucesión testamentaria de un hijo plenamente adoptado, el principio de equiparación obligará a aplicar los artículos 807-2.º, 809, 810 párrafo 1.º (no así el segundo párrafo, ya que el parentesco adoptivo en línea ascendente no se extiende más allá del primer grado), 811 (cuya aplicación origina muy interesantes problemas interpretativos) y 812. Tratándose de sucesión abintestato, resultarán directamente aplicables los arts. 935, 936 y 938 (95).

C) *Efectos de la adopción simple.*

Conviene aclarar que, también para la simple adopción, rige el principio general de equiparación del hijo adoptivo con el legítimo, tal como lo he expuesto anteriormente al hablar de los efectos en general de la adopción. Las limitaciones en tal equiparación se dan en cuanto al uso de los apellidos, y en cuanto a los derechos sucesorios del hijo adoptivo y del padre adoptante.

El inciso final, párrafo segundo, del art. 180 establece que "a falta de pacto expreso, el adoptado conservará sus propios apellidos". Este supuesto representa el máximo alejamiento de la posición jurídica del hijo simplemente adoptado en relación con el hijo legítimo, ya que aquél difícilmente podrá ser tenido por los terceros como hijo legítimo de su adoptante si no lleva sus apellidos.

(94) Parece adoptar también esta solución VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, p. 604.

(95) A propósito de estos derechos sucesorios a favor del adoptante, escribe VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, p. 610: "Se vislumbra así la posibilidad —en la que no ha pensado la reforma— de adopciones motivadas por la intención de privar a los ascendientes por naturaleza de sus derechos legítimos. Es decir, una adopción intencionalmente no a favor del adoptado, sino contra los ascendientes por naturaleza". He de reconocer que el supuesto me parece difícilmente imaginable, y fácil de ser evitado, si se trata de los padres del adoptado menor de edad, negando su consentimiento a la adopción.

La posibilidad de pacto está prevista en el propio párrafo con una fórmula ligeramente modificada respecto de la contenida en el derogado art. 180 (versión de 1958) y de la propuesta en el PG. Se decía en aquél que “el adoptado podrá usar con el apellido de su familia, el del adoptante si se expresa en la escritura de adopción, en la que en tal caso se establecerá el orden en que haya de usarlos” (96). Ahora el contenido del pacto se refiere también a la sustitución de los apellidos del adoptado —habrá que entender que se trata de los dos que figuren en su partida de nacimiento— por los del adoptante, o por el primero de cada adoptante; subsiste inalterada la facultad de acumular o adicionar un apellido de cada procedencia, exigiéndose —igual que en la norma derogada— que se fije el orden, y de no hacerlo así parece que seguirá teniendo aplicación el art. 202 del Reglamento del Registro Civil.

En cuanto a los derechos sucesorios de los hijos simplemente adoptados, he escrito en otro lugar (97) que el texto aprobado corresponde literalmente al IP., sin que en la Comisión se introdujera modificación alguna. La Ponencia mejoró notablemente la redacción y la técnica del correlativo artículo del PG. Es de notar que una propuesta de equiparar los hijos plenamente adoptados a los hijos naturales reconocidos en el ámbito sucesorio, fue derrotada en la Comisión por un claro margen de votos; era evidente la voluntad de la Comisión de que hubiera diferencias en el tratamiento sucesorio de ambas clases de adopción. Lo que ya resulta menos claro es que, debido a la aplicación de la “particularidad” segunda del art. 179, se produzca en algún supuesto esa equiparación entre el hijo plenamente adoptado y el natural reconocido que se había rechazado con carácter general.

Tratándose de la simple adopción “el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos”. Principio general que no contiene de modo expreso limitación alguna, y que obliga a aplicar los arts. 840 a 847 para la sucesión testamentaria, y los arts. 939 a 945 para la sucesión abintestato.

La concurrencia de hijos legítimos con un hijo simplemente adoptado determinará para éste la aplicación del vejatorio art. 840 que, ciertamente, la Comisión encargada de la reforma de la adopción no podía alterar.

El art. 841 regulará la concurrencia con ascendientes legítimos y con el cónyuge.

En el caso de que a la sucesión del adoptante concurran sólo los hijos simplemente adoptados, por aplicación del art. 842 tendrán éstos derecho a la tercera parte de la herencia en concepto de legítima.

La imputación de donaciones hechas por el adoptante al hijo simplemente adoptado se regirá por lo dispuesto en el art. 847.

Si concurren en la sucesión del mismo adoptante hijos plenamente adoptados con hijos simplemente adoptados, los derechos suceso-

(96) Sobre esta problemática cfr. GAMBON ALIX: *Op. cit.*, p. 199.

(97) GARCÍA CANTERO: *Aspectos sucesorios*, etc., cit., pp. 110 y ss.

rios de éstos serán la mitad de los de aquéllos. Sin embargo, basta la presencia de un hijo natural reconocido para que se produzca la paradójica consecuencia de que los derechos de todos se equiparan a los de los hijos naturales.

En cuanto a la sucesión abintestato, el art. 939 habrá que entenderlo en adelante con el siguiente tenor: "A falta de descendientes y ascendientes legítimos sucederán al difunto en el todo de la herencia los hijos naturales legalmente reconocidos, los legitimados por concesión real y los adoptados en adopción simple". Entre sí heredarán por partes iguales.

El inciso final del párrafo 3.º del artículo 180 dispone: "El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural". Aparentemente esta norma no plantea problemas de interpretación; pero agudamente observa Vallet de Goytisolo (98) que faltan criterios para resolver los posibles supuestos de concurrencia con la familia de origen, ya esté representada por el padre legítimo o por el padre natural. Antes, sin embargo, de dilucidar este problema hay que resolver si entre el adoptado y su familia de origen se conservan recíprocamente derechos sucesorios.

D) *Derechos sucesorios en relación con la familia de origen del hijo adoptivo.*

Los autores que, bajo la nueva Ley, se han ocupado del tema no se muestran conformes en su solución. Así, mientras Gómez-Ferrer Sapiña (99) de manera general, y sin distinguir entre ambas clases de adopción, sostiene que los adoptados no conservan derechos sucesorios en la familia por naturaleza, por su parte Vallet de Goytisolo (100) entiende que, en cuanto a la adopción plena, deben mantenerse vigentes los derechos del adoptado respecto de sus ascendientes por naturaleza; postura que defiende asimismo Chico Ortiz (101) porque se pondrían en duda los derechos adquiridos y, además, porque en el caso de que un cónyuge adoptase al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte, se perderían los derechos sucesorios respecto del padre o madre por naturaleza (102).

Por mi parte entiendo, como he escrito en otro lugar (103), que no resulta fácil construir el sistema sucesorio querido por el legislador en relación con la familia de origen; hay que conjugar normas expresas y silencios legales que pueden ser significativos cuando se refieren al sistema anterior derogado.

(98) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, pp. 610 y ss.

(99) GÓMEZ-FERRER SAPIÑA: *Reflexiones sobre el nuevo artículo 179 del Código Civil en RCDI*. 46 (1970), p. 1199.

(100) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, p. 610.

(101) CHICO ORTIZ: *La adopción y el Registro de la Propiedad en RCDI*. 46 (1970), p. 1468.

(102) El autor incluye también al hijo adoptivo del otro cónyuge, pero aquí el argumento carece de fuerza porque no se trata de un "pariente por naturaleza".

(103) GARCÍA CANTERO: *Aspectos sucesorios* cit., p. 114.

Conviene determinar previamente las clases de parientes que aquí consideramos con posible derecho a suceder y a ser sucedidos, y la clase de sucesión.

Bajo la expresión “parientes por naturaleza” del último párrafo del art. 179 hay que entender tanto los parientes legítimos como los naturales reconocidos, pero en ningún caso se incluirán aquí los parientes adoptivos, ya que no lo son “por naturaleza”. Tampoco se incluirán los descendientes (tanto legítimos como naturales reconocidos) (104), ni el cónyuge del adoptado. Por exclusión hay que concluir que se trata de los ascendientes y de los colaterales, como con mayor precisión dice el art. 178, párrafo 4º.

Ni el adoptado, ni sus ascendientes por naturaleza en el sentido indicado, ostentarán recíprocamente derechos en cuanto a la legítima cuando se trata de la adopción plena; en cuanto al adoptado se deduce esta conclusión de la supresión en el texto definitivo del último párrafo del art. 176 del PG., conforme al cual: “La adopción no priva al adoptado de los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza”; en cuanto a los ascendientes por naturaleza lo dispone así el párrafo final del art. 179. Pero es obvio que estas personas —así como los colaterales a que antes aludí— podrán suceder y ser heredadas por vía testamentaria en la parte de libre disposición. En cuanto a la sucesión abintestato, entiendo que se aplicará idéntica regla que para la legítima.

En cuanto a la adopción simple, anteriormente me había inclinado a pensar en la supresión de los derechos sucesorios en relación con la familia de origen, apoyándome, en lo relativo al adoptado, en la supresión del último párrafo del art. 176 del PG. Frente a este argumento negativo considero de mayor peso el precedente de la doctrina anterior (105), y, ante el silencio de la nueva normativa, opto por la subsistencia de derechos sucesorios entre el adoptado y su familia de origen en el supuesto de adopción simple (106).

Pese a la desaparición de derechos sucesorios que se produce en la adopción plena entre el adoptado y sus ascendientes y colaterales por naturaleza, la nueva Ley ha dejado a salvo lo dispuesto en el art. 812. La norma del inciso final del último párrafo del art. 179 se justifica técnicamente porque, al carecer los ascendientes de derechos sucesorios por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, no podía entrar en juego esa excepcional figura que la doctrina denomina *recobro mortis causa* de las donaciones hechas a los descendientes. La

(104) En el mismo sentido CHICO ORTIZ: *Op. cit.*, pp. 1467 y ss.

(105) Así escribe MADRUGA: *Op. cit.*, p. 768: “Entendemos con Espín que resulta extraño que ningún precepto se dedique a los derechos sucesorios de la familia de origen en la adopción menos plena. Este silencio, unido a 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”. En el mismo sentido GAMBON ALIX: *Op. cit.*, p. 294.

(106) Despues de la reforma de 1970 se inclina a la opinión contraria CHICO ORTIZ: *Op. cit.*, p. 1472: “El reconocimiento de los derechos del adoptante parece excluir los derechos de la familia natural”.

norma es poco clara en su intrínseca motivación, y acaso obedezca a un propósito de compensación de la privación de derechos sucesorios en la herencia del adoptado; procedía, con distinta redacción, del PG. y la Ponencia le dio la redacción actual siguiendo la orientación de la Enmienda Batlle (107); en mi opinión está destinada a desaparecer por ir en contra del movimiento favorable a la supresión de toda vinculación con la familia de origen. Anteriormente he defendido (108) que, ante el silencio del art. 180, había que concluir por su no aplicación a la adopción simple; entiendo ahora que, respetados los derechos sucesorios de los ascendientes por naturaleza, no era preciso que el legislador ordenara expresamente que se respetara lo dispuesto en el art. 812 C. c., ya que dicho precepto se aplicará normalmente cuando a la sucesión del adoptado concurren sus ascendientes por naturaleza.

7. INEFICACIA Y EXTINCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO ADOPCIONAL

Esta materia no aparece regulada con claridad en la nueva Ley. El art. 177 no contempla los supuestos de ineficacia del negocio jurídico adopcional, como tampoco los tenía en cuenta el texto derogado, ni mucho menos el art. 180 de la primitiva redacción del C. c. Entiendo que habrá que aplicar las categorías correspondientes a los negocios jurídicos familiares con sustancial apoyo en la normativa del matrimonio civil (109). No hay duda de que la adopción será nula por defecto de capacidad, por falta de consentimiento del adoptante y del adoptado mayor de catorce años, por inexistencia o ilicitud de la causa (110), por no haber recaído la aprobación judicial o por defecto de forma (111). El error, la violencia y la intimidación

(107) La Enmienda Batlle proponía lo siguiente: "Los parientes por naturaleza no tienen derecho alguno a la sucesión forzosa o abintestato del adoptado. Pero si éste muere intestado y sin descendencia, dejando bienes o derechos adquiridos a título lucrativo de sus parientes por naturaleza, sucederán en ellos los parientes donantes, si existieren, o los herederos de éstos que se hallen dentro del cuarto grado civil del parentesco con el adoptante causante".

(108) GARCÍA CANTERO: *Aspectos sucesorios* cit., p. 115.

(109) LACRUZ-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 432, se limitan a decir que las categorías de ineficacia del negocio jurídico se aplican a la adopción en la medida en que resulte adecuada.

(110) GAMBON ALIX: *Op. cit.*, p. 305, considera a la adopción como contrato de pura beneficencia y, en consecuencia, estima que carece de causa aquella en que medie precio, recompensa o promesa. Asimismo, para SERRANO: *Op. cit.*, p. 151, "la adopción se produce por razones de pura liberalidad, pensando en el bien del adoptando. La causa es a título gratuito, fundado en la mera liberalidad del bienhechor y como todos los negocios gratuitos son *intuitus personae*. Esta causa puede ser ilícita, por ejemplo, adopción de una concubina por el separado de su mujer...".

(111) Pese a haber desaparecido inexplicablemente el párrafo 3.º del artículo 176 según el cual: "Será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos".

harán anulable la adopción; en mi opinión la simulación es posible y relevante (112), siendo más dudosa la relevancia del dolo.

Hay que tener en cuenta, además, las nulidades expresas por infracción de prohibiciones legales; así ocurrirá con la adopción realizada por una persona casada sin consentimiento de su cónyuge, o la efectuada por dos adoptantes no casados respecto de la misma persona. Hay, finalmente, declaraciones de voluntad que integran el consentimiento negocial y cuya falta acarrea la ineficacia del negocio; así ocurre, en principio, con el consentimiento del cónyuge del adoptando y con el de los padres del mismo menor de edad o con el del tutor previamente autorizado por el Consejo de Familia.

Pero el art. 177 contiene una específica normativa acerca de la extinción de la adopción que merece la siguiente justificación al legislador en la E. de M.:

“La extinción de la adopción continúa sometida a causas taxativas en las que ha procurado acentuarse el matiz restrictivo. De ahí que tenga verdadero 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 natural del adoptado o su legitimación no afecta a la adopción, comprende en el Proyecto, además, el supuesto de la prueba de la filiación legítima.”

El nuevo art. 177 dice lo siguiente:

“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:

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

2.º 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.

3.º El Ministerio Fiscal, siempre que lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado.

(112) SERRANO: *Op. cit.*, pp. 151 y ss., se ocupa ampliamente de la simulación en la prestación del consentimiento para la adopción, llegando más bien a soluciones negativas sobre su posibilidad en el Derecho español.

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

La redacción definitiva coincide sustancialmente con la redacción del PG. del que únicamente se diferencia por la abreviación de los plazos de impugnación.

El art. 180 de la primitiva redacción del C. c. ofrecía un texto sumamente escueto: “El menor o incapacitado que haya sido adoptado, podrá impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad.”

En la E. de M. de la Ley de 1958 se argumentaba: “La adopción ha de gozar de la mayor estabilidad, pues afectando profundamente al estado y condición de las personas, sería perturbador dejar su subsistencia supeditada a la voluntad concorde o unilateral de los interesados. Atendiendo a tan fundadas razones, se ha declarado irrevocable.” La nueva normativa se inscribe en la misma línea, si bien se han introducido ciertas reformas de estructura y de contenido.

Parece acertada la individualización de los tres supuestos en que cabe ejercitar la acción de extinción de la adopción, ya que la legitimación del Ministerio Fiscal no tiene nada que ver con la de los padres legítimos o naturales del adoptado. El orden actual parece más lógico. La abreviación de plazos está conforme con el interés de reducir la incertidumbre en cuanto al *status* de hijo adoptivo. En cambio, la regulación de los efectos de la extinción ha experimentado un giro importante, pareciendo excesiva la retroactividad de la extinción de los efectos personales de la adopción. Hay reformas de redacción que, en general, merecen un juicio favorable.

La orientación del legislador español no parece coincidir con la seguida en leyes extranjeras recientes, las cuales normalmente distinguen entre la adopción plena y la adopción simple o restringida. Así ocurre con la ley francesa de 11 de julio de 1966 y con el nuevo Código civil portugués.

El art. 359 del *Code* se limita a declarar, después de la reforma de 1966, que la adopción plena es irrevocable, añadiendo los comentaristas (113) que, al igual que ocurría con la legitimación adoptiva, los efectos de la adopción son definitivos, sin excepción de ninguna clase, aunque no hay obstáculo a que el hijo adoptado vuelva a ser adoptado en caso de muerte del o de los adoptantes.

Tratándose de la adopción simple, dispone el art. 370 que puede ser revocada por motivos graves, tanto a petición del adoptante siempre que el adoptado haya cumplido los quince años, como por el adoptado, o, si es menor, por sus padres o por cualquier miembro de la familia de origen hasta el grado de primos hermanos inclusive. La revocación produce efectos para el futuro (art. 370-2).

Según el art. 1.986 del C. c. portugués, la adopción plena no es revocable, ni siquiera por acuerdo entre los adoptantes y el adopta-

(113) MORIN: *La réforme de l'adoption* (Paris, 1967), p. 32.

do; pero cabe una revisión en cualquier tiempo de la resolución judicial que ha decretado la adopción siempre que concurren las siguientes circunstancias: que se demuestre la filiación legítima del hijo adoptivo, que los padres no hayan tenido culpa en el abandono del adoptado y que prueben que por todos los medios a su alcance intentaron encontrarlo, y que el adoptado consintiera en la revisión de la resolución judicial, siendo mayor de catorce años y estando en el uso de sus facultades mentales.

En cambio, para la adopción restringida dispone el art. 2.000 que puede revocarse a requerimiento del adoptante o del adoptado cuando se verifiquen alguno de los hechos que justifican la desheredación de los herederos legítimos. El artículo 2.001 amplía esta posibilidad, siendo el adoptado menor de edad, a los padres naturales, al Ministerio Público y a la persona a cuyo cuidado estaba el adoptado antes de la adopción, siempre que se verifique alguna de las circunstancias siguientes: que el adoptante deje de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, o que por cualquier causa la adopción deje de ser conveniente a la educación o a los intereses del adoptado.

¿Cuál es el significado de la irrevocabilidad proclamada en el primer párrafo del art. 177? Por de pronto que no sería válida una condición resolutoria impuesta en el negocio adopcional, ni tampoco la aposición de un plazo resolutorio; profundizando en la idea, hay que deducir que no produce efectos el mutuo disenso de las partes, ni, en principio, la resolución unilateral; tampoco parece admisible la resolución por incumplimiento del art. 1.124 del Código Civil —con la salvedad parcial de la acción concedida al Fiscal—, ni la cláusula *rebus sic stantibus*. Por último, que las excepciones que a continuación inserta el precepto deben interpretarse restrictivamente.

El segundo párrafo del artículo 177 no tiene adecuado encaje con el resto del precepto, y sólo una leve relación con el principio de irrevocabilidad, del que el legislador ha pretendido no hacer excepción. La norma parece significar que la alteración de las circunstancias que han presidido la adopción no produce la extinción de la misma; así, si se adoptó a un niño abandonado sin filiación conocida, el posterior reconocimiento por sus padres naturales no alterará el *status* de hijo adoptivo; ahora se ha añadido que tampoco modifica tal *status* la prueba de la filiación legítima, sin duda por el principio general de equiparación establecido en el párrafo 1.º del artículo 176.

El párrafo 3.º viene a representar a modo de excepciones al principio de irrevocabilidad, si bien la calificación jurídica de las mismas resulta poco clara, exigiendo un análisis individualizado. ¿Qué quiere decirse con la frase “podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción”? En la anterior doctrina no había unanimidad (114) y la nueva normativa no arroja suficiente luz para una

(114) LACRUZ-SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, p. 434, resumen así el estado anterior de la doctrina: “Espín los considera casos de revocación y echa de

solución definitiva. Los motivos por los que se concede esta facultad de extinción del negocio adopcional, unos son coetáneos a su celebración (así el abandono inculpable), otros han sobrevenido con posterioridad (así la falta de cuidados del menor o incapacitado o las causas de desheredación). Se observa, además, que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho extranjero, el adoptando nunca está legitimado para pedir la extinción de la adopción, y que la adopción de mayores de edad resulta prácticamente inimpugnable, y lo propio ocurre con la adopción de menores (salvo que estén incapacitados) después de pasados dos años desde la mayoría de edad.

La acción concedida al adoptado parece que sólo puede ejercitarse dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad hubiere desaparecido; pero los hechos en que puede basarse aquélla (causas de desheredación de ascendientes descritas en el art. 756, números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, y en el art. 854) han de haberse producido durante la minoría de edad o durante la incapacidad.

Más clara aparece la justificación de la acción concedida a los padres legítimos o naturales; se trata de un abandono por causas involuntarias, debidamente justificadas, y la posibilidad de solicitar la extinción de la adopción es un medio de atenuar la dureza del artículo 174.

Hay que inclinarse a considerar como de caducidad, en ambos supuestos, el plazo para el ejercicio de la acción de extinción.

La acción concedida al Ministerio Fiscal ofrece mayor amplitud. No tiene limitaciones de tiempo, pues cabe ejercitárla "siempre que lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado". La redacción permite incluir el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, siempre que revistan caracteres de gravedad; el Ministerio Fiscal podrá actuar a excitación de los Tribunales Tutelares de Menores. Pero no puede ejercitarse tal acción por hechos ocurridos con posterioridad a alcanzar el adoptado la mayoría de edad o a haber salido de la incapacidad.

El párrafo final del art. 177 formula una rigurosa regla de retroactividad de la sentencia que declara la extinción de la adopción, en cuanto a los efectos personales ya causados. Es evidente que el adoptado que deja de serlo perderá el derecho a usar de los apellidos del adoptante o adoptantes; pero ¿habrá que anular retroactivamente todos los actos jurídicos en que dicho menor haya intervenido con tales apellidos? ¿Qué pasará con el consentimiento prestado por el

menos la legitimación del adoptante, mientras que la concedida a la familia puede ser causa de perturbaciones; Gambo considera rescisión la ejercitable por los padres, resolución la del fiscal, y "revocación por voluntad condicionada" la del adoptado; Ogayar, bajo el concepto general de impugnación, entiende que la primera es, propiamente, una acción rescisoria; Camy considera revocación la de los padres y rescisión las otras dos; Castán, Mardruja Méndez, Bonet, etc., y el preámbulo de la ley de reforma, se limitan a calificar los tres supuestos de impugnación".

adoptante para la emancipación del adoptado o para su matrimonio? En esta materia la regla contenida en el penúltimo párrafo del artículo 175 según la versión de 1958, es más conforme con el art. 370-2 del *Code francés* o con el art. 2.002-1 del nuevo Código civil portugués.

No están legitimados para pedir la extinción de la adopción, el propio adoptante, sea cualquiera la conducta del adoptado (incluso aunque hubiera atentado contra la vida del adoptante), ni los familiares de aquél, en particular su cónyuge, ni tampoco el cónyuge del adoptado. Pero el Ministerio Fiscal podrá actuar, en su caso, a excitación de alguna de ellas para ejercitar la acción que le corresponde. En este punto hay que concluir que nuestro Derecho es más parco que el francés y el portugués en conceder acciones de impugnación.

La capacidad adopcional

Rubén DE MARINO
Doctor en Derecho
Magistrado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. *Dinamismo institucional*.—2. *Precisiones conceptuales sobre la capacidad de las personas*.—II. CAPACIDAD DEL ADOPTANTE: 3. A. *Normas aplicables a toda adopción*. a. Capacidad jurídica: 1) General.—4. 2) Especial: a) Factores positivos: 1.º Capacidad de obrar plena.—5. 2.º Edad cumplida.—6. 3.º Diferencia de edad.—7. b) Factores negativos: 1.º Prohibición de matrimonio por estatuto religioso.—8. 2.º Falta de aprobación definitiva de cuentas de tutela.—9. 3.º Falta de consentimiento del cónyuge.—10. 4.º Extraneidad.—11. b. Capacidad de obrar.—12. B. *Normas propias de la adopción plena*: a. Supuestos.—13. b. Crítica.—III. CAPACIDAD DEL ADOPTANDO: 14. A. *Para toda adopción*: a. Capacidad jurídica: 1) General.—15. 2) Especial.—16. b. Capacidad de obrar: 1) plena; 2) limitada: a) El menor de edad mayor de catorce años.—17. b) Otros supuestos.—18. B. *Para la adopción plena*.—IV. ENJUICIAMIENTO DE LA REFORMA DE 1970 EN ESTA MATERIA: 19. A. *Apreciación general*: a. Apertura; b. El arbitrio judicial.—20. C. *Censura*.—21. D. Porvenir de las nuevas estructuras: a. Inmediato; b. Lejano.

I. INTRODUCCION

1. La vigente legalidad del capítulo del Código Civil, que regula la adopción, se halla en el momento de ser objeto de estudios, que desvelen sus posibilidades y revelen sus defectos (1). Esta labor hoy importa menos para una futura revisión legislativa —lejana por lo

(1) Desde su promulgación se han publicado los siguientes estudios: VALLET, J., *Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970* (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1970), página 601; GÓMEZ FERRER, R., *Reflexiones sobre el nuevo art. 179 del Código Civil* (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1970), pág. 1189; CASTÁN, J. M., *La descendencia del adoptante, como obstáculo para la adopción* (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970), pág. 849, de contenido coincidente con sus anteriores publicaciones *La prohibición de que sean adoptantes las personas que tienen descendientes legítimos* (Revista de la Obra de Protección de Menores, núm. 99, Madrid, 1967), pág. 6, y *La descendencia del adoptante, como obstáculo para la adopción* (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1967); también de CASTÁN *La edad del adoptado* (Estudios sobre la adopción, Madrid, 1970), pág. 5; CHICO, J. M., *La adopción y el Registro de la Propiedad* (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1970), pág. 1401; ARCE, J., *En torno al consentimiento*

reciente de la de 1970 (2)—, que para alumbrar soluciones y criterios de aplicación en los diversos supuestos, que deparará la realidad fáctica, cuya disciplina le compete.

El contemplar aquí una reducida parcela de la regulación adopcional (3) permite profundizar en los planos funcional y estructural de la institución, de modo que, si no difícil, sí resulta menos frecuente cuando se realiza un estudio conjunto de todas las normas que le afectan. Por eso, delimitando conceptualmente el tema, se precisa su objeto, reduciéndolo a la materia de la capacidad, en la que se concreta fundamentalmente la tónica legal, dominante en la reforma, de facilitar el vínculo adoptivo (4). Y, de acuerdo con el carácter bilateral que toda filiación entraña, desarrollaré el tema en la doble dimensión del adoptante y del adoptando, para terminar con unas apreciaciones críticas de la reforma enjuiciada y algunas consideraciones sobre el porvenir de las nuevas estructuras. A estas últimas induce la relativa proximidad de la modificación respecto a la anterior (5);

para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970 (Estudios cit.), página 41; GARCÍA CANTERO, G., *Aspectos sucesorios de la nueva Ley de Adopción* (Estudios cit.), pág. 87; VEGA, F., *La Ley de 4 de julio de 1970 y la reciente reforma de la adopción en Francia, Italia y Portugal* (Estudios cit.), página 119; y CASTRO LUCINI, F., *La nueva regulación legislativa de la adopción* (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1971), pág. 41. En general y salvo alguna excepción prescindiré en las citas bibliográficas de las publicaciones anteriores a 1960, para evitar una prolifidad innecesaria, teniendo en cuenta que la mayoría de las omitidas se refieren a regulaciones ya derogadas.

(2) Recibió la actual redacción por Ley de 4 de julio de 1970, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 7 del mismo mes y año, y en la Colección Legislativa de España, T. 325 (1 al 15 de julio de 1970), págs. 867-870.

(3) He adoptado el neologismo "adopcional", no registrado por la Academia de la Lengua, porque, ante la insuficiencia terminológica, que para la expresión supone la falta de un adjetivo derivado del sustantivo adopción, con significado de pertenencia o relación a ella, el sufijo "al", por el camino de la derivación, cumple exactamente esa misión, en la dinámica estructural del idioma.

(4) El párrafo tercero del preámbulo de la Ley reformadora de 1970 hace referencia a aquella tónica; y el séptimo al propósito facilitador, mediante la apertura legal en materia de capacidad.

(5) Los doce años transcurridos desde la redacción dada al capítulo del Código Civil referido a la adopción, por la Ley de 24 de abril de 1958, muestran lo cambiante de una institución, que en tan poco tiempo exigió reforma sustancial. El síntoma no es particular de España. Bélgica, en la que la adopción sufrió modificaciones legislativas en 1940, 1953 y 1958, la ha regulado recientemente por una Ley de 1969. En Francia se rige por Ley de 1966, completada por Decretos del mismo año y 1967. En Holanda, donde fue introducida por una Ley de 1956, se modificó en 1962. Italia y Luxemburgo la han modificado por Leyes de 1967 y 1959, respectivamente. Y en Alemania se modificó en 1961. Las últimas regulaciones en los países nórdicos también son de la segunda mitad del siglo: Dinamarca y Noruega en 1956 y Suecia en 1958. En Rumanía se modificó en 1958; y en Checoslovaquia en 1963. Albania, Alemania Oriental, Bulgaria y Polonia también la regulan por disposiciones posteriores a 1960. Las Adoption Act del Reino Unido e Irlanda son de 1958 y 1962, respectivamente. En Austria se rige por Ley de 1960, y en Portugal, por su Código Civil de 25 de noviembre de 1966. Puedé verse sobre la materia el trabajo de VEGA, F., *Las recientes reformas de la adopción*

y en ellas se examinará su deficiencia o suficiencia para regular una realidad tan afectada por la evolución de la sociedad, y de muchas ciencias relacionadas en alguna manera con la adopción (6).

En efecto, el *dinamismo institucional* de la adopción deriva en gran parte de los estudios sociológicos, médicos, sicológicos y demográficos, sobre ella realizados por numerosos especialistas de diversos países. En sociología la obra de MARMIER (7), citada en la Comisión de Justicia de las Cortes Españolas, durante los debates de esta Ley (8), analiza, con metodología elogiable, la realidad de la adopción en Francia, llegando a conclusiones, que tampoco deben subvalorarse en nuestro país. Desde el punto de vista médico el pediatra Sánchez Badía, ponía de relieve los beneficiosos efectos de la adopción temprana sobre la salud del niño, en las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción, celebradas en Oviedo en mayo de 1968 (9). En sicolología, los estudios de sicolología colectiva y los de sicolología infantil, destacando las repercusiones que una falta de seguridad afectiva puede tener sobre la personalidad, deben ser tenidos en cuenta, tanto a la hora de legislar como a la de aplicar los preceptos vigentes (10). Y los demógrafos, detectando las tendencias políticas o simplemente humanas sobre la religión o planificación familiar muchas veces pueden aportar instrumentos valiosos para orientar la vida del Derecho en esta institución (11).

A toda esta materia extrajurídica da forma jurídica la norma, convirtiendo en mandatos o prohibiciones la materia sobre la que opera. Las necesidades de los adoptando y de la sociedad, junto a los deseos de los adoptantes (12) pasan a formar parte de la materia

en los países latinos de Europa (Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera, I, Caracas, 1970), pág. 599.

(6) La experimentación ha puesto de manifiesto la necesidad de afecto y cuidados maternales en la infancia. Ya a comienzos del siglo XIII, Federico II, del Sacro Imperio Romano, para saber si los niños aislados de contacto humano hablaban hebreo o alemán, realizó experimentos, en los que murieron todos los niños colocados en esta situación. Posteriormente se han comprobado los perjuicios que la falta de los mencionados cuidados produce en el aprendizaje y en las reacciones de adaptación a la sobrecarga, mediante ajustes endocrinos, regulados desde el diencéfalo y la hipófisis. Estos conocimientos han provocado la moderna apertura de las estructuras adpcionales, con la finalidad protectora del adoptando, que aconseja el desarrollo de la personalidad de los que carecen de padre.

(7) *Sociologie de L'adoption*, París, 1969.

(8) Véase el núm. 61 del Diario de las sesiones de comisiones (Apéndice al Boletín Oficial de las Cortes Españolas, Madrid, 1970), pág. 11.

(9) Su trabajo *La edad del adoptado desde el punto de vista médico* puede verse publicado en el núm. 120 de la Revista de la Obra de Protección de Menores, Madrid, 1968, pág. 19. Interesante al respecto es también la obra WALLACE, H., *Health services for Mothers and children*, W. S. Saunders, 1962.

(10) Puede verse al respecto el estudio de MARTÍNEZ, E., *La edad del adoptado desde el punto de vista psicológico*, publicado en el mismo número de la revista citada en la nota anterior.

(11) V. MARMIER, Ob. cit., pág. 376.

(12) Aunque la Ley expresamente sólo considera la protección del adoptando, la contemplación del interés de la sociedad y los deseos de los adoptantes, subyacen en ella, tratando de satisfacerlos. Y es natural que así sea,

jurídica, siendo valorables y válidas, precisamente porque adquieren significación jurídica. El formalismo jurídico, conforme al cual esta materia no deja de ser extrajurídica, no parece aceptable, por des-
cuidar esa significación que adquiere, y el rendimiento de muchos conceptos sociológicos para la construcción jurídica.

Se establece así una especie de interacción dialéctica entre norma y sociedad, pues a la vez que ésta motiva la formación de la norma, la norma incide en la vida, influyendo en la sociedad. El Profesor Viktor KNATP, de la Academia Checoslovaca de Ciencias, en su trabajo *La Técnica de la reforma del Derecho en los países socialistas*, publicado en el primer número de 1970 de la *Revue Internationale de Droit Comparé*, refleja gráficamente esta interacción. Distingue en la recepción de un texto legal la entrada en vigor *jurídica* —momento a partir del cual se aplica— de la entrada en vigor *social*, o influencia del mismo en la sociedad que rige, posterior al primero, y que, en nuestro caso, se producirá cuando las nuevas normas hayan multiplicado el número de adopciones, dejando sentir sobre la sociedad el influjo benefactor, que su apertura pretende. El párrafo segundo del preámbulo de la Ley de 1970 hace referencia a esta interacción dialéctica en la proceso de formación del Derecho, al valorar la estimación que merezca la Ley y los problemas suscitados por su aplicación, la incidencia de la norma en la vida y en la opinión pública, la experiencia y la crítica, que pueden venir tanto del campo jurídico como de cualquiera de los otros afectados.

2. En el afrontamiento del estudio de la *capacidad* en cualquier institución, sorprende la falta de firmeza doctrinal en esta parte del Derecho de la persona, con divergencias conceptuales y terminológicas en materia que, por su amplia repercusión, parece que debiera haber adquirido cierto consenso. El no ser así me obliga a hacer aquí algunas precisiones sobre la capacidad de las personas, que no tratan de exponer un estudio sobre el tema —que estaría fuera de lugar—, aunque lo supongan, ni siquiera de constatar los resultados del mismo; sino exclusivamente de manifestar la posición adoptada en torno a puntos polémicos, para mejor comprender la sistematización y contenido del ulterior desarrollo del estudio.

Partiendo del concepto general de capacidad, como *aptitud* de la persona para ser sujeto de relaciones jurídicas, distinguiéndose la *persona*, que connota el concepto de *existencia*, de la *capacidad*, referida a una *cualidad* de aquella (13), aparece clásica la diferenciación

porque sin ellos no hay adopción posible, al menos en la medida en que se necesita. El anhelo de perduración, ínsito en el ser humano, frustrado por la carencia de hijos, encuentra en la adopción remedio eficaz. RAMÍREZ, J., en su obra de divulgación jurídica *El Derecho llama a tu puerta* (Madrid, 1970), página 47, llama al hijo adoptivo medio de eviternidad. La otra finalidad, frecuentemente estimulante de las adopciones, es la de dar carácter legal a paternidades ilegítimas e ilegitimables, como la sacrilega, incestuosa o adulterina. Sobre los fundamentos y motivaciones de la adopción pueden verse GLÄSSING, H., *Voraussetzungen der Adoption* (Berlín, 1957), págs. 21-44, y VEIL, Simone, *L'adoption*, París, 1968, pág. 20.

(13) V. DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España* (Madrid, 1952), pág. 45.

entre la capacidad *jurídica* y la de *obrar*; o capacidad pasiva y activa respectivamente, como se la denomina también por la doctrina inglesa (14), sobre la que no hay discrepancias doctrinales. Las divergencias surgen al determinar el *contenido* de una y otra de esas clases. Aun partiendo de conceptos semejantes, denominando capacidad jurídica a la cualidad de ser titular de relaciones jurídicas, y capacidad de obrar a la que determina la eficacia jurídica de sus actos (15), a la hora de calificar a los distintos supuestos, que determinan la capacidad, lo que unos incluyen en la jurídica, otros lo califican de capacidad de obrar; a lo que algunos llaman prohibiciones los demás denominan incapacidades y otros legitimación (16). Y, lo que es peor, autores de gran solvencia científica hay, que a lo que en un lugar ponen como ejemplo de una determinada clase de capacidad dentro de la de obrar, en otro lo incluyen en clase distinta, y lo mencionan a propósito de los caracteres de la capacidad jurídica (17).

Aquí se establece como esencia de la capacidad jurídica la *atribución* de relaciones jurídicas, con los caracteres de ser estática, insuprible y afectar a las relaciones propias, por actos propios o ajenos (18), produciendo su falta la nulidad del acto afectado. Puede ser *general*, referida a todas las relaciones jurídicas, presupuesto inseparable de la persona, contemplado *en* y *desde* ella, sin consideración a una relación o clase de relaciones jurídicas determinadas, y *especial*, referida a una relación o clase de relaciones, requisito *de* la relación, contemplado *desde* la persona (19). Incluyo la capacidad especial en la capacidad jurídica —frente a quienes engloban sus supuestos en la de obrar—, porque supone atribución y no actuación de relaciones jurídicas, y tiene los caracteres y efectos asignados a esta clase de ca-

(14) JENKS, E., en *A Digest of english Civil law*. 1921, pág. 1, señala la distinción entre las nociones de capacidad legal pasiva o posibilidad de adquirir derechos, y de capacidad legal activa o posibilidad de realizar negocios jurídicos.

(15) V. DE CASTRO, F., Ob. cit., pág. 50.

(16) El término fue propuesto por CARNELUTTI, F., en su *Teoría General del Derecho* (Madrid, 1955), pág. 234. PUGLIATTI, en *Libro delle persone e della famiglia* (Firenze, 1940), incluye en el vocablo también otros supuestos de naturaleza diversa, que lo hacen de contenido complejo. En España es utilizado por ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, I. (Barcelona, 1970), pág. 163.

(17) Compárese en DE CASTRO, F., Ob. cit., lo dicho en la nota 1 de la página 47, sobre la incapacidad matrimonial del casado, acerca de los caracteres de la capacidad jurídica, con su inclusión dentro de la capacidad concreta, modalidad de la capacidad de obrar, en la pág. 56 de la misma obra.

(18) Si carece de capacidad jurídica una persona, aunque la tenga su representante, como ocurrirá en caso de personas jurídicas, cuya constitución se declare nula, los actos del representante se hallarán afectados de esa falta de capacidad jurídica de la persona representada.

(19) V. DE CASTRO, F., obra citada, pág. 55. La separación que este autor hace de algunos supuestos, con los que forma una categoría especial, que denomina *concreta*, no parece tener justificación suficiente. La indiferenciación de todos ellos, incluyéndolos en la capacidad especial, como hacen DUALDE, en *Capacidad jurídica* (Enciclopedia Jurídica Española, IV, Barcelona, 1910, página 695, y *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*, III, Barcelona, 1951, página 631), y DE BUEN, en sus notas a la obra de COLIN, A., *Curso elemental de Derecho civil*, I (Madrid, 1922), pág. 217, es más aceptable.

pacidad (20). Puede estar integrada por factores positivos o negativos, constituyendo éstos o la ausencia de aquéllos las *incapacidades especiales*.

La esencia de la capacidad de obrar radica en la *actuación* (21) de las relaciones jurídicas, y se caracteriza por ser dinámica, suplible y afectar a los actos propios, por relaciones propias o del representado (22), siendo normalmente la anulabilidad el efecto de su carencia. Puede ser *plena*, según el artículo 320 del Código Civil o *limitada*, cuando se dan las excepciones a que se refiere ese artículo; principal, pero no exhaustivamente, mencionadas en el artículo 32. Respecto a un determinado acto, será *total* cuando el sujeto puede realizarlo sin intervención completa de otra persona, y *parcial* si, pudiendo celebrarlo por sí, se exige la intervención de otro, que complete su capacidad insuficiente. La limitación o insuficiencia se salva con las instituciones supletorias: *sustitución*, como en el caso de la representación para supuestos de incapacidad total; y *complementación*, mediante la licencia o asistencia, que se utiliza en las incapacidades parciales.

II. CAPACIDAD DEL ADOPTANTE

3. De acuerdo con la estructura del capítulo que regula la adopción en nuestro Código Civil se estudian primero las normas aplicables a toda adopción, sea simple (23) o plena, examinando después las propias de esta última, que no son requeridas para la primera, más débil en cuanto a sus efectos. Y en todas ellas se tendrán en

(20) Como capacidad jurídica la considera CASTÁN, J., *Derecho civil español*, I, 2.º (Madrid, 1963), pág. 137. Y en el mismo sentido puede verse lo manifestado por ZITELMANN, en *Begriff der juristischen Personen*, pág. 43.

(21) DE CASTRO, en *Compendio de Derecho civil* (Madrid, 1970), pág. 166, distingue los dos aspectos de la capacidad, jurídica y de obrar, relacionándolos con los conceptos de atribución y actuación atribuible, respectivamente.

(22) La incapacidad de obrar del representado no perjudicará a la validez o eficacia de los actos del representante cuando tal incapacidad no se dé en éste.

(23) El texto actual innova la terminología, denominando *simple* a la que antes se llamaba menos plena, siguiendo en ello la legislación francesa. V. MORIN, M., *La reforme de L'Adoption* (París, 1967), y VEGA, F., *La reciente reforma de la adopción en Francia* (Anuario de Derecho civil, Madrid, 1967), página 565. Con ello deja la legislación francesa la denominación de legitimación adoptiva, que tanta fortuna hizo en otros países. V. LÓPEZ DEL CARRIL, J., *Legitimación adoptiva* (Buenos Aires, 1964); TORRES, F., *La adopción en la legislación y jurisprudencia argentinas* (Revista de Derecho Español y Americano, Madrid, 1965), pág. 101, y CASTÁN, J. M., *La ley chilena de legitimación adoptiva* (Revista de Derecho Español y Americano, número 15, Madrid, 1967), pág. 75. El párrafo quinto del preámbulo de nuestra ley reformadora de 1970 justifica el cambio por el recelo que podría suscitar la anterior designación, denotadora de una adopción de entidad escasa. El artículo 166 hace referencia todavía a la adopción menos plena; referencia que hoy deberá entenderse hecha a la simple, siendo la permanencia de aquella terminología un olvido del legislador. En el Código Civil portugués se designa a este tipo de adopción con el nombre de restringida.

cuenta las funciones sociojurídicas, que la adopción cumple, para la comprensión de los principios y normas sobre la capacidad adopcional y su interpretación, así como para su enjuiciamiento o valoración. Esto permitirá encontrar la solución de los problemas no expresados, pero sí implícitamente resueltos en la regulación legal, alumbrar los más polémicos, e indicar sus puntos débiles.

A. Se establecen las normas de *capacidad del adoptante* aplicables a toda adopción en el artículo 172 del Código Civil. Es de destacar la superfluidad del artículo 180, al afirmar que la adopción simple no exige otros requisitos que los prevenidos con carácter general, en la sección primera del presente capítulo. Si aquellas normas son aplicables a toda adopción y, por consiguiente, en concreto a la simple, por así derivarse de la rúbrica de la sección —“Disposiciones generales”— y no se establecen normas especiales para la simple, a diferencia de lo que ocurre con la plena, huelga reiterar lo que ya resulta del sistema legal. Y en materia legislativa toda reiteración innecesaria es un defecto, que debe evitarse.

a. En el estudio del artículo 172 trataré en primer lugar las cuestiones relativas a la *capacidad jurídica*, en sus dos modalidades, general y especial, dejando para el final las que plantea la capacidad de obrar.

1) *La capacidad jurídica general*, que, si no explícita sí implícitamente, se halla exigida, se encuentra solamente en las personas físicas. Nuestro Código Civil, a diferencia de la Ley de adopción chilena, que requiere que el adoptante sea personal *natural*, nada dice al respecto; lo que ha llevado a plantear la cuestión de la posibilidad de adoptar las personas jurídicas (24). Históricamente es conocida la adopción de la hija del regicida Lepelletier por la Convención francesa de 1793, y el debate parlamentario, que, a consecuencia de ello, se sostuvo sobre la autorización a la misma para el matrimonio; así como en el mismo país una Ley de 1917 establecía que Francia adopta a los huérfanos de guerra.

Sin embargo, aun sin mencionarlo, nuestro Derecho no permite a las personas jurídicas la adopción de que tratamos. Lo impiden las menciones legales a los requisitos de edad, difícilmente predicables de ellas; no sólo porque no pueden tener edad, sino también porque la finalidad perseguida con esa exigencia de determinada edad, carece de sentido en esa clase de personas. Y, sobre todo, porque la adopción es una institución del Derecho de familia, que no admite a las personas jurídicas como sujetos de sus relaciones. Ciertamente va perdiendo terreno el principio de que la adopción es una imitación de la naturaleza, cobrando importancia el de protección al adoptando, protección que también pueden otorgar, y de hecho otorgan, las personas jurídicas (25). Pero se trata de una protección insuficiente, meramen-

(24) V. la obra de GAMBON, G., *La adopción* (Barcelona, 1960), pág. 78.

(25) Los orfanatos y casas de maternidad, de los que salen la mayoría de los adoptados, son instituciones, muchas veces con personalidad jurídica, en las que indudablemente se otorga protección a los niños.

te económica o física, cuyas carencias han puesto de manifiesto médicos y sicólogos (26), constituyendo el principal móvil para la promoción legislativa de la corriente adopcional.

En las personas físicas su capacidad jurídica se desenvuelve entre dos momentos: el del *nacimiento* (art. 29 del Código Civil), con las características requeridas por el artículo 30, y el de la *muerte*, en la que el artículo 32 coloca su extinción. No es éste lugar de mayor detenimiento sobre el tema, por ser la capacidad jurídica general, como presupuesto contemplado *en la persona*, materia propia del Derecho de personas. La capacidad, cuyo estudio corresponde a la adopción, es la especial, como requisito de ella, contemplado *desde la persona*.

4. 2) No basta para adoptar, la capacidad jurídica general. El Código Civil establece otras exigencias, cuya falta impide a las personas ser adoptantes, y que son, por consiguiente, requisitos de *capacidad jurídica especial*. Todos ellos se hallan establecidos en el artículo 172 y, por razones casi meramente expositivas, distinguiré en factores positivos y factores negativos (27). Evidente es la relatividad de estos conceptos, puesto que el efecto de incapacidad especial que provocan es común a la falta de un factor positivo y a la presencia del negativo. Lo mismo es, a los efectos de la adopción, no tener treinta años de edad que tener prohibido el matrimonio por estatuto religioso. Por lo que la *inclusión en uno u otro grupo* depende solamente de la forma positiva de exigencia o negativa de prohibición, adoptada por la redacción legal, que sin duda pudo utilizar igualmente la contraria, sin afectar para nada a su esencia.

a) En forma positiva se recogen por el artículo 172 tres requisitos: hallarse el adoptante en el ejercicio de todos sus derechos civiles, la edad cumplida de treinta años y la diferencia de dieciseis años respecto al adoptando, que deberá tener esos años menos, como mínimo.

1.º La adopción requiere que el adoptante se halle en el *ejercicio de todos sus derechos civiles*. Al referirse el elemento de la capacidad en examen a exigencia, que ha de concurrir en el adoptante, como titular de la relación jurídica adopcional, resulta que, aunque se hable de ejercicio de derechos —lo que pudiera hacer pensar en la capacidad de obrar—, se refiere a la capacidad jurídica, ya que sin él no hay posibilidad de atribución o titularidad jurídica de la adopción. Esto tiene la importante significación de elevar la capacidad de obrar

(26) Pueden verse sobre el tema del asilismo u hospitalismo los estudios de MIERHOFER, M., *Frustration im frühen Kindesalter* (Ber, 1966), BOWLBY, J., *Maternal care and mental health* (Ginebra, 1952), AUBRY, J., *La carence de soins maternels* (París, 1955) y ROF, J., *Urdimbre afectiva y enfermedad* (Madrid, 1961), así como su ponencia en las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción, celebradas en Oviedo en mayo de 1968, titulada *La adopción como derecho del menor en situación de abandono* (Revista de la Obra de Protección de Menores, número 120, Madrid, 1968), en la que aparece una amplia bibliografía sobre el tema.

(27) OGÁYAR, T., en *La nueva regulación de la adopción* (Revista de Derecho Judicial, Madrid, 1960), pág. 21, separa las absolutas de las relativas, según afecten a todas o a una concreta adopción.

plena a la categoría de requisito de capacidad jurídica especial, con las consecuencias inherentes de ser insuprible y producir la nulidad de la adopción constituida con su falta.

La fórmula empleada por el Código es desafortunada, como ya puso de relieve el Profesor BATLLE, Procurador de la Comisión de Justicia de las Cortes, en el debate sobre la Ley reformadora (28), puesto que en el ejercicio de todos sus derechos, literalmente nadie se halla, actual y simultáneamente, como indica su redacción. Y si se entiende, como necesariamente ha de entenderse, que ese ejercicio no ha de ser simultáneo ni actual, sino posible y potencial, la redacción debió ser otra más precisa, exigiendo simplemente la *capacidad de obrar plena* (29).

Tampoco es cierto que se exija el ejercicio de *todos* sus derechos civiles, pues la mujer casada no se halla en ese ejercicio de todos los derechos civiles, según lo dispuesto en el artículo 60 del Código Civil; y sin embargo puede adoptar, ya que el artículo 172, tercero, habla de los cónyuges, en plural, lo que indudablemente comprende también a la mujer (30). No se opone al carácter de excepción proclamado el hecho de que el mencionado precepto requiera el consentimiento del marido. El significado de esta exigencia es el mismo que el de la paralela necesidad del consentimiento de la esposa en las adopciones por el marido. Como tampoco deja de serlo, porque su limitada capacidad de obrar exija, para el ejercicio del derecho, la correspondiente suplencia, de que se tratará en su momento.

Se requiere, por tanto, en principio, la capacidad de obrar plena, salvo que se trate de alguna excepción expresa, como la expuesta de la mujer casada. Y esta capacidad corresponde, según el artículo 320, al mayor de edad, requisito *positivo*, que se complementa con el *negativo* de ausencia de restricciones, aludido por el mismo artículo, al salvar las excepciones establecidas en casos especiales por el Código, de las que las fundamentales son las llamadas restricciones de la personalidad por el artículo 32 del Código Civil (31).

La *minoría* de edad, por consiguiente, es un supuesto de capacidad de obrar limitada, que, como tal, no permite la adopción. Res-

(28) Diario de las Sesiones de Comisiones cit., núm. 61 (Madrid, 1970), página 9.

(29) También CHICO, J. M.^a, ob. cit., pág. 1412, resalta la diferencia de las formulaciones del requisito en la legislación anterior (pleno uso de sus derechos), más correcta, y en la actual (ejercicio de todos sus derechos).

(30) No se opone al carácter de excepción proclamado el hecho de que el mencionado precepto requiera el consentimiento del marido. El significado de esta exigencia es el mismo de la paralela necesidad del consentimiento de la esposa en las adopciones por el marido. Como tampoco deja de serlo porque su limitada capacidad de obrar exija para el ejercicio del derecho las correspondientes suplencias o complementaciones, de que se tratará en su momento.

(31) Aunque estas restricciones están en el Código referidas a la personalidad, identificada con la capacidad jurídica, por su naturaleza afectan a la de obrar, como lo demuestra el párrafo siguiente, al decir que los que se hallaren en alguno de estos casos son susceptibles de derechos y aún de obligaciones.

pecto a los *emancipados* y *habilitados* de edad, ciertamente los artículos 50, 59 y 317 no incluyen la adopción entre los actos que no pueden realizar como si fueran mayores. Pero el artículo 172 es definitivo sobre esto, al ser precepto más específico y de posterior promulgación, que la prohíbe, no sólo por requerir la capacidad de obrar plena, sino también por exigir un requisito de capacidad jurídica especial —treinta años de edad—, que no concurre en los emancipados, ni en los habilitados.

Tampoco pueden adoptar los *incapacitados*, por ser evidente que carecen de capacidad de obrar plena, según el artículo 32, siendo requerida esta plenitud de capacidad, como regla general, de la que la incapacitación no aparece exceptuada. Aparte de que las causas de incapacitación en la mayoría de los casos excluirían la conveniencia de la adopción, lo que puede constituir *fundamento* de la exigencia legal. Si la causa de la incapacitación ha desaparecido, será necesaria para la adopción la previa revocación judicial de la incapacitación. Y cuando exista la incapacidad sin declaración judicial, la adopción realizada es válida, mientras no se anule, probando la carencia de capacidad del adoptante en el tiempo en que era necesario.

Fuera del artículo 32 ofrecen interés los supuestos de *quebrados* y *concursados* no rehabilitados, y el del ausente. Al carecer los primeros del ejercicio de todos sus derechos civiles, no podrán adoptar. La declaración de *ausencia*, por el contrario, no comporta limitación del ejercicio de sus derechos, por lo que tampoco afectará a su capacidad para la adopción. Lo que ocurrirá es que su necesaria presencia en el expediente de adopción le hará también perder la situación de ausente.

Plantea CASTRO LUCINI (32) el problema de si la *recusación* del tutor, del representante del ausente o supuestos análogos, que inhabilitan para el posterior desempeño de cargos semejantes (art. 237-4.º), puede impedir que adopten las personas afectadas por ella. La contestación ha de ser negativa, puesto que no puede considerarse que afecten de modo general a la capacidad de obrar. En la práctica lo que supondrán estas situaciones será un dato, que frecuentemente conducirá a la desaprobación judicial, no por el control de la legalidad, sino por el de la conveniencia del adoptando.

5. 2.º Requiere también el artículo 172 que el adoptante tenga *treinta años cumplidos* (33). Hizo ver BATLLE, en la Comisión de Justicia de las Cortes, la mejor redacción del Código Civil con anterioridad a esta reforma, por considerar que, aunque no plantee graves problemas, no hay duda de que no es lo mismo tener treinta años cumplidos que haber cumplido treinta años. Esta última redacción, que era la anterior, no impide gramaticalmente tener más de esta

(32) *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: I. El adoptante* (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1966), pág. 351.

(33) En algunos países, como Israel y Guatemala en el Código de 1964, se han suprimido los requisitos de edad, sometiéndolo a criterios de oportunidad examinados por el Juez.

edad, mientras que la otra sí, ya que quien ha cumplido, por ejemplo, cuarenta, tiene cuarenta y no treinta. Como no puede pensarse que la adopción se restrinja a las personas que tengan solamente treinta años se ha de acudir a una conceptuación jurídica del requisito, en pugna con su redacción, lo que se hubiera evitado manteniendo la formulación anterior.

Se reduce en la reforma la edad de treinta y cinco años de la regulación anterior a los treinta de la actual, con la finalidad de facilitar el acceso a la institución, a la que se refiere el párrafo séptimo del preámbulo (34).

Como *fundamento* del requisito se ha alegado la *confirmación de la esterilidad* del adoptante, lo que era lógico antes de 1970, en que se mantenía el principio de incompatibilidad de la adopción con otro tipo de descendencia. Pero hoy, en que ha desaparecido tal incapacidad, el mencionado fundamento carece de solidez. Más aún, si, como se puso de relieve en las Cortes (35), tal esterilidad se comprueba mejor por medio de un adecuado examen médico, que por el simple transcurso del tiempo, que la edad especial supone. Por otra parte, debiera haberse permitido la *dispensa* en determinados casos, como el de la impotencia, en que resulta evidente la imposibilidad del nacimiento de descendientes. Ante la firmeza de esta argumentación contraria, la Ponencia apoyó el requisito en la conveniencia de una mayor *consolidación* familiar y personal del adoptante, que se suponía con la edad. Lo cierto es que en el párrafo séptimo del preámbulo aparece la imposibilidad de descendencia, derivada de la edad, como *fundamento* del requisito. Y al no serlo, más acertado hubiera sido aceptar la enmienda de ARRUE (36) propugnando su reducción a la mayoría de edad, lo que ya se hallaría comprendido en la exigencia de capacidad de obrar plena (37). La proliferación de edades espe-

(34) En las regulaciones de la adopción posteriores a 1960 conservan la exigencia de los treinta y cinco años en los adoptantes los Códigos Civiles frances y portugués de 1966, e italiano según su última redacción de 1967. La reducción en España era propugnada casi unánimemente por la doctrina. V. VERGER, J., *Reconsideración y reforma de la regulación de la adopción* (Revista jurídica de Cataluña, Barcelona, 1968), pág. 901, y PERÉ, J.. *En torno a la reforma de la adopción* (Revista General de Derecho, Valencia, 1969), página 628.

(35) Diario de sesiones cit., núm. 65, pág. 12, en el que, sobre la exigencia de cinco años de matrimonio del art. 178, se esgrimen argumentos de general validez para todas las regulaciones de contenido temporal.

(36) V. el cit. Diario núm. 61, pág. 8. Y en el mismo sentido se pronuncia MENDIZÁBAL, L.: *La regulación jurídica de la adopción y su interpretación a la luz de los principios generales del Derecho* (Revista de la Obra de Protección de Menores, cit.), pág. 114.

(37) Incluso podría defenderse su reducción a la edad establecida para la capacidad matrimonial. No es del todo justificado que se requiera mayor consolidación para tener hijos adoptivos que para tenerlos propios, para lo que no se exige tanta edad. El canon 1067 del Codex, que rige el matrimonio canónico, general en España, establece como edad para la capacidad jurídica especial del matrimonio dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer. Y el código Civil, en el art. 83, reduce para el matrimonio civil estas edades a catorce y doce años, respectivamente. Si una persona puede tener hijos

ciales, insuficientemente justificadas, debe evitarse en toda reforma legislativa.

Se establecen dos *excepciones* a la exigencia de este requisito: la adopción de los propios hijos naturales, y el caso de que la edad de treinta años concurra en uno sólo de los cónyuges. En ambos se permite la adopción aunque el adoptante tenga menos de treinta años. La justificación de la excepción primera está en que no se trata de crear una filiación inexistente con anterioridad, sino de transformar jurídicamente la que ya existía. Y bien puede verse también como una muestra de la falta de solidez del requisito que, según se expuso, debió desaparecer. La segunda la apoya el preámbulo —párrafo 7.º—, en la *comunidad de intereses* e identidad de fin del matrimonio, demostrando también que la razón dada al requisito no puede considerarse válida, cuando se excepciona por motivos que no afectan a su alegado fundamento. Esto, sin embargo, no permitirá la adopción por un menor de edad, porque la excepción afecta sólo al requisito que ahora se examina, no al de la capacidad de obrar plena, o ejercicio de todos sus derechos civiles, que impide la adopción por los menores (38).

Para el *cálculo* de esta edad, de los dos sistemas, *natural* (matemático, de momento a momento) o *civil*, que considera al día como unidad indivisible, contándolo o excluyéndolo por entero, después de 1943 el criterio a seguir ha de ser el civil, por analogía con lo establecido por Ley de este año para la determinación de la mayoría de edad (39). El día *inicial* se cuenta —porque así lo establece la Ley—, debiendo transcurrir entero el *final*, pues, aunque esto no lo regula, de las dos soluciones existentes en el Código Civil a la cuestión, debe adoptarse la del artículo 1.960-3.º, que es la que se sigue para el inicial, desecharla la del artículo 1.130.

6. 3.º La *diferencia de edad* entre adoptante y adoptando se funda, en primer lugar, en el principio tradicional de que la adopción debe ser una *imitación* de la naturaleza; y en ésta, las relaciones paternofiliales, se producen con una cierta diferencia de edad. A ello se ha de añadir la finalidad *protectora* de la institución, que no es fácil que pueda cumplirse en su integridad cuando ambos sujetos tienen la misma edad. Finalmente, se evitarán con ello algunas adopciones por móviles bastardos, ajenos a la finalidad institucional (40). Los lazos de *jerarquía* y subordinación, propios de las relaciones pa-

legítimos, no está claro que haya de impedirse tenerlos adoptivos. Los necesarios temperamentos pueden obtenerse por el control judicial sobre la conveniencia de la adopción para el adoptando, del art. 173.

(38) V. el núm. anterior.

(39) La aplicación del sistema de la Ley de 1943 a las demás edades se señala por DE CASTRO en su *Derecho civil* cit., pág. 153. En el mismo sentido CASTÁN, J. M.ª, *La edad* cit., pág. 38.

(40) Puede verse sobre el tema lo expuesto por CASTÁN, J. M.ª, en su ponencia *La edad del adoptado desde el punto de vista jurídico* (Revista de la Obra de Protección de Menores, núm. 120, Madrid, 1968), pág. 12. Interesantes son también las observaciones de LOJACONO, V., *Apunti critici e prospettive di riforme in tema di adozioni* (Milano, 1966), págs. 35-36.

ternofiliales son mencionados por FUEYO (41), como otra de las razones que aconsejan el establecimiento de la diferencia de edad entre adoptante y adoptando.

De las dos diferencias de edad, exigibles como requisito —una mínima y otra máxima—, nuestro Código Civil solamente recoge la *mínima*, estableciendo la de *dieciséis años*, con reducción de la de dieciocho, seguida en la reforma de 1958. La elección de una u otra es difícil de justificar, por depender más de criterios de oportunidad que de fundamentos rígidos. La de dieciséis años parece fijarse en la posibilidad de matrimonio, fundada en razones biológicas, y no en la probabilidad del mismo, ya que la sociología muestra cómo estadísticamente son poco frecuentes los matrimonios a esa edad (42). También hubiera podido remitirse el Código a lo establecido por el artículo 83 como edad para el matrimonio, lo que habría sido congruente con el fundamento del requisito, estableciendo la diferencia de años correspondiente a la edad requerida para el matrimonio; con la consiguiente diferenciación según el sexo del adoptante, como ocurre en el Código Civil venezolano (43).

Mayor flexibilidad se concede a este requisito en algunas legislaciones, como el Código de la Familia y la Tutela de Polonia de 25 de febrero de 1964 (44) y la Ley checoslovaca sobre adopción, también posterior a 1960, que se conforman con establecer entre los requisitos de la adopción el de una diferencia de edad conveniente o apropiada entre adoptante y adoptando. La inseguridad de este sistema no lo hace aconsejable más que en países donde convivan razas de distintas características biológicas. En la misma línea de discrecionalidad se halla la posibilidad de *dispensar* el requisito en las legislaciones alemana y francesa, de 1961 y 1966 respectivamente. En la nuestra, el silencio en este sentido, impide acudir a ella cuando, en algún caso, pudiera resultar conveniente.

Excepciones a esta exigencia establece el artículo 172. Son las mismas que a la de los treinta años de edad: la de los propios hijos naturales, en cuyo caso falta el fundamento de la posibilidad de paternidad biológica, ya que la realidad de ella la muestra con mayor contundencia que cualquier requisito legal; y la de existir la diferencia en el otro cónyuge, con lo que la adopción se permite, aunque falte en uno de ellos. Censuró BATLLE esta última excepción (45), aludiendo a la inconveniencia que podría resultar cuando un matrimonio de marido proyecta con esposa joven adopta a un hombre de la

(41) *Derecho civil*, IV (Santiago de Chile, 1959), pág. 502.

(42) El artículo 3.^o de la Convención Europea en Materia de Adopción de Niños, elaborada por el Consejo de Europa y firmada en Estrasburgo el 24 de abril de 1967, dice que la diferencia de edad será la que separa ordinariamente a los padres de los hijos. V. *European Convention on the Adoption of Children* (C. E., 1967).

(43) Artículo 246, párrafo 2.^o

(44) V. GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo Código polaco de la familia y la tutela* (Madrid, 1967), pág. 21.

(45) Diario de sesiones cit., núm. 61, pág. 9.

misma edad de la esposa. Sin embargo, se mantuvo la excepción, amparada por la tendencia aperturista de la reforma, la comunidad de intereses del matrimonio y la posibilidad de que, cuando se presentase una anomalía de éstas, la falta de conveniencia podría oponerse a la aprobación judicial. No obstante, en casos así, la mayor inconveniencia no sería para el adoptando, que es la que considera el último párrafo del artículo 173, como obstáculo para la adopción. El establecimiento de una *máxima* diferencia de edad entre adoptante y adoptando se propugnó en el seno de la Comisión de Justicia por la Procurador PLAZA, alegando la dificultad que hallaría una adopción con excesiva diferencia de edad entre sus miembros, para lograr la plenitud de relaciones paternofiliales, a que la institución tiende. Los médicos y sicólogos aconsejan la adopción por matrimonios jóvenes. Las personas de mucha edad presumiblemente carecen de idoneidad, más que moral física, para la educación y crianza (46). Pero prosperó la tendencia legal a no incrementar innecesariamente las limitaciones legales a la libertad personal, pudiendo la ponderación judicial superar cualquier inconveniente en este sentido (47).

La reducción de la diferencia de edad no puede aplicarse a *adopciones anteriores* por la irretroactividad de las Leyes del artículo 3.º, y de la disposición transitoria 9 del Código Civil. En algunos casos podrán constituirse adopciones que antes estaban impedidas. Pero habrá supuestos en que, faltando antes solamente la diferencia de edad, ahora, que ya concurre por bastar dieciséis años, carezcan de otros. Así ocurrirá, por ejemplo, si ha pasado el adoptando de los catorce años exigidos como tope de edad para la adopción plena, sin hallarse excepcionado de este requisito. La adopción entonces se hace imposible.

7. b) Los *factores negativos* de la capacidad jurídica especial para adoptar (48), se regulan también en el artículo 172. GAMBON (49) considera insuficientes las incapacidades legales, al no excluir a los *penados* por ciertos delitos, o a los que carezcan de *modo de vivir conocido*, ninguno de los cuales parece idóneo para las funciones, que en la adopción ha de desempeñar. SÁNCHEZ ROMÁN (50) propuso excluir de la adopción a los *incapaces para la tutela*, según el artículo 237 del Código Civil. Pero estos casos son de inconveniencia para el adoptando que motivarán la desaprobación por el Juez, en uso de las facultades que le otorga el artículo 173.

También se ha llegado a propugnar alguna limitación a los *extranjeros*, paralela a la que el artículo 237 establece para la tutela, fundán-

(46) Por ello el párrafo 2.º del artículo 314 del Código Civil italiano establece la diferencia de edad máxima para la adopción especial en cuarenta y cinco años.

(47) GÓMEZ DE ARANDA, Diario cit., núm. 61, pág. 10.

(48) Estos factores negativos pertenecen a la capacidad jurídica, tanto por su esencia atributiva de titularidad jurídica como por el efecto de nulidad de la adopción constituida sin tenerlos en cuenta.

(49) Ob. cit., pág. 80.

(50) *Estudios de Derecho civil*, V, 2.º (Madrid, 1912), pág. 1096.

dose, de una parte, en la facilidad con que el adoptado perderá la nacionalidad española, y de otra en la dificultad para disponer de datos sobre el adoptante, que contribuyan a determinar la conveniencia de la adopción. Aparte de ello, la gran movilidad de la mayoría de los extranjeros, aunque se hallen en España cuando realicen la adopción, expondría al adoptado a contingencias y azares, que convendría prevenir (51). En la misma línea de protección del adoptando, en adopciones por extranjeros, se hallaba la propuesta del Procurador ANGULO, en el debate de la Comisión de Justicia de las Cortes sobre la Ley de 1970 (52), al pedir la aplicación de la legislación española, en todas las adopciones que se realicen ante su autoridad judicial, con prevalencia de la Ley del lugar sobre el estatuto personal. Apoyan esta propuesta el convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre protección de menores y una resolución del Tribunal Internacional de La Haya de 1958, en materia de adopción, en la que el conflicto entre Holanda y Suecia se resolvió a favor de ésta, por razón del domicilio del adoptando. En cambio, la Fiscalía del Tribunal Supremo, en su Circular de 20 de abril de 1971, ordena a los Fiscales que, cuando el adoptante sea extranjero, se exija la prueba de que, con arreglo a su legislación, tienen capacidad para adoptar.

1.º Segundo el número primero del artículo 172 no pueden adoptar las personas a quienes su *estatuto religioso prohíba el matrimonio*. Se trata de una incapacidad introducida por la Ponencia de las Cortes en su informe, con redacción semejante a la del número 4 del artículo 83, pues el Proyecto enviado por el Gobierno no la incluía (53). Tras larga y hasta violenta discusión se le dio por el Procurador ANGULO la redacción actual, aprobada por quince votos a favor frente a doce en contra (54).

Su contenido viene determinado por la legislación que rija el estatuto religioso del adoptante, *remisión* que será la que resuelva los problemas que puedan presentarse. Teniendo en cuenta la fórmula legal que habla de prohibición, sin distinguir si el impedimento matrimonial ha de ser indispensable o no, podría pensarse en no distinguir donde la Ley no distingue, y permitir la adopción cuando la prohibición no sea absoluta, por tratarse de impedimento dispensable. Esta solución eliminaría la incapacidad en examen, porque tanto el

(51) Puede verse sobre la materia la Comunicación de DURÁN, M.ª F., a las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción (Revista de la Obra de Protección de Menores, núm. 120, Madrid, 1969), pág. 86.

(52) V. el Diario de sesiones cit., número 63, pág. 16, y PÉREZ, A., *La adopción en el Derecho internacional privado* (Anales de la Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho, II, 1965), pág. 55. En el mismo sentido puede verse, respecto al Derecho alemán, el trabajo de MÜLLER, W., *Zur Adoption deutscher Kinder durch Angehörige der Vereinigten Staaten von Amerika* (Ehe und Familie, 1956), pág. 174.

(53) V. el Boletín Oficial de las Cortes Españolas, número 1.088, correspondiente al 6 de febrero de 1970, en el que se publica el "Proyecto de Ley de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción", remitido por acuerdo del Consejo de Ministros a la Presidencia de las Cortes Españolas.

(54) V. Diario de sesiones cit. núm. 61, págs. 19 y 32.

impedimento impediente de voto simple, como los dirimentes de orden y voto solemne son de derecho eclesiástico, y, como tales, dispensables (55). Sin embargo, aunque es interpretación completamente correcta y muy deseable, parece difícil de aceptar, porque no puede pensarse en la existencia de una incapacidad expresa vacía de contenido; y los debates de la Comisión que la introdujeron muestran claramente su finalidad.

El caso del apóstata ha sido considerado como afectado por la incapacidad, fundándose, cuando se trate de clérigos, en el carácter sacramental de las órdenes recibidas, que impide la extinción de los deberes canónicos por la apostasía. Y en general porque la posibilidad de reintegración al seno eclesial supondría la ilegalidad de la adopción anteriormente constituida (56).

Los argumentos de la doctrina y la literatura jurídica en general y los razonamientos empleados en el debate de las Cortes, en defensa de esta incapacidad pueden agruparse en *filosófico-jurídicos* y *sociológicos*. A los primeros corresponde el principio de *simetría* de las materias jurídicas, tan utilizado por CARNELUTTI, que, en unión con el de la adopción como *imitación* de la naturaleza, lleva a recoger para la adopción incapacidades semejantes a las que para los clérigos y religiosos establecen los artículos 83 y 237 en cuanto al matrimonio y la tutela, respectivamente. Si la adopción busca el acogimiento filial del adoptando en familia, y el matrimonio está en la base de la familia, la incapacidad que para clérigos y religiosos establece el número 4.^º del artículo 83, debe tener su reflejo en la adopción. En cuanto a los religiosos se alegó además que la vida en comunidad no resulta adecuada para las atenciones que el adoptando requiere. Y si el artículo 237 prohíbe la tutela a los religiosos profesos, con mayor razón debe prohibirse la adopción, que es más que la tutela.

Los razonamientos *sociológicos* parten de que, aunque en otros países no exista la incapacidad, al legislar se hace para una sociedad determinada; y en la española la adopción por clérigos o religiosos puede originar escándalos, motivando juicios temerarios sobre encubrimiento de prole sacrílega y, en general, servir de amparo a relaciones familiares no permitidas. Por otra parte, la tendencia equiparadora de la adopción a la filiación legítima, tanto en lo material —de rechos que otorga— como en lo registral —el artículo 175 prohíbe toda publicidad que revele el origen y cualidad de adoptado, restringiendo las certificaciones literales de nacimiento a los casos taxativamente establecidos en la legislación registral— favorece la apariencia de legitimidad, lo que, en definitiva, perjudica al adoptando, contra el principio de su protección, que informa la legalidad vigente (57).

(55) V. D'AVACK, *L'impedimento dell'ordine sacro nel Diritto matrimoniale canonico* (Archivio Dir., eccl., 1941), págs. 13 y 157.

(56) GAMBON, G., ob. cit., pág. 99.

(57) Como decía el Procurador PIÑAR en las Cortes, en España “tener un padre sacerdote hiere nuestra sensibilidad”. V. Diario de sesiones cit., número 61, pág. 24.

Sin embargo, tal fundamentación resulta *inconsistente* (58). Los principios de simetría de las materias jurídicas, y la adopción como imitación de la naturaleza, no son seguidos por la legislación que se examina, puesto que el número tercero del artículo 83, que se cita en apoyo de esta incapacidad, establece para el matrimonio también la de impotencia física, sin que para la adopción constituya obstáculo; como no lo es el ser soltero, en cuyo caso tampoco puede producirse el acogimiento filial en familia, semejante al natural. Y es que la finalidad legal de la adopción ha variado a través de la historia. Comenzó satisfaciendo el deseo de tener un heredero, y después el más general de tener un hijo. Posteriormente pasa a primer plano el adoptando, a quien se busca una familia primero, un estado civil después y, finalmente, una protección genérica, en la que se supera el mimetismo del matrimonio. Esa protección por clérigos se observa en el gran número de niños criados, y sobre todo educados por familiares sacerdotes.

La vida comunitaria de los religiosos, aparte de que ya las tendencias jurídico-canónicas van reduciéndola bastante, no parece que impida la protección que la adopción persigue, ni perjudique la seguridad afectiva, que médicos y sicólogos consideran como mayor beneficio de la institución. En la literatura y la cinematografía aparecen con cierta frecuencia muestras de beneficiosa protección a abandonados por parte de religiosos en comunidad (59). Y religiosas son en su mayoría las que atienden a los niños huérfanos o abandonados, con el único inconveniente de la masificación organizativa, que impide el afecto individualizado; inconveniente que no existe en la adopción por un religioso.

En cuanto al artículo 237, no afecta a los clérigos. Pero, además, no muestra que aquí deba incluirse la incapacidad, pues la misma simetría se logra suprimiéndose en él, que sin duda es lo que corresponde a la época actual; por lo que una moción reformadora sería el camino más adecuado para mantener la simetría jurídica esgrimida como argumento de esta incapacidad.

Tampoco son muy sólidos los razonamientos de tipo sociológico. Si es cierto que la legislación ordena una sociedad determinada, a la que debe atender, no lo es menos que esa ordenación debe ser racional, no pareciendo suficiente la motivación del posible escándalo para prohibir la adopción a clérigos y religiosos. No lo ha sido para prohibir el reconocimiento de un hijo natural anterior al sacerdocio, que el

(58) Ya antes de la actual regulación censuraba la prohibición y defendía su aplicación restrictiva BATLLE, M., en *Consideraciones de la nueva Ley de Libertad Religiosa* (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1967), pág. 670. Destaca VISMARD, M., *L'Adoption* (París, 1968), pág. 32, cómo España conserva aún esta antigua regla, originaria del derecho canónico. En el mismo sentido ANCET, M., *L'Adoption dans les législations modernes* (París, 1958), pág. 24. No he podido manejar la última edición de esta obra; pero en nada afecta al problema, puesto que la incapacidad persiste.

(59) Recuérdese la obra de literatura infantil *Marcelino Pan y Vino*, de SÁNCHEZ SILVA, llevada al cine con gran éxito.

artículo 130 del Código Civil permite, incluso cuando sea adulterino, si sólo lo reconoce el sacerdote. Como tampoco se prohíbe por el artículo 119 el reconocimiento de hijos sacrílegos, ya que el sacerdote en el momento de la concepción pudo contraer matrimonio con dispensa. Y no debe olvidarse que se legisla para el futuro, anunciado con menos prejuicios y más utilización de la inteligencia en la vida y conducta social. La desaparición de esta incapacidad hubiera contribuido a ello, influyendo en la sociedad, en virtud de la interacción dialéctica de norma y sociedad, a que me refería al principio. Si por razones religiosas no conviene en general la adopción por clérigos o religiosos, que lo prohíba el Derecho Canónico. Y cuando, en algún caso particular, pueda una determinada adopción resultar inconveniente, teniendo en cuenta las circunstancia culturales y sociológicas o de otro tipo que le afecten, facultades tiene el Juez, por el artículo 173, para no aprobarla.

En cambio, la supresión de esta incapacidad se halla avalada, tanto por lo regresivo que es su establecimiento, frente al Derecho de otros países y a su ausencia del Proyecto enviado por el Gobierno, como por suponer una limitación civil de la libertad, sin fundamentos sólidos en que apoyarse. El Derecho Civil debe ser muy parco en la admisión o establecimiento de limitaciones de la libertad. Se legisla para todos los ciudadanos; y los clérigos y religiosos lo son. Esta incapacidad supone una discriminación por razones religiosas, que debe considerarse anticonstitucional; tanto más anacrónica cuanto que en los momentos actuales se tiende a separar lo civil de los eclesiástico y religioso en general. La Ley de Libertad Religiosa y la revisión del Concordato, que posiblemente no hará Ley del Estado al Derecho Canónico, son una clara muestra de ello. La Nota oficial del Gobierno sobre la revisión del Concordato, hecha pública por la Oficina de Información Diplomática el 6 de febrero último se pronuncia contra las "discriminaciones entre los ciudadanos por razones de índole religiosa" (60). Todo ello puede aconsejar que, siguiendo la teoría objetiva de la interpretación, que busca la voluntad de la Ley, separada de la voluntad del legislador, abandonando el resbaladizo camino de las pesquisas sicológicas y la esclavitud de los precedentes, se llegue a la solución apuntada al comienzo de este número, admitiéndose la adopción por sacerdotes y religiosos.

8. 2.º Tampoco puede adoptar el *tutor a su pupilo antes de aprobadas* definitivamente las cuentas de la tutela. No parece gramaticalmente correcta la dicción empleada por el Código Civil, porque es la preposición "a" y no la frase prepositiva "respecto de" que él utiliza, la que expresa con mayor propiedad y concreción la idea allí contenida. Su *fundamento* está en evitar posibles perjuicios al adoptando, cuando el adoptante pretenda con ello sustraerse a las respon-

(60) El punto 6) de la mencionada Nota oficial considera al Concordato como el instrumento jurídico negociable que asegure la sumisión de todas las personas pertenecientes a la Iglesia Católica, en cuanto ciudadanos, al ordenamiento jurídico del Estado, sin distinciones de origen religioso.

sabilidades dimanantes de una mala administración, siendo una incapacidad paralela a la que para el matrimonio establece el número tercero del artículo 45.

La aplicación de esta norma puede plantear algunos problemas que examinaré someramente. En primer lugar, para que la incapacidad funcione es necesario que la tutela esté completamente *constituida*, con consejo de familia, protutor, posesión del cargo y registración en el Registro Civil. En segundo término se precisa que haya surgido la *obligación* de rendir cuentas de la tutela. Aunque el precepto no lo diga expresamente, se deriva de su fundamento; y es necesario tener en cuenta los artículos 279, 280 y 281, que establecen la mencionada obligación. Por consiguiente, no afecta a los tutores de tipos especiales, ajenos a los bienes (61). Cuando el tutor hubiera obtenido el cargo con designación de frutos por alimentos (art. 279), la incapacidad existirá, porque, a pesar de las vacilaciones jurisprudenciales, la mejor doctrina no lo considera excluido de la obligación de rendir cuentas finales, por tener el artículo 281, que la establece, entidad propia e independiente del artículo 279, que lo libera de las anuales (62).

La aprobación ha de ser *definitiva*, por lo que cuando esté pendiente de recurso, subsiste la incapacidad. Como el artículo 287 del Código Civil establece la prescripción de cinco años para la extinción de las acciones derivadas de la tutela, parece que una vez *prescrita* la acción, desaparece la obligación y, por consiguiente, la incapacidad. Podrá objetarse que las cuentas no están definitivamente aprobadas, siendo éste el factor incapacitante y que su naturaleza es de orden público. Pero, teniendo en cuenta el fundamento de la incapacidad y la necesidad de que esa obligación exista, creo que, prescrita, la incapacidad desaparece. Así lo exige la aplicación restrictiva que debe hacerse de toda incapacidad. Y no se diga que puede adoptarse para eludir acciones penales derivadas de su gestión tutelar, que pueden no haber prescrito, porque la incapacidad se reduce a la falta de aprobación de las cuentas de la tutela, que nada tienen que ver con otro tipo de responsabilidades posibles, sin que sea lícita una aplicación expansiva o analógica del precepto (63).

La misma aplicación restrictiva, impide extenderla a los *herederos* del tutor, que, según los artículos 280 y 281 se hallan obligados también a la rendición de cuentas, pues la incapacidad se concreta al tutor y no a otros posibles obligados. La *autorización* de la adopción por el padre del pupilo no hace desaparecer la incapacidad, porque no existe aquí la expresa determinación legal de esa excepción, que aparece, por el contrario, en el semejante precepto del artículo 45.

El juicio que merece esta incapacidad es negativo: por arcaica y sin justificación suficiente, ya que el temido peligro está salvado por

(61) Tal será el caso de la tutela constituida con la única finalidad de prestar asistencia en juicio al casado, emancipado o habilitado de edad.

(62) De manera distinta parece opinar GAMBON, G., ob. cit., pág. 102.

(63) También en este punto GAMBON se pronuncia por la solución contraria en el lugar citado en la nota anterior.

la dinámica de las instituciones tutelares, en la que el protutor y el consejo de familia, que han de aprobar o no las cuentas, pueden evitar cualquier peligro en este sentido. La intervención judicial, que puede no aprobar la adopción, cuando resulte alguna inconveniencia para el adoptando, motivada por esa falta de aprobación de cuentas, debiera contribuir igualmente a la supresión de una incapacidad insuficientemente fundada.

9. 3.^º La *falta de consentimiento del cónyuge* también impide adoptar; salvo al declarado inocente en caso de separación legal (64). El *fundamento* de esta incapacidad se halla, de una parte, en la repercusión que la adopción puede tener en sus derechos (65); y de otra en la unidad familiar, plasmada en el artículo 56 del Código Civil, con la comunidad de intereses e identidad de fin, a las que se refiere el párrafo 7.^º del preámbulo de la Ley de 1970; unidad que impide la inclusión en la familia de nuevos miembros, contra la voluntad de uno de los cónyuges.

Por ello podría pensarse que, en los casos de adopción plena, o adopción simple del hijo del consorte, no sería necesario este consentimiento, al faltar los fundamentos de su exigencia (66). En efecto, tanto los derechos del cónyuge, padre del adoptando, como la unidad de una familia, a la que ya pertenecía, al ser hijo de uno de los esposos, en nada iban a resultar perturbados: Sin embargo, el precepto

(64) La falta de la excepción para el cónyuge declarado inocente en caso de separación legal, en la anterior regulación, indujo a PIÑAR, B., *ob. cit.*, página 167, a estimarlo necesario, tanto para el culpable como para el inocente, por falta de distinción legal.

(65) Junto a los derechos sucesorios, se hallan los alimentarios, entre los derechos de alcance patrimonial más importantes, que origina la adopción, y cuya satisfacción repercutirá en los derechos patrimoniales anteriores que correspondan al cónyuge. Sobre los sucesorios pueden verse: VALLET, J., *ob. cit.*; CASASÚS, E., *La representación respecto a los derechos hereditarios del hijo adoptivo en la herencia del adoptante* (Revista del Derecho Notarial número 29, Madrid, 1960), pág. 213; SOTO, F., *Derechos sucesorios del hijo adoptivo en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña* (Revista General de Derecho, Valencia, 1961), pág. 681; CASTRO LUCINI, F., *Los derechos sucesorios del hijo adoptivo* (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1962), página 617, y *Limitaciones a las disposiciones patrimoniales "mortis causa" establecidas en la escritura de adopción* (Estudios de Derecho civil en honor del Profesor CASTÁN, III, Pamplona, 1969), pág. 95; GUILLÓN, A., *Problemas de la sucesión del hijo adoptivo* (Estudios-Homenaje al Profesor D. Ignacio Serrano y Serrano, I, Valladolid, 1965), pág. 405, del mismo contenido que su anterior publicación, *Notas sobre los derechos sucesorios del hijo adoptivo después de la reforma del Código Civil* (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960), pág. 102; DE LOS MOZOS, J., *Adopción y pacto sucesorio* (Revista de Derecho Español y Americano, núm. 22, Madrid, 1968), pág. 11, y su revisión al *Derecho civil español* de CASTÁN, J., VI 3, Madrid, 1971, págs. 135 y 273; SOTO, A., *En torno al concepto de legado en la adopción* (Revista crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1965), pág. 39; y GARCÍA CANTERO, G., *ob. cit.*, pág. 105. Sobre los derechos de alimentos, v. SERRANO GARCÍA, I., *La deuda alimenticia en el caso de adopción en España* (Revista de la Obra de Protección de Menores, núm. 120, Madrid, 1968), pág. 158.

(66) Así lo había dicho ESPÍN, D., *Manual de Derecho Civil*, IV (Madrid, 1963), pág. 339, para la adopción plena, por ser insuficiente, al necesitarse adopción conjunta.

es claro y general a ambas formas de adopción, por lo que no podrá prescindirse de él. En la adopción conjunta no es lo mismo adoptar que consentir la adopción por el esposo. Actualmente, además de la adopción plena conjunta hay la separada del hijo propio natural reconocido y la del hijo del cónyuge (67), en las que tratándose de adopción plena, no admite duda la necesidad del consentimiento examinado, sin que haya motivo para creer en un distinto tratamiento jurídico del requisito, según los distintos supuestos.

Puede plantearse el problema de la posibilidad y el tiempo del desistimiento o *revocación* de ese consentimiento. Al establecer el artículo 173 su prestación sólo en el expediente judicial, es evidente que una vez prestado no puede revocarlo. Lo que ocurrirá es que su posterior manifestación contraria podrá en algún caso ser valorada por el Juez, inclinándole a negar la aprobación.

La *excepción* del cónyuge declarado inocente por ejecutoria de separación es perfectamente lógica, al faltar los fundamentos de la incapacidad, puesto que con la adopción, ni se afectan los derechos de su cónyuge, perfectamente delimitados, ni padece una unidad familiar, que ya no existe (68). La dificultad que pueda suponer para una posible reconciliación, muy poco probable, que se alegó en la Comisión de Justicia en contra de esta excepción (69), no pareció suficiente para suprimirla.

En cambio no aparecen recogidas otras excepciones, que bien pudieran haber tenido cabida en la redacción legal. Esto ocurrió con la del cónyuge separado legalmente, a quien no se hubiera declarado inocente o se *declarase culpable*, a pesar de que los fundamentos de la incapacidad faltan como para el inocente, y se cercena un derecho civil sin fundamento bastante. Se justifica la incapacidad de éste porque su culpabilidad hace presumir que no es apto para la protección, si se tienen en cuenta las causas de separación establecidas en el artículo 105 del Código Civil; y que el artículo 73 otorga la potestad paterna de los hijos al declarado inocente, sin duda por esa importante razón. Pero lo cierto es que si su cónyuge consiente, se le permite la adopción; y no por eso es mejor ni más apto para las funciones adpcionales. La indicada falta de fundamento junto al control judicial para impedir alguna adopción inconveniente fueron argumentadas sin éxito en la Comisión de Justicia (70).

Tampoco se salva de la incapacidad el *separado de hecho*, en el que la unidad familiar tampoco padece. Sin embargo, los derechos del otro cónyuge, que no se hallan modificados por situaciones de hecho, sí pueden resultar afectados con la adopción; aunque tam-

(67) Por la necesidad se pronuncia también CHICO, ob. cit., pág. 1417.

(68) Observa CALATAYUD, E., en *Crónica legislativa. Adopción* (Revista crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1970), pág. 1523, cómo constituye esto un efecto de la separación matrimonial no previsto en el art. 78 (cita errónea, que corresponderá al 73) del Código Civil.

(69) V. el cit. Diario núm. 63, pág. 9.

(70) V. lo manifestado por el Procurador GÓMEZ DE ARANDA en el lugar citado en la nota anterior.

bien es cierto que situaciones de este tipo no merecen esmeros protectores de derechos.

Una enmienda en la Comisión de Justicia (71) propuso excluir de la incapacidad el caso en que el cónyuge que haya de prestar el consentimiento esté *incapacitado* o *imposibilitado* de hecho para darlo, como en el caso de paradero desconocido. Y se rechazó por la Ponencia, estimando que la dificultad podría salvarse mediante el funcionamiento de los remedios jurídicos supletorios, previstos legalmente para actuar por el incapacitado o por el ausente. Olvidó aquí la Ponencia que nos hallamos ante una incapacidad jurídica especial, tanto por su fundamentación como por su colocación sistemática, y el efecto de nulidad consecuente de la adopción constituida sin tenerla en cuenta; y que de acuerdo con su naturaleza las suplencias no caben. La posición de la Ponencia parece abandonar las consecuencias constructivas antedichas; y, marginando la coherente valoración positiva del fenómeno, puede permitir —si se la considera en alguna medida como interpretación auténtica— la utilización desnaturalizadora de esos remedios supletorios. Normalmente será el mismo adoptante el que suplirá el consentimiento de su cónyuge, según los artículos 184-1.^º y 200-1.^º del Código Civil, si bien con la intervención del prototor, por la oposición de intereses que sirve de fundamento a la incapacidad, al resultar afectados los derechos del cónyuge. El consejo de familia también deberá autorizar este consentimiento, por aplicación analógica de lo establecido en el artículo 173-D).

A la hora de enjuiciar este precepto los motivos de censura se acumulan. Creo que debiera haberse *eliminado* como los demás factores negativos de la capacidad especial que se están examinando, por falta de suficiente fundamento, ya que el respeto a la unidad familiar, que lo es, e importante, se halla suficientemente salvaguardado con el consentimiento exigido por el artículo 173, de acuerdo con su verdadera naturaleza. Y la repercusión que la adopción pueda tener en sus derechos, particularmente los patrimoniales, no merece trato distinto del que se da a los demás familiares, con derechos sucesorios y alimentarios del adoptante, a los que ninguna intervención se da en la adopción.

Indudablemente, el legislador, aquí, en su afán reiterante y defecuoso en técnica legislativa, ha llegado a la antinomia. En efecto, el problema del consentimiento del cónyuge lo trata en tres ocasiones distintas: en el artículo 172, que examinamos, como incapacidad especial; en el artículo 173-A), como requisito de la adopción, que es su verdadera naturaleza, y con lo que debió bastar; y en el artículo 178, también como requisito de capacidad. Y los motivos de censura, aparte del *insuficiente fundamento* de la incapacidad, ya expuesto, son la *reiteración* de un mismo requisito, su *distinta naturaleza*, según el artículo en que lo trata, y lo *contradicitorio* de sus efectos. Según el artículo 173, si el cónyuge no puede ser citado, o citado no

(71) V. la enmienda del Procurador VALLBONA en el Diario cit. núm. 63, página 11.

concurre, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptando; y si concurre consintiendo la adopción es viable. Conforme al 172 no habrá posibilidad de adopción si no concurre; pero sí, si concurre consintiendo. Y en el 178, ni puede decidir el Juez, si no concurre el cónyuge, ni cesa la incapacidad por concurrir consintiendo, pues se exige la adopción conjunta.

La reiteración y falta de lógica se manifiesta también en el artículo 180, cuyo segundo inciso del párrafo primero, respecto al cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal, remite inexplicablemente al artículo 178, que se refiere a la plena, cuando a la misma conclusión hubiera llegado remitiendo al 172, que por ser disposición general le es propio; o mejor sin mencionarlo para nada, por estar ya previsto el supuesto en el mencionado artículo 172, que le es aplicable en virtud de su carácter general (72).

10. 4.^o Es, finalmente, tradicional en materia de adopción, mencionar, como requisito negativo de capacidad especial, el denominado *estraneidad*, o falta de parentesco o relación familiar con el adoptando (73). Ciertamente resulta anómalo que, existiendo ya un parentesco, se cree el adoptacional, carente del soporte natural que tiene el anterior. Nuestro Código Civil no lo menciona, y, por el contrario, admite expresamente la adopción por el padre natural en los artículos 172 y 178, justificándola, en el párrafo 9.^o del preámbulo, la Ley reformadora. Esto hace que solamente pueda constituir incapacidad para la adopción el parentesco más beneficioso que el adoptivo, por el principio general de la finalidad protectora del adoptando, y el requisito de conveniencia del último párrafo del artículo 173, en corcordancia con el de utilidad del artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dentro del *primer grado* pueden adoptar los padres *naturales* que han reconocido a sus hijos, por disposición expresa de los artículos 172 y 178. También los que, siendo conocidos, según el artículo 135, no los hayan reconocido, por ser beneficiosa la adopción para el hijo. Igualmente, y por la misma razón, pueden adoptar los demás padres *ilegítimos*, conocidos según el artículo 140. Y todos los padres *ilegítimos*, no conocidos legalmente, cuyo desconocimiento equivale a la ausencia de parentesco. La duda planteada por el profesor SERRANO (74) sobre si podrán adoptar los padres *ilegítimos* a sus hijos abandonados, ha de resolverse por el principio de la conveniencia, negando el Juez la aprobación cuando no haya suficientes garantías de protección adecuada, sin peligro de nuevo abandono. En cambio, la falta de estraneidad impide la adopción a los padres *legítimos y legitimados*, por no ser beneficiosa a los hijos la nueva situación, que,

(72) La mención del supuesto en el artículo 178 se explica como medio de excluirlo de los requisitos especiales de los casados en la adopción plena.

(73) V. GAMBON, G., ob. cit., pág. 139, y ARCE, J., *La adopción de abandonados y expósitos* (Madrid, 1968), pág. 52.

(74) V. *Consentimiento para la adopción* (Revista de la Obra de Protección de Menores cit.), pág. 155.

ni en lo económico, ni en la línea de protección general, añade nada a la filiación legítima.

En el *segundo grado* el *hermano* del adoptando también puede adoptar, cuando concurran los demás requisitos, porque la adopción puede beneficiarle, tanto económico como en el terreno de la general protección. Y lo mismo ha de decirse de los restantes grados del parentesco consanguíneo y de todos los del de afinidad, de los que expresamente menciona el artículo 178 la adopción de los hijos del cónyuge.

El *cónyuge* del adoptando carece de capacidad para la adopción, por la incompatibilidad de los estados de matrimonio y filiación, que habrían de coexistir, ya que la adopción no es causa extintiva del matrimonio. Y porque, si existiendo la adopción no pueden casarse (artículo 84.5.º), tampoco podrán adoptarse estando casados.

Con ello ha triunfado en nuestro Derecho la restricción de la incapacidad, permitiéndose la adopción a los padres ilegítimos, fundada en el principio de protección, único que la sostiene en los pocos casos mencionados en que opera, al no aparecer expresa en la regulación legal. Tal restricción está apoyada en razones sociológicas y de justicia. A las primeras pertenece el elevado número de adopciones de hijos ilegítimos reconocidos unilateralmente; y la segunda se ampara en la consideración de que los hijos ilegítimos ninguna culpa tienen de la conducta de sus padres.

En contra de la restricción militan respecto a los hijos ilegítimos varias razones. De escasa entidad es la alegación de que con ello se perjudica a la familia legítima, pues también se perjudica con las deudas del juego, que el artículo 1.411 coloca a cargo de la sociedad de gananciales; y con la adopción de otras personas, también posible actualmente. La perturbación familiar que podría introducir la adopción de un hijo ilegítimo, también utilizada para propugnar una extensión de la incapacidad, no puede producirse por la exigencia del consentimiento previo del cónyuge; y, en última instancia, la ponderación judicial, establecida en el artículo 173, podría evitar la inconveniencia en algún caso concreto. Finalmente tampoco parece importante el razonamiento de CICU (75), diciendo que con ello se concederían al hijo ilegítimo más derechos de los que la Ley consiente, pues también puede dárselos por testamento, en uso de la libre disposición.

Más fuerte es la consideración de que se trata de una superposición irracional de filiaciones (76); y que siempre se ha de estimar superior la real a la ficticia. No parecen suficientes los argumentos del preámbulo de la Ley de reforma, pues la adopción de los hijos del cónyuge, aludida en él como justificación, poco tiene que ver con la adopción de los propios hijos ilegítimos. La inserción en la corriente

(75) *La filiazione* (Milano, 1927), pág. 362.

(76) En este sentido se manifestaron en el debate de la Comisión de Justicia los Procuradores ANGULO, LANDÁBURU y VEGLISON, Diario cit. núm. 61, páginas 14 y 15.

humanitaria de dignificación de la filiación ilegítima, con otorgamiento de mayores derechos, tampoco es razón para eliminar esta incapacidad. Tal dignificación debe hacerse; pero por el camino directo y general de otorgar más derechos a los hijos ilegítimos, mediante la correspondiente reforma, en la que deben cristalizar los actuales movimientos ideológicos en este sentido. La orientación de nuestro ordenamiento jurídico, en esta materia de hijos ilegítimos, basada en viejos puntos de vista éticos y canónicos, debe actualizarse, teniendo en cuenta el derecho a igual protección social, que ostentan todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de él, conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la Carta de Derechos del Niño de 1959. Es de advertir cómo esta orientación jurídica y política igualitaria se conforma plenamente con la moral cristiana y la ética social de nuestro tiempo. Ningún argumento apoya ya el predominio de los intereses de los padres ilegítimos sobre los de sus hijos, que solamente un liberalismo napoleónico a ultranza pudo consagrar en el ordenamiento español (77). Pero ello no justifica el favorecerlos por el camino indirecto, aleatorio y contrario a la naturaleza, de convertirlos en hijos adoptivos.

11. b. El haber elevado el artículo 172 la capacidad de obrar plena a la categoría de requisito de capacidad jurídica especial motivó su examen anterior. Como propia *capacidad de obrar* no corresponde hacer más referencia que a la supletoriedad, en el único caso exceptuado de tal consideración, que es el de la mujer casada, según se expuso. Tal suplencia puede operarse, según el artículo 60, tanto por sustitución, mediante la representación del marido, como por complementación, otorgando la licencia para comparecer en juicio. De ambos medios es indudable el valor de la licencia. Pero el de la representación tropieza con el carácter personalísimo del acto de adopción, que impide la actuación por representante. No podrá, por consiguiente, realizar la adopción y prestar el consentimiento la mujer casada, por medio de una representación propia, sea la legal del marido o la voluntaria.

En los demás casos los problemas de la falta de capacidad de obrar quedan confundidos con los de falta de capacidad jurídica. Si falta la atribución de derechos, que ésta opone, imposible es el ejercicio de los mismos, que implica aquella, tanto directa y personalmente como indirectamente o por suplencia. No se puede ejercer un derecho que no se tiene.

12. B. Además de los requisitos de capacidad jurídica comunes a toda adopción, requiere *la plena otros*, establecidos por el artículo 178, cuya naturaleza es la de requisitos de capacidad jurídica especial.

a. La redacción de este artículo es confusa, a pesar de lo cual son perfectamente destacables dos supuestos. Uno de ellos —*el de*

(77) V. los trabajos sobre el estatuto jurídico de las uniones extramatrimoniales, publicados en el Anuario de la Escuela Judicial, Madrid, 1970.

los solteros y viudos— no requiere requisito alguno propio de la adopción plena, bastando los expuestos anteriormente; por lo que su mención en este artículo parece, por lo menos, innecesaria.

El otro supuesto es el de los *casados*, a los que se establecen limitaciones, derivadas de la exigencia del requisito triple de convivencia, adopción conjunta y duración del matrimonio más de cinco años antes de la adopción, en cuyo estudio me ocuparé seguidamente.

La *convivencia*, expresada en el artículo 178, al requerir que los cónyuges “vivan juntos”, supone una situación permanente. No se halla afectada por ausencias transitorias derivadas de circunstancias accidentales —necesidades de trabajo u otras—, ajenas a la voluntad de los esposos de romper de hecho o de derecho con el conjunto de funciones, derechos y obligaciones que constituyen el contenido matrimonial. El *fundamento* del requisito parece encontrarse en el principio de imitación de la naturaleza, que aconseja el acogimiento filial del adoptando en una familia, inexistente cuando falta la convivencia. No parece muy firme este fundamento, cuando se permite la adopción a solteros y viudos, en los que falta el arquetipo familiar al que tiende el requisito.

Se exige también la adopción *conjunta* por ambos cónyuges, al requerir este artículo que “procedan de consuno”. Se censuró la expresión por imprecisa en el debate de la Comisión de Justicia (78). Y efectivamente, el sentido de ella es el de proceder de común acuerdo, que no implica necesariamente la adopción conjunta de ambos cónyuges, según se quiso expresar, y como tradicionalmente se ha entendido. La distorsión semántica que su empleo supone, detectada en momento hábil para su corrección como aquél, debió evitarse. La única razón dada para su mantenimiento fue el ser la tradicional, que no parece suficiente cuando no es correcta. El significado de adopción conjunta, no obstante, puede deducirse del término “proceder”, que supone realizar ambos la misma acción. Esta acción comporta una doble conducta: de una parte cada cónyuge adopta, y de otra consiente o asiente la adopción del otro.

Su *fundamento* es la *unidad familiar*, que se halla favorecida por la comunidad de relaciones paternofiliales, mermada si no adopta más que uno de los cónyuges. Lo cierto es que la unidad familiar solamente padece si el nuevo miembro se inserta en la familia contra la voluntad de uno de los esposos; lo que no puede ocurrir, por impedirlo ya el artículo 173-A), requiriendo para la necesaria aprobación judicial el consentimiento del cónyuge no adoptante. Con este requisito de consentimiento conyugal debió bastar para impedir la perturbación de la unidad familiar, según se expuso ya en el número 9.

Se establecen dos *excepciones* a la exigencia de la conjunción. La primera es la de la adopción del *propio hijo natural*, en la que quiebra el fundamento, puesto que su paternidad unilateral ya existía an-

(78) El Procurador VIOLA impugnó la redacción, según puede verse en el Diario cit., núm. 65, pág. 14.

teriormente, sin ser creada por la adopción. Y la otra es la adopción, por uno de los cónyuges, del *hijo del otro*. También en este caso se respeta la unidad familiar, que se mantiene con la filiación bilateral, al ser el adoptado hijo de ambos esposos, si bien la naturaleza de esta filiación pueda ser diversa: adoptiva en el adoptante, y legítima o natural en el otro cónyuge.

Respecto al requisito de que los cónyuges lleven más de *cinco años de matrimonio*, debe estimarse aplicable, en cuanto a fundamento, cómputo y crítica, lo expuesto anteriormente a propósito de el de haber cumplido treinta años, aplicable a toda adopción (79).

De este triple requisito se exceptúa el *cónyuge declarado inocente*, en virtud de ejecutoria de separación legal, el cual puede adoptar, como el soltero o viudo, sin especiales exigencias para la adopción plena. Como ocurre con la incapacidad general tercera del artículo 172, con la que el paralelismo es evidente, según antes se expuso, no se exceptúa, en los casos de separación legal, al no declarado inocente o declarado culpable. Las poco sólidas motivaciones allí expuestas (80) han sido, sin duda, las que han guiado también esta diferenciación entre cónyuge culpable e inocente, dando a éste, en la adopción plena, un tratamiento de soltero o viudo, que, indebidamente, se niega a aquél.

No se trata directamente el caso de los *separados de hecho* de modo duradero. Sin embargo, es evidente su incapacidad para la adopción plena, porque, siendo casados, carecen del requisito de la convivencia, sin hallarse exceptuados de él.

13. b. Aparte de la *crítica*, hecha acerca de la exigencia de los requisitos establecidos para la adopción plena por los casados, en general el párrafo primero del artículo 178 es recusable. En su *redacción* es asistemático, mezclando anárquicamente supuestos con requisitos y excepciones. Del supuesto de los cónyuges y sus requisitos para adoptar, pasa a la excepción del cónyuge inocente, y al supuesto de los viudos y solteros, para volver a exponer nuevas excepciones a aquellos requisitos, sin redacción que denote su naturaleza, ni siquiera puntuación que los diferencie suficientemente.

Peor es aún su *contenido*, cuya expuesta falta de fundamento sólido aconsejaría la supresión de este párrafo. Con ello desaparecerían las normas de capacidad del adoptante, propias de la adopción plena, bastando con las generales del artículo 172, sin que ningún perjuicio sufriera su regulación institucional. En efecto, respecto a los solteros, viudos y cónyuges declarados inocentes en virtud de ejecutoria de separación legal, nada añade el artículo 178 a lo establecido en el 172. Y en cuanto a los casados, la única razón estimable de la existencia en ellos del triple requisito de convivencia, conjunción y duración matrimonial, es la de evitar perturbaciones a la unidad familiar, importante, aunque no sea la finalidad principal de la adopción, que consiste en la protección del adoptado. Pero la unidad fa-

(79) V. anteriormente el número 5.

(80) V. el número 9.

miliar se halla perfectamente salvaguardada con el consentimiento del cónyuge del adoptante, requerido por el artículo 173-A), como ya se dijo en los números 9 y 12.

La imitación de la familia, en la que se funda el requisito de la convivencia, así como la confirmación de esterilidad o consolidación familiar, en que se apoyan los otros, carecen de consistencia, tanto por razones médicas y sicológicas, como jurídicas. Las primeras muestran cómo lo importante no es la imitación familiar, sino la seguridad afectiva y protección, que pueden lograrse tanto con convivencia matrimonial como sin ella; sin que la certeza de la esterilidad sea necesaria para la adopción, al permitirse adoptar a personas con hijos, ni se logre mejor por duración matrimonial previa que por los adecuados exámenes médicos, como se vio en el número 5. Y jurídicamente no hay duda de que, si para la filiación legítima, a cuya regulación se tiende en la adoptiva, y adopción por solteros, viudos y separados legalmente inocentes, no se exige una especial duración matrimonial, tampoco debe exigirse para los demás.

III. CAPACIDAD DEL ADOPTANDO

14. Como se hizo al exponer la capacidad del adoptante, también aquí parece conveniente distinguir las normas aplicables a toda adopción de las que son propias de la adopción plena.

A. Poca atención presta el Código Civil a regular la capacidad del adoptando con carácter general, ni en su aspecto de *capacidad jurídica*, ni en el de capacidad de obrar.

a. En cuanto a la primera, se ha de atender fundamentalmente en esta materia a las normas generales del Derecho de personas, pues solamente se regula en la adopción algún requisito de capacidad jurídica especial, como es lógico que sea, de acuerdo con el contenido propio de la institución.

1) Respecto a *la general*, el primer requisito, al ser la adopción una institución del derecho de familia, es el de que se trate de una persona *física* (81), cuya vida y capacidad jurídica se desarrolla entre dos momentos fundamentales: el nacimiento y la muerte. A éste corresponde la extinción de la capacidad jurídica, según el artículo 32. Y en el primero se sitúa el comienzo, de acuerdo con el artículo 29 del Código Civil, conforme al cual el nacimiento (82) determina la personalidad, que es el vocablo con el que más frecuentemente se designa en el Código Civil a la capacidad jurídica.

Teniendo en cuenta el carácter favorable, que para el adoptando tiene la adopción, en realidad, el comienzo de su capacidad jurídica

(81) El empleo del vocablo para la protección de ciertas localidades, con efectos económicos y fiscales, denominándola adopción por el Caudillo, constituye una expresión metafórica, ajena a la institución estudiada.

(82) El artículo 30 del Código Civil establece los requisitos para que el nacimiento tenga efectos jurídicos. Coincide esta materia con lo expuesto en el número 3 para el adoptante.

se halla en la *concepción*, según el mismo artículo 29, que tiene al concebido por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones del artículo 30 (83). La objeción que pudiera hacerse a este momento iniciador de su capacidad jurídica, fundada en la indeterminación apriorística de su efectividad, condicionada al nacimiento con los requisitos legales, que va contra el principio de seguridad, propio del derecho de familia, se salva fácilmente, pensando que no es una condición voluntariamente añadida; y que el artículo 29 no admite excepciones, bastando lo favorable en cualquier institución para que la concepción sea considerada como el momento inicial de la capacidad jurídica. Los necesarios temperamentos pueden obtenerse mediante una restrictiva aprobación judicial, que exija la certeza del embarazo y la conveniencia de la premura. Una probable muerte del adoptante puede servir de ejemplo de esa conveniencia. En otro caso bien puede negarse, por no aparecer clara la conveniencia de la adopción anterior al nacimiento, favoreciéndose con esa denegación la seguridad jurídica, característica del Derecho de familia (84).

Esta amplitud con que se contempla la capacidad del adoptando tiene además una gran significación interpretativa, pues el criterio aperturista que incorpora, servirá para orientar la decisión de cualquier problema, facilitando la adopción, mediante la eliminación de todo obstáculo dudoso.

Sin embargo, presenta algún inconveniente, por la constitución sin la voluntad del adoptando de un estado civil de tanta trascendencia para él, teniendo en cuenta la irrevocabilidad proclamada en el artículo 177, que contrasta con la esencial revocabilidad, establecida por el artículo 737 para el testamento, con el que es común el límite de edad de los catorce años, según el artículo 663.

A remediarlo, en lo posible, tiende la concesión al adoptando de capacidad de obrar desde los catorce años. Y se exige, por el artículo 173, el consentimiento o asentimiento de los padres con potestad sobre el menor de edad o del tutor, con autorización del consejo de familia. También se requiere la audiencia de la persona que estuviere ejerciendo su guarda; y de los padres, cuyo ejercicio de potestad paternal haya sido suspendido o del que se le haya privado. La desconfianza que pueda surgir, en algún caso, sobre la conducta de estas personas o instituciones, tiene también su contrapeso o remedio en la exigencia por el mismo artículo de la audiencia del menor de catorce años y la aprobación judicial. Por otra parte, siempre queda al adoptando el recurso de pedir que se declare extinguida la adopción, por alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de

(83) El artículo 799 del Código Civil de Etiopía de 5 de mayo de 1960, obra de René DAVID, y la ley brasileña de 8 de mayo de 1957, se refieren expresamente a la posibilidad de ser adoptado el *nasciturus*.

(84) WALLEMACQ: *Adoption et legitimation par adoption*, en *Journal des Tribunaux* (Bruxelles, 1969), pág. 398, se pronuncia por la inadmisión de adopciones de concebidos no nacidos, para evitar presiones sobre madres solteras, que las induzcan a renunciar al niño antes del nacimiento.

los ascendientes, lo que podrá hacer, según el artículo 177, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad o cese de incapacidad en su caso. Aunque de menor amplitud que la revocación testamentaria, por la limitación de las causas, puede remediar algunos casos indeseables, que puedan presentarse.

15. 2) En materia de *capacidad jurídica especial* del adoptando, ningún factor *positivo* se recoge en el Código Civil. La conveniencia de limitarla a un período, con límites mínimo y máximo (85), ha sido objeto de estudio por la doctrina jurídica, con apoyo en razonamientos médico-sicológicos y sociológicos (86).

Se ha afirmado que el establecerse legalmente un límite *mínimo* de edad tendría la ventaja de evitar adopciones de niños recién nacidos, con el peligro de que tengan enfermedades o taras todavía desconocidas, lo que resultaría indeseable para el adoptante (87). Tampoco sería muy favorable para el adoptando, que se encontraría con frecuencia en una situación de rechazo, por la frustración que al padre adoptivo producirían estas enfermedades o taras, quizá importantes. Sin embargo, las razones para no limitarla han sido más fuertes, pues, si el temor a este riesgo existe, la solución está en que el interesado espere a realizar la adopción cuando médicaamente no es probable que no hayan podido detectarse cualquiera de las enfermedades —malformaciones, debilidad mental, trastornos sensoriales, afecciones neorológicas o trastornos del comportamiento y carácter— que más temidas puedan ser por él (88). Por otra parte, buscándose el bien del adoptando, éste es tanto mayor cuanto más pequeño comience a disfrutar sus beneficios. La finalidad protectora de la institución aconseja ampliarla lo más posible; y poderosas razones médicas y sicológicas inducen a las adopciones tempranas. Las investigaciones médicas sobre el desarrollo sicomotor y el afectivo han demostrado que la falta de un hogar tiene perniciosos efectos sobre los niños de corta edad (89). Tanto médicos como sicólogos afirman que normalmente la adopción será más beneficiosa para el niño cuanto más pronto se haga; beneficios que también alcanzan al adop-

(85) Sobre el problema en el Derecho de otros países puede verse VEGA, F.: *La edad del adoptado en el Derecho comparado* (Revista de la Obra de Protección de Menores cit.), pág. 171.

(86) Sobre la significación de las edades son interesantes: PALACIO, J.: *Edad, Derecho penal y Derecho tutelar* (Madrid, 1969); MENICHELA, V.: *Abbandono e adozione* (Torino, 1966); del mismo es otro trabajo publicado en "Esperienza di Reducazione", núms. 10-11, 1967, pág. 66, con el título de *Il bambino abbandonato e i problemi tecnico-assistenziali degli affidamenti per adozioni*; y BAVIERA, J.: *L'adozione speciale* (Milano, 1968).

(87) V. OLLIVIER, C.: *Adopter un enfant* (París, 1965), pág. 45. El artículo 348 del Código Civil de Luxemburgo, redactado por Ley de 13 de julio de 1959, recoge este límite de edad mínima, estableciéndolo en los seis meses. V. CASTÁN, J. M.ª: *La nueva ley luxemburguesa de adopción* (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1969), pág. 952.

(88) V. los trabajos citados de SÁNCHEZ BADÍA, MARTÍNEZ y ROF; así como la obra de OLLIVIER cit.

(89) CASTÁN, J. M.ª: *La edad del adoptado desde el punto de vista jurídico* cit., pág. 10.

tante (90). Es difícil que pasados los dos años de edad los niños abandonados —que constituyen la mayoría de los adoptados— no hayan sufrido retrasos en la evolución de estructuras y funciones fundamentales para el desarrollo posterior. Y a partir de los cuatro o cinco la falta de hogar produce malformaciones síquicas origina-adoras de frustraciones, fijaciones y angustias, difícilmente reversibles.

Estadísticamente se comprueba cómo el mayor número de peticiones de adopción se inclina por niños de muy pocos meses, con el deseo de que nazcan en él más tempranamente los lazos afectivos (91).

También se ha pedido el establecimiento de una edad *máxima* para ser adoptado, por estimarse que los mayores de edad, ni necesitan protección, ni desarrollan afecto (92). Más bien las finalidades de estas adopciones son desviación de la protegida con la adopción, bien sea de carácter económico (obtener alguna pensión o vivienda) o, sobre todo, de naturaleza fiscal (93). En este sentido se pronunció en la Comisión de Justicia de las Cortes el Procurador ARRÚE (94); postura que no se estimó aceptable, por considerarse que se oponía a la orientación francamente aperturista de la Ley, y que en muchos casos la adopción era la consagración de vínculos afectivos anteriores. Además, el control judicial de la conveniencia, según el artículo 173, podría yugular algún caso que, sobre desviado, pudiera perjudicar al adoptando (95). Otros, que, aunque no consideren directamente los fines propios de la adopción, puedan no perjudicarle, sino más bien beneficiarle, no hay por qué evitarlos u obstaculizarlos en esta Ley (96). La valoración de estos argumentos se hace solamente en la regulación de la capacidad del adoptando para la adopción plena, en la que sí se establece un tope máximo de edad.

(90) V. las conclusiones de MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 34.

(91) Indirectamente supone también el establecimiento mínimo de edad, la exigencia de cierto tiempo de abandono o de convivencia con el adoptando, propugnada por algunos, para asegurarse antes de la firmeza de las decisiones de abandono o adopción, respectivamente, por los padres de naturaleza, o los adoptantes, según los casos.

(92) A los menores restringe la adopción el Código polaco de la familia y la tutela de 25 de febrero de 1964.

(93) Puede verse sobre el tema lo expuesto por BÁS, B., *La adopción en los impuestos sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales* (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1965), pág. 289, y por PALÁU, J., *Algunas consideraciones de orden fiscal sobre la adopción* (Revista de la Obra de Protección de Menores *cit.*), págs. 123 y 125.

(94) Diario *cit.*, núm. 61, pág. 8. En el mismo sentido puede verse la comunicación de GARCÍA CANTERO, G., *La adopción de mayores de edad*, a las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción, publicada en la Revista de la Obra de Protección de Menores *cit.*, pág. 88. También alude a ello MADRUGA, J., *La adopción* (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1963), pág. 781, y la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo citada en el núm. 7 ordena a los Fiscales que se opongan a la adopción, cuando se utilice, en fraude de la Ley, como instrumento para otros fines.

(95) Para el Derecho alemán pueden verse las consideraciones de BOSCH en su informe *Zur Volljährigen-Adoption* (Familienrecht, 1964), pág. 401.

(96) En este sentido se pronuncia también CASTÁN, J. M.^a, *ob. cit.*, en *Estudios cit.*, pág. 11.

Como factores *negativos* de la capacidad jurídica especial del adoptando se establece en el párrafo último del artículo 172 la incapacidad especial de ser hijo adoptivo de otra persona, salvo que ésta sea el cónyuge del adoptante. En algunos países (97) esta incapacidad cesa con la muerte del adoptante. Y en España, aunque no se diga expresamente, así ha de entenderse también, porque entonces falta la simultaneidad de la adopción, que es lo prohibido por el precepto citado.

En caso de *anulación* del matrimonio ha de entenderse que hasta la declaración de nulidad la adopción ha sido válida, aunque exista la incapacidad en examen, por así resultar del artículo 69 del Código Civil, según el cual, respecto de los hijos, el matrimonio nulo surtirá efectos civiles, aunque haya intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges. Y después de declarada, la duda puede plantearse entre la nulidad que parece imponer la incapacidad del último párrafo del artículo 172 y la producción de efectos civiles del citado artículo 69. A favor de aquél se halla el ser un precepto más específico, que, de acuerdo con el artículo 4 del Código Civil, convierte en nula la adopción, por ser contra lo dispuesto en la Ley, sin que en la misma se ordene su validez. Y la aplicación del artículo 69 se halla apoyada por ser más favorable al adoptado. Quizá la mejor solución sea distinguir su situación *personal* de su situación *patrimonial*. La primera deberá regirse por lo establecido en el artículo 70, con lo que se mantiene fundamentalmente la unidad de potestad paterna, que, como se expondrá posteriormente, motiva la incapacidad. En la segunda, de acuerdo con el artículo 69, el adoptado conservará todos sus derechos respecto a los dos adoptantes. En todo caso siempre cabrá la anulabilidad de la adopción por error, a petición del adoptado o de los intervenientes por él en la adopción.

El *fundamento* de la incapacidad se halla en el principio de la *unidad paterna*, que hace a la paternidad incompatible (98). Si es contraria a la naturaleza la pluralidad de la potestad paterna en las relaciones paternofiliales legítimas, tampoco puede aceptarse esa pluralidad en las adopcionales, que tienden a equipararse a aquéllas. De todos modos se trata de una incapacidad que pudiera y quizás debiera no haberse consignado en la reforma de 1970, puesto que la unidad de potestad paterna podría haberse mantenido mediante la solución expresamente establecida por la Adoption Act de 1958 en Inglaterra, que da validez a la última adopción, dando a los adoptantes anteriores el mismo tratamiento jurídico que a los padres legítimos cuando son adoptados sus hijos.

La formulación de esta incapacidad tampoco parece ser del todo afortunada, pues al decir que “nadie puede ser adoptado *simultáneamente*”, la expresión no excluye las adopciones sucesivas, sino sola-

(97) Tal es el caso de Grecia, según los artículos 1.568 y siguientes; y de la Adoption Act irlandesa de 24 de abril de 1962.

(98) No se opone a lo expuesto la existencia de padre y madre no esposos, pues la potestad paterna, en este caso, corresponde sólo a uno de ellos.

mente las simultáneas. Pero como no resuelve el conflicto de potestades paternas que de ello podría resultar, cuando la posterior adopción se efectuara antes de haberse extinguido la anterior, parece que es requisito para aquélla la orfandad adoptiva, lo que supone la exclusión de toda otra adopción, sea simultánea o sucesiva. Por ello habrá de considerarse que la palabra adoptado no se emplea como participio, refiriéndose al hecho de adoptar, sino como sustantivo, designando al hijo adoptivo; explicación un tanto forzada, porque para ello más claro habría sido decir que nadie puede ser simultáneamente hijo adoptivo de más de una persona, salvo la excepción allí consignada. Esta confusa redacción podría ser una fisura para dar entrada a la solución inglesa, si conviniere en algún caso. El tratar a la anterior paternidad adoptiva como la legítima, lo que supondría la extinción de sus efectos jurídicos, podría alcanzarse por vía interpretativa, acudiendo a la equiparación que el artículo 176 establece entre el hijo adoptivo y el legítimo en todo lo no regulado expresamente.

También debe hacerse mención, en cuanto a los requisitos negativos de la capacidad jurídica especial, al de ser *cónyuge* de un adoptando o adoptado, tradicionalmente considerado como causa de incapacidad, en virtud del principio adopcional de imitación de la naturaleza. Sin embargo, lo cierto es que nuestro Código Civil actualmente no la recoge, y el artículo 84 no impide el matrimonio entre hijos adoptivos, ni son ampliables sus impedimentos a éstos, por la naturaleza restrictiva del precepto. En consecuencia, no veo inconveniente para que se pueda adoptar al *cónyuge* de un adoptando o adoptado. Si no se prohíbe el matrimonio de adoptados, ninguna razón hay para prohibir la adopción de casados. Al menos mientras el Código Civil no lo diga expresamente.

Por último, respecto a la *extraneidad*, factor negativo de capacidad jurídica especial del adoptando, como los anteriores, debe darse por reproducido lo expuesto anteriormente en el número 10 a propósito del adoptante, por tratarse de elemento común a las dos partes de la relación adopcional.

16. b. La *capacidad* de obrar frecuentemente falta en el adoptando (99), de una parte, porque no se exige una edad mínima para ser adoptado, y de otra, porque la mayoría de las adopciones se realizan en la infancia del adoptando, cuando es menor, no sólo de veintiún años, sino incluso de catorce. Y tratándose de la adopción plena, sólo excepcionalmente puede rebasar esta última edad (100).

1) Como se vio anteriormente (101), la capacidad de obrar *plena* está integrada por el factor *positivo* de la mayoría de edad (art. 320)

(99) Aquí solamente importa para la constitución de la relación adopcional. Después de constituida, la falta de la capacidad de obrar del adoptado es suplida por el padre adoptivo, como su representante legal.

(100) Así lo dispone el artículo 178, según se expondrá bajo el número siguiente.

(101) Se trató de esta materia bajo los números 2 y 4.

y el *negativo* de la ausencia de restricciones, mencionadas como tales en el artículo 32 y como excepciones en el 320.

2) La *limitación* de la capacidad de obrar del adoptando ha sufrido una notable reducción y complicación en la reforma de 1970, al exigir el artículo 173-B) el consentimiento del adoptando mayor de catorce años, a diferencia de la regulación anterior, cuyo artículo 176 solamente lo requería —opino que con mayor acierto— cuando el adoptando era mayor de edad y capaz. Esto exige tratar por separado la capacidad de obrar del menor de edad, mayor de catorce años, y la del menor de esta edad.

a) El primero tiene capacidad de obrar para la constitución de la relación adopcional, por lo que la limitación de capacidad de obrar de los menores no afecta a los *mayores de catorce años*. Y constituye una excepción a la norma general del artículo 155 del Código Civil, según la cual el padre y, en su defecto, la madre tienen, respecto de sus hijos no emancipados, el deber de representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho. Estas funciones en defecto de padres corresponden al tutor, conforme al artículo 262, que prevé la posibilidad de excepciones cuando, como en este caso, una expresa disposición legal disponga que el tutelado puede ejecutar por sí mismo un determinado acto jurídico.

Tal capacidad de obrar se infiere del artículo 173-B), exigiendo para la adopción el *consentimiento* del adoptando mayor de catorce años —lo que constituye no un mero acto de colaboración, sino de *decisión*—, a diferencia del artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sólo requería la *exploración* de su voluntad (102). Este precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente debe considerarse inaplicable a los mayores de catorce años, por ser el 173-B) del Código Civil Ley posterior contraria (103).

Para demostrar que la exigencia del consentimiento del menor de edad mayor de catorce años supone la declaración de su capacidad de obrar adopcional, basta aducir el penúltimo párrafo del mismo artículo, cuando coloca el consentimiento del adoptando en paridad de importancia con el del adoptante, entre los exigidos por él, como únicos sobre cuya falta el Juez no puede resolver lo que considere más conveniente. El consentimiento del padre y madre o tutor, concurrentes con el del menor de edad mayor de catorce años (104), no

(102) El artículo 1.831 de la misma ley establece la *intervención* del adoptando mayor de edad en el otorgamiento de la escritura pública, sin especificar la naturaleza de esta intervención.

(103) Es de lamentar que una reforma como la de 1970 no haya afectado también a la ley de Enjuiciamiento Civil, para actualizar sus preceptos sobre el expediente de adopción, despojándolos de residuos pretéritos, fosilizados, como la arrogación, y armonizándolos con los nuevos del Código Civil.

(104) Parece errónea la afirmación de ARCE, *En torno al consentimiento...*, cit., pág. 53, de que la ley de 1970 concreta la emisión del consentimiento del padre y la madre al menor de catorce años. Y resulta anacrónico y ajeno a la actual regulación el planteamiento de PUIG, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, t. II, v. II (Madrid, 1971), pág. 177, sobre la que estima dudosa necesidad del consentimiento de los padres para la adopción de sus hijos

es decisario ni supletorio del menor, sino que técnicamente, como indica el párrafo 10 del preámbulo, encaja mejor en la figura del *asentimiento*, ajeno a la suplencia de una incapacidad de obrar. Consentimiento y asentimiento son actos estructuralmente distintos: uno dirigido a constituir y otro a aprobar (105).

Ciertamente que el disentimiento del padre impedirá la adopción, salvo en los casos de niños abandonados. Pero esto no deriva de actuar por el menor, sino del ejercicio de su potestad y atribuciones familiares o tutelares, cuyo respeto exige su colaboración a la adopción, impidiendo hacerla contra su voluntad. Como interesados, sus manifestaciones pueden ser sumamente útiles para la estimación que ha de hacer el Juez sobre la conveniencia de la adopción, en la misma línea en que se halla la audiencia del menor y demás personas llamadas a ser oídas. En suma, que en el consentimiento auténtico, para cuya prestación hace falta capacidad de obrar, hay *decisión*, en el asentimiento hay *colaboración*, y en la audiencia, *información* (106). Hallándose unidas las dos últimas en el asentimiento, y las tres en el consentimiento del padre, madre o tutor menor de catorce años.

Corrobora la función no representativa del consentimiento de padres o tutor, cuando concurren en la adopción con el del mayor de catorce años, el que no basta el consentimiento del padre, sino que se requiere que, conjunta o separadamente, lo preste la madre, carente de la representación del menor cuando ésta la ostenta el padre.

Tampoco creo que se trate de un caso de capacidad *parcial*, que necesite la intervención de su representante completando su deficiencia (107), porque el párrafo penúltimo del artículo 173 permite la adopción sin intervención complementadora del padre, madre o tutor, cuando no pudieren ser citados, o citados no concurrieren, como se admite en el artículo 174 para la adopción de menores abandonados; sin que pueda pensarse que en estos casos tiene el adoptando capacidad total, y sólo parcial cuando concurrieren las personas citadas. La explicación se halla en que la intervención de tales personas es ajena a la capacidad de obrar del adoptando, exigiéndose por otros fundamentos. Esta posición disipa todas las perplejidades y censuras expuestas por ARCE en su trabajo citado sobre el consentimiento.

En cambio, según el artículo 177 carece de capacidad de obrar el adoptado para pedir la extinción durante toda la minoría de edad. Este diferente tratamiento jurídico deriva de la seguridad con que se quiere dotar a la adopción, de acuerdo con la manifestación inicial

emancipados por concesión, pues desde el momento en que no estén sujetos a la patria potestad tal consentimiento no es necesario, según el artículo 173-D.

(105) JANNUZI: *Manuale della voluntaria giurisdizione* (Milano, 1968), página 143.

(106) Las definiciones que de consentimiento, asentimiento y audiencia da el *Diccionario de la Lengua española* (Academia de la Lengua, Madrid, 1970), virtualmente coinciden con lo expuesto, al hacer referencia a los conceptos de admitir, otorgar y aducir, respectivamente.

(107) En este sentido se pronuncia ARCE: *En torno al consentimiento...* citado, pág. 50.

del artículo, declarándola irrevocable. Para ello se facilita menos su extinción que su constitución (108).

En esta capacidad de obrar del mayor de catorce años puede verse una *contradicción*, entrañando una verdadera aporía, con lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, en el que no se halla el menor de edad, mayor de catorce años. Igualmente ocurre frente a lo dispuesto en el artículo 1.852 de la misma Ley, que, en armonía con el artículo 155 del Código Civil, establece la representación en juicio de los menores por las personas que ejerzan sobre ellos la potestad paterna o tutelar. Y el artículo 1 parifica la comparecencia en juicio de los actos de jurisdicción contenciosa y voluntaria. No cabe otra explicación que la de que su prestación de consentimiento, aunque se haga en juicio, no supone comparecencia en él. Y que la comparecencia en juicio es un concepto procesal, sólo aplicable a las partes o personas que pretenden o frente a quien se pretende la satisfacción de pretensiones (109).

Puede apoyar esta solución el considerar a la adopción como un negocio jurídico *unilateral*, para cuya *validez* basta la declaración de voluntad del adoptante, como ocurre con la emancipación por concesión y en el reconocimiento de hijo natural. Según ello, la única parte en el expediente de adopción sería el adoptante, no hallándose el adoptando afectado por los artículos 1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El consentimiento del adoptando, como el del emancipado o reconocido, es solamente requisito de *eficacia*, por afectar a su estado civil (110).

17. b) En la *minoría de catorce años* el adoptando carece de capacidad de obrar, remedándose su incapacidad con la representación (111), que, según el artículo 155, corresponde al padre y, en su defecto, a la madre. Esto aunque los padres sean menores de edad, por el carácter personalísimo e intransferible del contenido

(108) Sobre las limitaciones y condicionamientos para pedir la extinción de la adopción puede verse lo manifestado por ESPÍN, D.: *Una nueva familia civil: la adoptiva* (Salamanca, 1963), págs. 6 y 14.

(109) Esto choca con lo dispuesto en el artículo 1 de la ley de Enjuiciamiento Civil, citado, que da tratamiento común a la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, no viéndose en esta última esa pretensión frente a alguien. Por otra parte, el adoptando en este caso comparece para otorgar su consentimiento no de forma accesoria, sino como principal protagonista. Es, por consiguiente, ésta una explicación bastante forzada, a falta de otra mejor, para intentar armonizar preceptos creados sin contemplar sus repercusiones técni-co-jurídicas.

(110) Sobre la naturaleza jurídica de estos actos y la función y consecuencias jurídicas del consentimiento del adoptando, emancipado o reconocido, puede verse lo expuesto por DE CASTRO en la página 214 de su obra citada. Diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la adopción son expuestas por CASTRO LUCINI, F.: *La nueva regulación legislativa de la adopción* (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1971), pág. 41.

(111) Así lo establece el artículo 797 del Código Civil del Japón de 1961.

ético-jurídico de la potestad paterna, en que se funda esa representación, como observa la citada Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo. A falta de ambos le representará el tutor, conforme al artículo 262 (112). Cuando no esté constituida la tutela, será el Juez Municipal el que desempeñe esta función, según el artículo 203. No parece necesario constituir una tutela con esta sola finalidad, bastando la intervención mencionada, en ejercicio de la tutela provisional, que legalmente le incumbe (113). La representación de los menores de catorce años, hijos ilegítimos no naturales reconocidos, no corresponde al padre o madre, porque carecen de estado de filiación y, por consiguiente, de la potestad paterna, de la que emana esa representación. Será el tutor, nombrado de acuerdo con los artículos 302 y 231 del Código Civil, quien le represente. Tanto la mención del padre o madre del artículo 155 como la del 173-C (114) han de entenderse referidas a los supuestos de filiación legal, que no alcanza a la ilegitimidad no reconocida o no reconocible. En todos estos casos el consentimiento del padre, madre o tutor funde su función específica con la supletoria de la capacidad de obrar del adoptando, cuya incapacidad remedia.

Como frecuentemente el adoptando será un niño *abandonado* en alguna institución de beneficencia, el Jefe de la misma será quien le represente, según el artículo 212 (115), en el otorgamiento de la escritura pública, correspondiendo la representación en juicio al Ministerio Fiscal, conforme al mismo artículo. En este caso el Fiscal intervendrá en la aprobación, de una parte, con carácter genérico, en virtud de lo dispuesto en el artículo 173 (116), y de otra, como representante del menor.

Cuando la representación corresponda al adoptante, como ocurri-

(112) Al constituirse la adopción se extingue la tutela, según el número 1 del artículo 278, sin perjuicio de que la posterior desaparición del vínculo adopcional motive una nueva necesidad de tutela. V. MORENO, B.: *La tutela de los hijos adoptivos* (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1965), pág. 444.

(113) LETE, J.: *Tutela provisional* (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1967), pág. 154.

(114) El párrafo primero del artículo 176 de la anterior regulación remitía en estos casos al artículo 47, párrafo tercero, que menciona a la madre legalmente conocida, en la que, como expone ARCE, J.: *La regulación legal española sobre filiación ilegítima a la luz de los derechos del niño* (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1970), pág. 643, se halla comprendida la madre ilegítima no natural.

(115) Nada importa que la tutela no esté constituida, pues su representación deriva de los preceptos de la tutela y es ajena a la intervención en el expediente, exigida por el artículo 173, como se expuso en el número anterior. El artículo 138 del Código de la Familia vietnamita, según la redacción recibida por Decreto-ley de 23 de julio de 1964, exige expresamente el consentimiento de la institución acogedora, con lo que su función representativa se une al consentimiento institucional.

(116) Este precepto no es más que una aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.º-2 del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 27 de febrero de 1969, en armonía con el 2.º-4.º de su Estatuto, de 21 de junio de 1926, en forma semejante a como actúa en virtud de lo dispuesto por los artículos 215 y 692 del Código Civil.

rá en los casos de transformación de adopción simple en plena (117), o la adopción de los propios hijos naturales reconocidos, expresamente recogida en los artículos 172 y 178, así como en los casos de acomodación a la nueva regulación de las adopciones anteriores, a las que se refiere la disposición transitoria de la Ley de 1970, se puede plantear el problema de la validez del autocontrato o la necesidad de la intervención del defensor judicial (118). La clave de la solución se halla en la *oposición* de intereses entre las partes, que impide admitir en nuestro Derecho el autocontrato cuando se dé aquélla; y a la vez es el presupuesto del artículo 165 para el nombramiento de defensor judicial. Tal oposición no parece existir en estos casos. Y el control judicial de la conveniencia para el adoptando parece excluir la misión del defensor.

La limitación de la capacidad de obrar procesal, derivada de los artículos 59, 315, 317 y 324 del Código Civil, de los subtipos de minoría, integrados por la *emancipación* y la *habilitación de edad*, no se aplica al adoptando porque, al establecer el artículo 173 la prestación del consentimiento por el adoptando mayor de catorce años, en cuyo caso se hallarán siempre los emancipados o habilitados, este precepto ha de prevalecer sobre aquél, por el principio de especialidad e incluso el de posteridad. En efecto, el artículo 173 es más especial que aquéllos, por referirse a la adopción concretamente, frente a la generalidad de los anteriores; y en su actual redacción es posterior a ellos, impidiendo su aplicación, incompatible con él. Aunque con otros razonamientos también llega a esta conclusión la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo recientemente citada.

La *incapacitación*, que los artículos 32 y 200-2.^º consideran como supuestos de capacidad de obrar limitada, debería privar al adoptando incapacitado de la capacidad de obrar adopcional, salvo cuando se trate de una incapacidad como la derivada de la *prodigalidad*, que no incide sobre la persona, sino sobre los bienes, de acuerdo con el artículo 224. El artículo 221 restringe la capacidad del pródigos a los actos prohibidos en la sentencia, que por la naturaleza de la prodigalidad no trascienden de lo patrimonial (119). Lo mismo ocurre con el *interdicto*, al que el artículo 229 priva solamente de la administración de los bienes y actuación en juicio. Y ha de entenderse, conforme a lo expuesto, que su prestación de consentimiento en el expediente adopcional no exige capacidad procesal, por no ser parte. En cuanto al *incapaz de hecho*,

(117) V. ARCE, J.: *La adopción menos plena de expósitos y abandonados y su transformación en plena* (Oviedo, 1968).

(118) V. ARCE, J., Ob. cit. en Estudios cit., pág. 76. A esta cuestión parece apuntar la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo antes mencionada en el tercer párrafo del apartado primero. Pero la desenfoca confundiendo los conceptos de consentimiento, audiencia y representación, y sustituyendo aquél por la audiencia de los padres por naturaleza, si existen, o por la representación del Fiscal.

(119) Se trata de un acto comprendido en la excepción prevista en el artículo 262.

es obvia su capacidad de obrar legal, al no haber sido incapacitado. Pero sería una adopción impugnable si se probara este estado cuando se realizó la adopción. Lo que ocurrirá normalmente es que tal prueba tropezará con grandes dificultades. No obstante, la valoración judicial podrá evitar cualquier inconveniencia que de la adopción pudiera derivarse para el adoptando incapaz de hecho.

Sin embargo, cuando todos estos sean mayores de catorce años, el artículo 173 también requiere el consentimiento, sin distinción alguna, al cambiarse la redacción del artículo 176, que regulaba la materia anteriormente, excluyéndolos del consentimiento. En estos casos de incapacitación se plantea, con mayor crudeza aún que en los de menores de edad, mayores de catorce años, la anomalía de aparecer exigido su consentimiento sin excepciones, cuando sean mayores de catorce años; aun en el caso del loco. Ello repugna al más elemental sentido de la realidad e inclina a preferir, como ya apunté anteriormente, la redacción de 1958. Precisamente en casos de subnormales la finalidad protectora de la adopción resalta más que en cualquier otro, debiendo favorecerse, liberándola de un consentimiento, que tantas veces podrá ser infundado e irracional, tanto en su prestación como en su negación, por el estado mental del llamado a prestarlo (120).

El remedio a esta incapacidad, si contra lo expresamente establecido se impone el buen sentido, negando la capacidad de obrar al adoptando incapacitado, al menos en los casos extremos de demencia, será la representación, que ejercerá el tutor, con autorización del consejo de familia, cuando la tutela estuviere constituida conforme establece el artículo 173-D). Aunque no se halla la adopción entre los actos para los que el artículo 269 exige al tutor la autorización del consejo de familia, su enumeración no es taxativa, por lo que lo dispuesto en el artículo 173 no es antinómico con aquél. En estos casos la actuación del tutor tendría una significación multifactorial: informativa y colaboradora del asentimiento, propia de la exigencia del artículo 173-D), y decisoria, por representación del tutelado.

Otra limitación de capacidad de obrar es la de la *mujer casada*, según el artículo 60 del Código Civil. Sin embargo, para la adopción, como la falta de intervención del esposo no impide que el Juez la apruebe, puede entenderse que tiene capacidad de obrar, no necesitando representación —por otra parte inaplicable por el carácter personalísimo del acto—, ni licencia marital. El consentimiento del marido, cuando concurre de acuerdo con el artículo 173-D), que lo exige, salvo el caso de separación legal, tiene carácter de asentimiento material, ajeno a la capacidad de obrar procesal.

Respecto a la contradicción del artículo 173 con el 59 y 317, so-

(120) Así lo hace el Código Civil portugués en el último párrafo del artículo 1.974, exceptuando de la necesidad del consentimiento del mayor de catorce años, a los que no tengan uso de sus facultades mentales.

bre los emancipados y habilitados de edad, y el 60 en cuanto a la mujer casada —que les prohíben comparecer en juicio sin asistencia o licencia de determinadas personas—, y con el artículo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil —respecto a los anteriores y a los incapacitados mayores de catorce años—, debe reiterarse lo expuesto acerca del menor de edad mayor de catorce años en el número anterior sobre la distinción entre prestación de consentimiento y comparecencia en juicio.

18. B. La *adopción plena* requiere, además, como requisito de capacidad jurídica especial el límite máximo de edad de *catorce años* (121), con las excepciones que examinaré posteriormente. Constituye esta limitación una excesiva restricción, contradictoria con lo acordado en el Convenio de La Haya de 1964 y la Convención Europea en Materia de Adopción de Niños citada (122), que la establecieron en dieciocho años (123), con lo que desde el primer momento estuvieron de acuerdo los representantes españoles (124).

Ha supuesto, sin embargo, una apertura (125) frente a la ordenación modificada, al no exigirse el requisito del abandono (126).

(121) En Italia para la adopción especial se requiere menor edad de ocho años. V. VEGA, F.: *La reciente reforma de la adopción en Italia* (Anuario de Derecho civil, Madrid, 1968), pág. 646.

(122) V. la nota (42).

(123) En esta edad se fija por la Ley de 8 de octubre de 1965, que introdujo en Chile la legitimación adoptiva. V. CASTÁN, J. M.ª: *La Ley Chilena citada*.

(124) V. *Actes et Document de la Deuxième Session*, de la conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, II, Adoption (La Haya, 1965), páginas 161 y 195, y FERRER, R., *Un comentario desde el punto de vista español al convenio de La Haya de 1964 sobre adopción* (Revista crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1969), pág. 1.255. Varios representantes, como los de Austria, Bélgica e Inglaterra, pidieron que se señalara hasta la mayoría de edad.

(125) A ella se refieren los párrafos 15 y 16 del preámbulo, como factor progresivo de la nueva regulación. Menciona el párrafo 16 al Proyecto, como lo hacen los 1, 3, 4, 5, 7, 8, 12, 13, 14 y 17, cuando debiera emplear la palabra Ley, al haberse convertido en ésta el originario Proyecto. La falta de adaptación del preámbulo del Proyecto al constituido en preámbulo de la Ley, ha originado en muchos casos dicciones incorrectas.

(126) Cuando el niño no esté abandonado se requiere, sin embargo, el consentimiento o asentimiento del padre y la madre, o tutor, según el artículo 173-C), del que el artículo 174 exime en caso de abandono. Respecto al abandono, pueden verse los trabajos de ARCE, J., *En torno a los conceptos de abandonado y expósito como sujeto de la adopción* (Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1967), pág. 323, y *La adopción menos plena de expósitos y abandonados*, cit. El citado art. 174 da un concepto de abandono más amplio que el anterior a la reforma, en el que, como observa el párrafo 11 del preámbulo de la Ley, resulta innecesaria la referencia a la figura anacrónica y peyorativa del expósito. Las dificultades del anterior concepto fueron tema principal de las I Jornadas Nacionales de la Adopción, celebradas en Madrid, en Mayo de 1966. V. FERNÁNDEZ, F.: *Las Jornadas Nacionales sobre la adopción* (Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1966), pág. 322. Y se trataron también en las II, celebradas en Oviedo en 1968. V. CASTÁN, J. M.ª: *Las II Jornadas Nacionales sobre la adopción* (Anuario de Derecho civil, Madrid, 1968), pág. 919. También, de acuerdo con

Pero el colocar tal límite en la mayoría de edad (127) habría significado, además de una mayor apertura, unificar los límites de edad, cuyo establecimiento responde a fundamentos semejantes. La mayoría de edad tiende a proteger a la persona, que antes de esa edad no se considera suficientemente capacitada para regirse. Y esta finalidad protectora es la que se asigna a la adopción, como fundamento. ¿Quién duda que el adoptando necesita protección hasta la mayoría de edad, en que, como norma general, puede regirse y desenvolverse con autonomía? Pues la adopción plena, como la potestad paterna, pueden subvenir a esta necesidad en forma paralela (128).

Como razón del límite de edad establecido se considera el principio de imitación de la naturaleza, en la que la relación paterno-filial surge en la infancia. Si se admitiese la adopción de personas adultas, tal imitación quedaría desbordada. Sicológicamente tiene su apoyo en la más fácil generación de vínculos afectivos entre adoptante y adoptado, vínculos tan importantes para que la institución cumpla con la mayor plenitud posible sus fines: tanto los protectores respecto al adoptado, como los de remedio a la soledad y deseos de proyección futura, que, al margen de esta protección, está demostrado estadísticamente que persiguen los adoptantes.

El hecho de que la edad de catorce años se cumpla después de iniciado el expediente, pero antes de haberse cubierto todas las etapas, declaradas constitutivas para la adopción, deberá resolverse por la aplicación analógica del principio procesal de la perpetuación, que rige la litispendencia, como concepto comprensivo de todos los efectos jurídicos procesales de la iniciación del proceso. Según él la situación enjuiciada es la que con el comienzo del proceso queda fijada jurídicamente; sin que se halle afectada por las modificaciones posteriores. Y, concretamente, en cuanto a las partes, supone, como norma general, la conservación de los requisitos que integran tanto la capacidad como la legitimación (129). En la práctica, por

su ámbito, que afecta a toda clase de adopción, aparece ahora la mención del abandonado entre las disposiciones generales.

(127) En los veintiún años se establece en el art. 368, párrafo 2.º, del Código Civil belga redactado por Ley de 21 de marzo de 1969. El art. 345 del Código Civil francés, reformado por Ley de 11 de julio de 1966, establece el límite de la mayoría de edad, para los que han sido objeto de adopción simple o acogidos, por quienes no tenían los requisitos legales para adoptar, antes de los quince años; edad en la que se establece el límite para el resto de los casos. Y lo mismo el art. 1.974 del Código Civil portugués de 25 de noviembre de 1966. Pero el afectar sólo a los supuestos excepcionales mencionados hace a estas regulaciones más restringidas que la española, en que para ello no establece límite alguno.

(128) Ningún límite de esta clase establece el art. 270 del Código Civil de Colombia, en su nueva redacción, recibida por Ley de 1960.

(129) Expresamente se establece en el párrafo 3.º del artículo 314 del Código Civil italiano vigente, que el cumplimiento de la edad durante el curso del procedimiento, no obsta a la declaración del estado de adoptabilidad. Aunque el procedimiento aludido no es el expediente de adopción, refleja la solución aquí expuesta. Pueden verse sobre el tema la obra de PALLADINO, A., *L'Adozione speciale* (Milano, 1967), pág. 10, y CASTÁN, J. M., *La edad...*, citada, pág. 97

otra parte, difícilmente se plantearán problemas, puesto que en la mayoría de los casos, cuando se inicie el expediente de adopción, existe ya una situación de convivencia, de mayor o menor duración, que constituye una de las excepciones al requisito.

En efecto, el artículo 178 establece como *excepciones* a la exigencia de la menor edad de catorce años las de la convivencia o la vinculación, anteriores a esa edad. Según este precepto pueden ser adoptados los mayores de catorce años, cuando estuvieren viviendo antes de cumplirlos en el hogar y compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos. Basta, pues, la *convivencia anterior*, sin necesidad del prohijamiento, requerido por la legislación reformada. Tampoco se exige duración alguna para esta convivencia, por lo que, de acuerdo con el criterio aperturista, basta la anterioridad, prescindiendo de toda duración.

La otra excepción es la *vinculación*, familiar o afectiva. Se manifestó, en el debate de la Comisión de Justicia de las Cortes, que debiera concretarse la excepción a la vinculación familiar, por aparecer la afectiva demasiado vaga y de prueba difícil (130). No obstante prosperó la redacción dada, amparada en su mayor apertura, obviándose las dificultades probatorias con la actuación valorativa del Juez, expresamente dispuesta en este artículo. Esta vinculación también ha de ser *anterior* a los catorce años: en cuanto a las relaciones familiares, por su propia naturaleza; y respecto a las afectivas, porque aunque, a diferencia de la otra excepción, nada dice el Código, lo contrario anularía prácticamente el requisito. Bastaría crear el lazo afectivo con anterioridad al expediente, mediante la situación adecuada, y, cuando se estimase suficientemente sólido, proceder a la adopción plena, aunque el adoptando fuera ya no sólo mayor de catorce años sino, incluso, adulto o anciano.

La redacción del segundo párrafo del artículo 178, en que se regula el requisito en examen, ya fue censurada en el seno de la Comisión de Justicia (131), por su falta de concreción, con extensión muy superior a la que reclama su contenido. Además, la excepción de convivencia referida a "los adoptantes o de cualquiera de ellos" contradice lo expuesto en el primer párrafo del mismo artículo, que permite la adopción plena a solteros y viudos. En efecto, esa redacción literalmente supone que la excepción de la convivencia sólo sería aplicable a la adopción por cónyuges. Sin embargo, la falta de fundamento de esta discriminación de trato jurídico, según el estado de los adoptantes, hace más razonable pensar que se trata de un defecto de redacción.

(130) Diario de sesiones cit., núm. 65, pág. 15.

(131) V. lo manifestado por el Procurador RODRÍGUEZ: Diario de sesiones cit., núm. 65, págs. 14 y 15.

IV. ENJUICIAMIENTO DE LA REFORMA DE 1970 EN ESTA MATERIA

19. A. Como *apreciación general* es elogiable en la reforma, aprobada conforme al Dictamen de la Comisión de Justicia (132), lo que tiene de *progresiva* y simplificadora, con el gran predicamento otorgado a la función judicial, única capaz de apreciar la pluralidad de matices que en la adopción pueden presentarse.

a. Significa en materia de capacidad adopcional un notable avance en la trayectoria *aperturista* de la institución. Entre los requisitos exigidos para *toda adopción*, son muestras de esta orientación la *reducción de la edad* del adoptante, de los treinta y cinco años del ordenamiento modificado, a los treinta establecidos por ella; así como la diferencia de edad entre adoptante y adoptando, que se ha reducido en dos años, fijándola en dieciséis, y eliminándola, como los demás requisitos de edad, cuando se trate de adoptar a los propios hijos naturales reconocidos. Menos acertada parece la exigencia de los requisitos de edad en uno solo de los cónyuges, por las razones expuestas al tratar de ellos. Igualmente elogiable es la supresión de la *prohibición de descendientes*, que, junto al avance aperturista, supone la armonización con lo establecido en la Compilación especial de Derecho Civil de Cataluña (133).

La misma finalidad persiguen en la *adopción plena* la ampliación de la posibilidad de adoptar a los *solteros*, la generalización a los menores de catorce años de su capacidad para ser adoptados plenamente, aunque *no se hallen abandonados*, y la ampliación de las *excepciones* a esa minoría de catorce años, en los términos recientemente expuestos.

b. El carácter de la adopción como institución no dogmática, contraria a los esquemas rígidos y necesitada en muchos casos de criterios de oportunidad, valorables individualmente, aconsejó una simplificación en su ordenamiento, sólo posible concediendo un amplio margen de actuación al *arbitrio judicial*, como se hace en la vigente regulación. Su valor es evidente, pues permite el progreso de la institución, exigido por su carácter dinámico, liberándola de rigideces anquilosantes.

El artículo 173 contiene la más *general* de las manifestaciones

(132) Puede verse publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, núm. 1.104, de 22 de junio de 1970.

(133) V. el art. 6 de la Compilación Especial de Derecho civil de Cataluña, y CASTRO LUCINI, F.: *La adopción en la compilación del Derecho civil Especial de Cataluña* (Anuario de Derecho civil, Madrid, 1962), pág. 71. La finalidad aproximadora del Derecho catalán se destaca en el párrafo del preámbulo, si bien con incorrecta redacción, que al decir "esta última aproxima", expresa que la mencionada prohibición aproxima a ambos derechos, cuando la aproximación deriva de la supresión. A este antecedente de la actual regulación se refiere también VALLET, en el estudio citado, pág. 601. Estima fundada la prohibición LÓPEZ, A.: *La adopción* (Revista de Derecho Judicial, Madrid, 1967), núm. 31, pág. 29.

del arbitrio judicial, al determinar que, aun cuando concurran todos los requisitos necesarios para la adopción, el Juez valorará siempre su conveniencia para el adoptando, conforme a las circunstancias de cada caso. Se contiene en él la entrega al control judicial, tanto de la *legalidad* de la adopción —concurrencia de requisitos—, como de su *conveniencia* (134) para el adoptando, en armonía con la utilidad requerida por el artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De aquí lo extraño que resulta el posterior otorgamiento de escritura pública, exigido por el artículo 175. Si el expediente judicial tiene valor constitutivo, como dice el párrafo 10 del preámbulo, y es lógico que lo tenga, es comprensible la posterior etapa registral, porque cumple funciones de publicidad, trascendentales en todo lo que afecta al estado civil. Y podría realizarse en virtud del auto judicial, como se inscriben los autos de cambio de nombre o apellidos, y otras muchas resoluciones que afectan al estado civil. Así se hace con el auto de aprobación de la adopción en otros países como Italia, Francia y Portugal. Pero difícil es alcanzar el significado de la escritura pública, que deviene un trámite inútil y vacío de contenido, al hallarse en la parte dispositiva de la resolución judicial cualquier pacto, sobre la escasa materia convencional que queda a la adopción. El sistema judicial del Derecho anglosajón y de otros muchos países, como Italia, Bulgaria, Polonia, Israel, Grecia, Argentina, Bolivia, Guatemala Uruguay y Venezuela, Israel, Grecia, Argentina, Bolivia, Guatemala, Uruguay y Venezuela, debió quedar implantado en toda su pureza por esta reforma (135). En esta línea simplificadora se halla la eliminación del trá-

(134) A este control remite BATLLE, Ob. cit., pág. 671, la consideración de la diversa religión de adoptante y adoptado, porque, al resultar atribuida a aquél la patria potestad, podría producirse alguna de las situaciones que la Ley de Libertad Religiosa considera como lesivas para los derechos reconocidos en la misma, en el párrafo segundo de su artículo segundo. En la Ley irlandesa de 1962, así como en los Estatutos revisados de Quebec y Leyes de algunos Estados norteamericanos se prohíbe adoptar a personas de diferente religión. Y al arbitrio del Juez se refiere también la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, antes mencionada, en el último párrafo de su apartado segundo. Las motivaciones del adoptante y ventajas del adoptando, han de ser factores importantes a considerar en la ponderación judicial. V. CASTRO LUCINI, F., Ob. cit. (Anuario de Derecho civil, Madrid, 1966), página 339.

(135) Los argumentos expuestos por CASTRO LUCINI, F., en su trabajo *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: III. Forma o procedimiento* (Anuario de Derecho civil, Madrid, 1970), pág. 288, han perdido gran parte de su fuerza en la nueva regulación. Como ocurre al respecto con el trabajo *Naturaleza jurídica y acto constitutivo de la adopción*, de LA VALLINA, A. (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969), pág. 437, y *Notas sobre perfección y forma en la adopción*, de SANCHO, F. (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1965), pág. 1109. Cobran valor las argumentaciones de CAMY, B., *La adopción y figuras similares ante la nueva regulación* (Revista crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1959), pág. 42, y CIMA, C., *En orden al procedimiento de adopción para determinados supuestos de menores abandonados* (Revista de Derecho Procesal, Madrid, 1968), página 155. Ya antes del Código Civil era difícil darle significación alguna.

mite establecido por el artículo 176 de la anterior regulación, cuando el adoptando estuviere sometido a la tutela de un establecimiento de beneficencia, que se hacía ante la Administración del mismo (136).

En *materia de capacidad* el artículo 178 remite expresamente a la valoración judicial la existencia e importancia de los *vínculos* familiares y afectivos entre adoptante y adoptando, que permitan la adopción plena del mayor de catorce años. Pero, al margen de preceptos específicos, en el general de la conveniencia se encuentra la solución a diversas *cuestiones* que surgen en materia de capacidad, como las de riesgos de alguna adopción, en la que uno de los cónyuges adoptantes tenga igual edad que el adoptando (137), o que puedan preverse en ciertas adopciones de hijos ilegítimos (138). También ha hecho *innecesaria* la inclusión de otras incapacidades propuestas, como la de los mayores de edad para ser adoptados (139) y la de ciertos condenados (140), así como la de los extranjeros (141).

La, en su momento (142) razonada, aplicación restrictiva de la capacidad adopcional del concebido no nacido, encuentra en el arbitrio judicial su instrumento jurídico adecuado. A él se acudió también en el debate de las Cortes para apoyar la enmienda no aceptada, que pretendía suprimir el distinto tratamiento jurídico de la adopción por los cónyuges separados, según hayan sido declarados culpables o inocentes, alegándose que no era necesaria, como norma general, constitutiva de indeseable discriminación insuficientemente fundada, porque la inconveniencia de algún caso podría salvarse con negar su aprobación el Juez (143). Y habría sido suficiente para *eliminar* otras poco fundadas incapacidades, como la derivada del estatuto religioso (144) y la del tutor (145).

20. C. Motivos de *censura* existen en la nueva regulación en examen, tanto desde la perspectiva de la técnica legislativa como

V. en ZARZOSO, E., *Teoría y práctica de la redacción de instrumentos públicos* (Madrid, 1887), pág. 197, el contenido de aquellas escrituras, reducido a una cláusula en la que se refería al auto judicial, y otra, ratificando el consentimiento prestado en el expediente.

(136) V. HERRERA, H., *Tramitación de los expedientes de adopción de las acogidas a establecimientos de beneficencia* (Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid, 1971), núm. 884, pág. 3).

(137) V. lo expuesto anteriormente en el número 6 y la nota (36).

(138) Temores puestos de manifiesto por el Procurador RIVAS, como puede verse en el Diario de sesiones cit., núm. 61, pág. 14. En el mismo número, pág. 12, consta el recurso de BATLLE al arbitrio judicial para evitar el peligro aquí referido.

(139) V. anteriormente el núm. 15 y la nota (94).

(140) V. el núm. 7 y la nota (50).

(141) V. anteriormente el núm. 7 y las notas (51) y (52).

(142) V. el núm. 14.

(143) V. el núm. 9 y la nota (70).

(144) V. el núm. 7.

(145) V. el núm. 8.

considerando su insuficiente apertura en muchos aspectos relativos a la capacidad estudiada.

Destaca, en cuanto a los defectos de *técnica legislativa*, la aparente correcta formulación de la incapacidad o prohibición *primera del artículo 172*, con la que se intentó conciliar las diversas tendencias existentes dentro de la Comisión de Justicia de las Cortes; y que dio como resultado un precepto en blanco, sin darse cuenta de que, al tratar de integrarlo con la legislación canónica a la que remite, se convierte en una norma vacía, según se vio en el número siete. Defectuosa es también la inclusión del consentimiento del cónyuge en el *número 3.º del artículo 172*, que, según se expuso anteriormente (146), en modo alguno debió figurar como incapacidad, desnaturalizando un requisito del consentimiento que, en su verdadera naturaleza, aparece en el artículo 173, con consecuencias jurídicas antinómicas. Y en la misma línea se halla la defectuosa formulación del requisito positivo de la capacidad jurídica especial, constituido por la capacidad de obrar plena que aparece en el texto legal, como "hallarse en el ejercicio de todos sus derechos civiles" (147). O el superfluamente reiterante *párrafo primero del artículo 180*, claramente eliminable (148). Y la *redacción del artículo 178*, asistemático, mezclando anárquicamente requisitos y excepciones; y con contradicciones internas entre sus párrafos primero y segundo (149).

Su regulación *demasiado restrictiva* aparece en la exigencia de una edad especial de *treinta años* para poder adoptar, a la que, como se vio en su momento (150) no hay posibilidad de encontrar fundamento suficiente. Y lo mismo cabe decir de todas las *incapacidades especiales o prohibiciones* del artículo 172, tanto las referidas a los adoptantes (151), como la del último párrafo, que afecta al adoptando (152). Las especialidades de la capacidad del adoptante para la *adopción plena*, tampoco tienen justificación, según se expuso al hacer la crítica de estas normas (153).

En el momento de la reforma, una adecuada técnica legislativa y sentido del momento en que aquélla tuvo lugar --con las tendencias de facilitación y simplificación dominantes, instrumentadas con un amplio arbitrio judicial—, hubieran bastado, como normas propias de la capacidad adopcional, la de la *capacidad de obrar plena* del adoptante, con *dieciséis años*, al menos, más que el adoptando, sin excepción alguna. Esta capacidad debió ser común para toda clase de adopción, sin que la plena requiriese especialidad al-

(146) V. el núm. 9.

(147) V. el art. 172 y el núm. 4.

(148) V. el núm. 3.

(149) En el número 13 puede verse la crítica a este precepto.

(150) V. el núm. 5.

(151) V. los núms. 7, 8 y 9.

(152) V. el núm. 10.

(153) V. el núm. 13.

guna más que en cuanto al adoptando, al que debió establecerse un límite máximo de edad algo más elevado que el existente, y quizás coincidente con la *mayoría de edad*, rompiendo así con la tendencia legislativa a hacer proliferar edades especiales para cada institución o acto jurídico, sin razón suficiente para ello. La excepción, en cuanto a este límite de edad, derivada de la anterior *convivencia* o *vinculación*, parece acertada, si bien esta última, que si es de índole *familiar* resulta sólida, presenta cierta vulnerabilidad cuando es simplemente afectiva, por lo que tampoco parece aceptable. En efecto, o tiene su origen en la convivencia, o en el parentesco, y entonces ya se halla incluida en las anteriores; o es de origen muchas veces sospechoso (154) o al menos desdeñable a efectos adpcionales.

21. D. El porvenir inmediato de las nuevas estructuras jurídicas previstas se presenta esperanzador, porque —aparte del aliciente de la prevención conflictual, que supone la irrevocabilidad, favoreciendo la perdurabilidad de la adopción, frente a cualquier sorpresa de posteriores reclamaciones por parte de los padres legítimos—, en el terreno concreto de la capacidad en examen la actual regulación tendrá un efecto multiplicador de las adopciones.

a. Aumentarán *inmediatamente* tanto la oferta como la demanda en la adopción, vocablos bastante expresivos, aunque puedan parecer poco adecuados en Derecho de familia. La primera porque la no exigencia del abandono para que la adopción pueda realizarse incrementará el número de los que puedan adoptarse de esta forma, entrando en su círculo niños no abandonados de familias necesitadas, o en situaciones especiales, para los que la conveniencia de la adopción propuesta inducirá a los padres a prestar su consentimiento. Igualmente la excepción al límite de catorce años de edad por convivencia o vinculación anterior, es más amplia y clara que la del prohijamiento, exigida antes.

La demanda de adoptandos aumentará notablemente, gracias a la facilitación que supone, tanto la reducción de la edad mínima del adoptante a treinta años, como la menor diferencia de edad, que, al ser de diecisésis años, se ha reducido en dos frente a la anterior, sin exigirse más que en uno de los cónyuges. En la misma línea se hallan, para aumentar las peticiones, la supresión de la prohibición de descendientes y la posibilidad de la adopción plena por solteros, así como por el cónyuge del padre natural, legítimo o adoptivo; y la adopción del propio hijo natural.

b. El futuro más *lejano* depende de las corrientes adpcionistas. En ello influirá decisivamente la evolución de las *costumbres* (155).

(154) Puede plantearse el caso del vínculo afectivo del amante, que nunca debiera ser suficiente para la adopción.

(155) Al cambio de mentalidad social atribuye ARCE, J., en *Las posibilidades legales de la adopción de abandonados en España* (Revista de la Obra de Protección de Menores cit.), pág. 49, el robustecimiento de la institución, antes de mutación legislativa alguna. Cambio manifestado también en la creación en 1968 de la Asociación Española para la Protección de la Adopción.

Los actuales estímulos de la adopción —tanto directamente altruistas y protectores del adoptando, en armonía con la finalidad legal, como los que buscan el consuelo de la paternidad frustrada o la satisfacción del íntimo deseo de perduración (156), que los hijos realizan, y que, aunque egoístas, también comportan beneficiosas consecuencias para el adoptando— pueden cambiar con el tiempo, repercutiendo en la vida de la institución. Su función de respuesta a los problemas personales de las parejas estériles, o de transformación de una situación de hecho en situación de Derecho, así como a los sociales de la infancia abandonada, con todo su contenido familiar, económico, afectivo, formativo e integrador, no puede sustraerse a la evolución social. Por otra parte, observa MARMIER (157), cómo la adopción, junto a sus funciones, presenta eventuales *disfunciones* o peligros. No parece de gran importancia una posible reducción de la nupcialidad en favor de uniones libres, cuyos hijos regularicen su situación por esta vía. Mayor trascendencia se otorga a que retarde la toma de conciencia colectiva sobre las causas del abandono de niños, de las que la sociedad es responsable en gran medida, por insuficiente ayuda. Por eso el día en que se llegue a una situación social que elimine las dificultades materiales y facilite a la madre el afrontamiento de sus responsabilidades, se reducirán los casos de abandono y consiguiente necesidad de adopción.

También los *descubrimientos* científicos pueden variar la marcha de esta institución. La extensión del uso de contraceptivos puede mermar de manera importante el número de adoptados, y la inseminación artificial ha supuesto ya en Norteamérica una gran disminución de adoptantes. Como, aunque la finalidad primordial de la adopción sea la de protección del adoptando, siguen siendo los sentimientos naturales y sociales de perpetuación y compañía del ser humano, antes mencionados, los que más estimulan al adoptante a afrontar los muchos sacrificios que aquélla supone, cuando la esterilidad aparece combatida, dejan de ser adoptantes los que lo habrían sido para tener hijos, de los que biológicamente se hallaban privados.

Las *corrientes natalistas* tendrán un gran influjo en esta materia. Una sicología colectiva hostil a la fecundidad también puede reducir el número de adoptantes. Parece, sin embargo, que no existen síntomas de que esto merme las adopciones, porque, según los demógrafos, la iniciada hostilidad hacia los muchos hijos es compatible con la llamada búsqueda del primer hijo. Y, como esta búsqueda es la que anima la mayoría de las adopciones, no parece que aquélla llegue a afectar a la institución en gran medida. Tampoco parece que las *directrices políticas* puedan perjudicarla, porque la demografía muestra cómo éstas, al tratar de regular la natalidad, la

(156) V. anteriormente lo expuesto sobre finalidad de la adopción en la nota (12) y en el núm. 18.

(157) Ob. cit., pág. 327.

planifican reduciéndola, pero no la rechazan. Y, al no ser el pequeño número de hijos el que estimula las adopciones, si no la carencia de ellos, que no es estimulada por los políticos planificadores de la población humana, sus ideas restrictivas no parecen afectarla (158).

De aquí la importancia de las investigaciones sociojurídicas para iluminar a políticos y juristas, de acuerdo con el dinamismo institucional de la adopción, referido al comienzo de este estudio.

(158) Internacionalmente goza la adopción de los mayores impulsos. La Comisión Jurídica Internacional del B.I.C.E., en *Fundamento moral de la adopción en una sociedad cristiana* (Revista de la Obra de Protección de Menores cit.), pág. 66, la considera como el medio más eficaz para que la infancia abandonada pueda gozar de todas las ventajas que la sociedad puede proporcionarle. Con ella obtiene un nombre, una seguridad, y sobre todo vive en una atmósfera de afecto que le permite desarrollarse totalmente. Así recibe satisfacción el derecho a la vida, libertad y seguridad, proclamado en la Carta de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948. Y el 20 de noviembre de 1959, el mismo Organismo Internacional publicó la Declaración de los Derechos del Niño, cuyos puntos II, III y IV, hacen referencia a los mayores bienes que la adopción comporta.

La capacidad para adoptar y el estatuto religioso del matrimonio

LUIS DIEZ-PICAZO

1. *Introducción: Genética de las leyes y factores causales del pensamiento legislativo.*—Nuestro Código Civil, en el antiguo artículo 173, prohibía, como es sabido, la adopción “a los eclesiásticos”. Tras la reforma introducida en el texto del Código por la Ley de 4 de julio de 1970, la norma ha pasado a referirse a aquellas personas cuyo estatuto religioso les prohíba el matrimonio. Al parecer, en el Anteproyecto de Ley, elaborado por la Comisión General de Codificación, y en el Proyecto de Ley remitido a las Cortes por el Gobierno, la prohibición del antiguo artículo 173 del Código Civil había desaparecido, probablemente porque no se la consideraba suficientemente justificada. Había desaparecido y no había sido sustituida por ninguna otra. El texto del Proyecto de Ley fue objeto de diferentes enmiendas y de vivas discusiones en el seno de la Comisión de Justicia de las Cortes. Como consecuencia de aquellas enmiendas y de aquellas discusiones vio la luz el nuevo texto legal, de acuerdo con el cual, como al principio decíamos, la adopción queda prohibida a aquellas personas cuyo estatuto religioso les impida el matrimonio.

Ciertamente, el tema no es especialmente grave, ni tampoco trascendente. No justifica, seguramente, por sí sólo, un estudio de carácter teórico o doctrinal. Es muy posible que no plantea ningún tipo de problemas de orden práctico y es muy probable que la mecánica y el desenvolvimiento de la adopción como institución llamada a cumplir una determinada función social, no sufra en absoluto mena-
gua alguna. Si el tema suscita mi interés es por otro tipo de razones. Me parece que puede ser utilizado como una especie de test o de módulo para ensayar un análisis crítico de la génesis de los textos legales, para tratar de determinar lo que cabría llamar los factores genéticos del pensamiento jurídico en el plano legislativo y, por último, para constatar la exactitud y las dificultades del reflejo del pensamiento jurídico en un plano textual con referencia a un análisis del lenguaje.

Ante todo, cabe ensayar, como decía, el análisis de la génesis de los textos legales y de los factores genéticos del pensamiento jurídico actuantes en la legislación. RIPERT ha hablado de la nece-

sidad de indagar las "causas de la ley" (1). Constituye una actitud demasiado simplista el justificar el origen y el fundamento de la ley en una abstracta "voluntad del Estado". Existe, dice RIPERT (2), una "genética de las leyes", que es una ciencia que hay que desarrollar. Es posible que esta "genética de las leyes" no se corresponda exactamente con la dogmática, sino que pertenezca al campo de la Sociología, pero no es por ello menos jurídica. La determinación del origen y del proceso de creación de una ley puede ser un elemento decisivo en orden a su aplicación, a su puesta en práctica y a su interpretación. Como ha dicho ANGEL LATORRE, un examen completo de las leyes no puede limitarse a su superficie, sino que ha de calar más hondo, indagando las causas y los factores reales que han concurrido en su formación, las fuerzas sociales que las han promovido, los móviles y fines que en ellas alienten (3).

Estos factores genéticos de la legislación son de muy diferente cariz. En los regímenes de tipo absoluto, el simple capricho o la conveniencia personal puede ser el factor determinante de la aparición de una ley. Otras veces, la ley nace del deseo de resolver un caso concreto o de la proyección que un caso concreto ya resuelto, que puede haber tenido una cierta resonancia, determina por vía de generalización. Muchas veces, la ley constituye un proyecto de solución de conflictos de intereses que se encuentran latentes o en tensión. La presencia de constelaciones de intereses en el proceso de producción de una ley constituye un fenómeno evidente. En el íter legislativo se concitan los intereses en pugna y tratan de dejarse oír. En estos casos, la ley suele ser el resultado de un compromiso o de una transacción entre los grupos defensores de los contrapuestos intereses. No creo que la adopción por los eclesiásticos se encuentre —al menos, frontalmente— en ninguno de los casos citados. No hay un verdadero conflicto de intereses, por lo menos, de modo directo, ni tampoco una proyección sobre el legislador de experiencias resonantes anteriores. Es precisamente esto lo que dota al estudio de una mayor vivacidad. En la preparación de la reforma han aparecido otros tipos de factores genéticos. Cabe llamarlos "estereotipos" y "estimativas" (4). Este es precisamente el tema que el análisis de la reforma nos suscita: los estereotipos y las estimativas actuando sobre los autores de un texto legal y configurando un determinado tipo de razonamiento, que gira o se mueve alrededor de ellos.

El problema en torno a la adopción por los eclesiásticos, que en términos legales se traduce en si dicha adopción va a ser prohibida o permitida, plantea una serie de temas, que se deslizan a través de una amplia gama de cuestiones, en la que los interrogantes surgen

(1) RIPERT: *Les forces créatrices du droit*, París, 1955, págs. 80 y sigs.

(2) *Op. y loc. cit.*, pág. 81.

(3) LATORRE: *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1968, pág. 64.

(4) Sobre la utilización de estos conceptos, vid. KLINEBERG: *Psicología social*, trad. cast., México, 1963, págs. 206, 219, 453 y sigs.; KRECH-CRUTCHFIELD-BALLACHEY: *Psicología social*, Madrid, 1965.

en punto a su conveniencia, a su utilidad o a su valoración social o cultural.

2. *El planteamiento decimonónico de la cuestión y su identidad sustancial.*—La discusión estaba ya planteada en el siglo XIX. Se suscitó inicialmente entre los comentaristas del Código Civil francés y fue reproducida por los comentaristas del Código Civil italiano. BORSARI (5) nos proporciona un resumen perfectamente utilizable de la misma.

El silencio del Código Civil francés permitió la contienda doctrinal entre los comentaristas. DURANTON (6) y MARCADE (7) eran contrarios a la capacidad de los sacerdotes católicos para adoptar. Fundaban su parecer en el principio de que los sacerdotes católicos no pueden casarse y de esta premisa obtenían la conclusión de que, toda vez que no pueden tener hijos legítimos, no pueden adoptar. En todo caso, añadían, la ley hubiera debido declararlo expresamente. Otros comentaristas, entre los cuales puede citarse a DEMOLOMBE (8) y a PONT (9) suscribieron la opinión favorable a la capacidad. Esta tesis fue también la admitida por una célebre decisión de la Corte de Casación francesa de 26 de noviembre de 1844. De la prohibición del matrimonio, se decía, no es justo deducir que quede prohibida la adopción. Se razona mal cuando tal consecuencia se considera como necesaria. De la idea de que la adopción imita a la naturaleza no puede concluirse que sea una copia del matrimonio. La adopción está permitida a las personas solteras. La adopción no simula el matrimonio, sino la paternidad. Por otra parte, los sacerdotes, sin duda alguna, pueden tener hijos legítimos. Un viudo con hijos puede consagrarse sacerdote. A ello contestaban los partidarios de la tesis opuesta, diciendo que esto ocurre, naturalmente, antes del sacerdocio, pero no después. Sin embargo, la réplica —el argumento de la compatibilidad del sacerdocio con la existencia de hijos legítimos— conservaba toda su fuerza. De ahí se deducía la conclusión de que, jurídicamente hablando, nada se oponía a la capacidad para adoptar de un sacerdote católico.

(5) BORSARI: *Commentario del Código Civil*, vol. 1.º, Nápoles-Turín, 1817, página 765.

(6) DURANTON: *Cours de Droit Civil suivant le Code français*, Mannheim, Bruxelles, 1841, tomo 2.º, 4.ª edic., pág. 93, núm. 286: “Un sacerdote católico no puede adoptar. Bajo muchos aspectos, la adopción es una imagen de la paternidad que resulta del matrimonio; atribuye al adoptado los derechos de hijo legítimo y no se puede suponer la capacidad de conferir tales derechos a quien no puede casarse sin herir el espíritu de las instituciones civiles, sin violar la ley religiosa y sin traicionar sus juramentos. Otra cosa ocurre con los ministros protestantes, pues, estandoles permitido el matrimonio, la ficción respecto de ellos no es mendaz como en cambio lo sería respecto de un sacerdote católico.”

(7) MARCADE: *Explication théorique et pratique du Code Civil*, tomo 2.º, París, 1873, comentario al art. 346.

(8) DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoleon*, tomo VI, “Traité de l’adoption et de la tutelle officieuse”, París, 1875, núm. 54, págs. 57 y sigs.

(9) La cita es de BORSARI: *Op. y loc. cit.*, pág. 766.

La adopción, dice MARCADE (10), tiene por objeto atribuir, a los ojos de la ley civil, a los adoptados la cualidad de hijos legítimos. Por consiguiente, tanto a los ojos de la ley civil como a los de la ley religiosa, el sacerdote no puede tener un hijo legítimo, toda vez que no puede casarse. Puede tener hijos legítimos nacidos antes de su ordenación, pero la generación de un hijo legítimo después de la ordenación es imposible para él. La adopción es precisamente la generación civil o jurídica de un hijo legítimo. Si el legislador hubiera entendido que el sacerdote puede adoptar, no hubiera dejado de establecer para él una excepción a la necesidad de esperar a la edad de cincuenta años. Esta condición tiene por finalidad impedir que la adopción no aparte a los ciudadanos del matrimonio a través de la posibilidad de tener hijos legítimos sin casarse. Para el sacerdote esta razón no existiría, ya que el matrimonio no es jamás posible para él; si se hubiera querido permitirle adoptar, se le hubiera permitido en cualquier edad.

Nuestra opinión, dice MARCADE (11), ha encontrado una oposición casi general entre los jurisconsultos. Una sentencia de 26 de noviembre de 1844, juzgando la cuestión por primera vez, ha declarado que la adopción por un sacerdote está permitida. Los señores Blonjean, Valette, Demante, Pardessus, Vatimensnil, Dalloz y Loiseau se han adherido a un dictamen emitido en el mismo sentido por nuestro sabio colega el señor Vongeum. PONT, en su crítica de la jurisprudencia civil, y DEMOLOMBE han sostenido —dice MARCADE— el mismo parecer. Se ha invocado la doctrina de antiguos canonistas que enseñan que la adopción por un sacerdote no es contraria a las leyes eclesiásticas, y una carta del Arzobispo de París declara que ninguna decisión del Derecho Canónico puede hacer anular una adopción semejante. Se cita también el hecho relatado por Prost de Royer, de que el Papa Juan VIII adoptó en el año 878 a un tal Bosón, poderoso por su belleza y sus intrigas, quien convertido en hijo del que otorgaba las coronas, se hizo nombrar rey de Arles.

A pesar de todo ello, MARCADE sostiene su anterior opinión. Se debe respetar, decía, tanto el espíritu de una regla como su letra. Si una legislación consagra la organización sacerdotal del catolicismo, consagra también todas sus consecuencias. Tanto a los ojos de la ley civil como a los de la ley eclesiástica el sacerdote, que no debe buscar otra esposa que la Iglesia, no debe tener otros hijos que los pobres. Si el sacerdote se encuentra en la imposibilidad legal de procurarse hijos legítimos por medio del matrimonio, se encuentra también en la imposibilidad legal de procurárselos por medio de la adopción.

Las legislaciones posteriores a la francesa trataron de resolver la dificultad que el silencio del Code había planteado a los comentaristas de éste. Algunas de ellas, comprendiendo que la prohibición del matrimonio no determinaba estrictamente una prohibición de la adopción, la establecieron formalmente. Así, el Código sardo, en

(10) MARCADÉ: *Op. y loc. cit.*, pág. 100.

(11) *Op. y loc. cit.*

su artículo 188, permitió la adopción a las personas “no ligadas por votos solemnes de profesión religiosa ni por órdenes sagradas” (12). GARCÍA-GOYENA, al redactar el Proyecto de 1851, tuvo a la vista, porque lo cita de una manera expresa, este precedente del Código sardo (13).

BORSARI (14), a quien antes me he referido, y DEMOLOMBE (15), constatan la incertidumbre en la que las propias autoridades eclesiásticas se encontraron a mediados del siglo XIX, especialmente en relación con el pleito que antes ha sido citado. El Arzobispo de París, que era Monseñor AFFRE, al ser interrogado sobre el particular se pronunció en el sentido de que el acto de adopción por parte de un sacerdote difícilmente podía anularse, al no ser literalmente condenado por los cánones y ser dudoso que fuera contrario al espíritu de la Iglesia.

BORSARI señala la importancia que puede tener sobre el tema el hecho de que un Código Civil esté incorporado sobre un sistema laico, que admite el matrimonio civil, o que quede teñido de color religioso. De hecho, en el título de la adopción no hay razón alguna para que un Código limite al sacerdote un derecho que como ciudadano le corresponde. Esta fue la línea seguida por el Código Civil italiano de 1865, puesto en vigor, no debe olvidarse, por la Monarquía de la Casa de Saboya. BORSARI (16) señala, sin embargo, que, a su juicio, los principios reguladores del Derecho Matrimonial guardan una relación muy directa con los de la adopción y ejercen en ella una influencia mayor de la que pudiera a primera vista creerse. La adopción no será, efectivamente, una imitación de la naturaleza. La adopción no es una forma suplementaria del matrimonio, en cuanto permite tener hijos legítimos aun sin matrimonio. Pero si cupiera imaginar a un ciudadano privado de la facultad de contraer matrimonio, es enteramente lógico que a dicho ciudadano se le debería privar también de la facultad de crearse unos hijos mediante el instrumento de la adopción. No es dudoso, por ello, que si las órdenes sagradas fuesen un obstáculo para el matrimonio, lo serían también para la adopción. Lo que ocurre es que la ley civil no tiene por qué salir fuera de su propia esfera, ni gravar al ciudadano con unos vínculos que no aparezcan determinados por el propio sistema legislativo. No tiene por qué hacer de la religión un monopolio, ni

(12) DEMOLOMBE recuerda que, además del art. 188 del Código sardo, el Código bávaro exigía que el adoptante se pudiera casar, el austriaco (arts. 179, 182) no permitía la adopción a los que habían hecho voto solemne de celibato y el prusiano (arts. 668-671) la permitía a los que no estaban obligados por el celibato.

(13) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios*, Madrid, 1852, volumen 1.º, pág. 149. Estaba en el art. 134 Proy. El comentarista dice sólo que el art. 345 francés calla, pero que el 188 sardo “los nombra porque la adopción es ficción e imagen del matrimonio, que está prohibido a los eclesiásticos”.

(14) BORSARI: *Op. y loc. cit.*, pág. 765.

(15) DEMOLOMBE: *Op. y loc. cit.*, págs. 57 y 58.

(16) BORSARI, en el lugar citado

ocuparse de ninguna forma religiosa, para conocer y juzgar la importancia de los votos que en virtud de la religión se pronuncien o de los deberes que en ella se asuman. Si alguno infringe deberes de este género, es decir, deberes que la ley civil no ha prescrito, ni puede prescribir, tales hechos escapan verdaderamente a su competencia porque no puede sancionar de ningún modo hechos sobre los cuales no puede formular ningún juicio.

3. · *La situación del tema en la doctrina española.*—La doctrina de nuestro país no ha mostrado nunca gran preocupación por el tema, limitándose a manejar superficialmente los tópicos antes expuestos.

MANRESA (17) disentía de aquellos que encomian la legislación francesa, que no reconoce esta prohibición. La creemos acertada, decía, por elevadas consideraciones de moral. Importa que a los ligados con los estrechos deberes del celibato no se les proporcionen facilidades que aminoren las consecuencias de sus faltas y es preciso evitar que cualquier hecho sirva de base o juicios temerarios que cedan en menoscabo de su honra.

La expresión “eclesiásticos” resultaba, a juicio de MANRESA (18), demasiado amplia o demasiado estricta, entendiendo que reúne mayor precisión canónica el artículo 83 (“los ordenados..., etc.”).

Por último, se plantea MANRESA el problema del clérigo apóstata, al que debe, a su juicio, alcanzarle la prohibición. No se consiente que adopte el eclesiástico por respeto al celibato que la religión impone y el respeto a los preceptos religiosos no ha de ser menor porque cualquiera los quebrante. Dado el carácter del sacramento del Orden, impone deberes que ante la Iglesia no se extinguen por la apostasía. Además, puede darse el caso de reingresar el apóstata en el clero regular o secular y entonces tendría hijos adoptivos contra lo que dispone el Código.

VALVERDE (19) se limita a decir que la palabra “eclesiásticos” ha de entenderse referida a los ordenados *in sacris*, porque éstos son los únicos que no pueden celebrar matrimonio y mal puede la ley fingir que tenga hijos quien no puede tenerlos legalmente.

DE DIEGO (20) señalaba que el artículo afecta no sólo a los ordenados *in sacris*, sino también a todos aquellos religiosos que hayan hecho voto de castidad. El legislador, añade, ha tenido en cuenta que, mediante la adopción, pudieran ampararse legalmente relaciones familiares no permitidas a los religiosos, siendo, por otra parte, los votos incompatibles con el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes que corresponden al padre adoptante. CASTAN (21) se limita a decir que la prohibición tiene un fundamento en el deseo de evitar juicios temerarios, recordando que algunas legislaciones

(17) MANRESA: *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1921, pág. 79.

(18) MANRESA: *Ibidem*.

(19) VALVERDE: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo IV, 2.^a edic.

(20) DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1959.

(21) CASTÁN: *Derecho Civil*, Madrid, 1966, V, vol. 2.^a, pág. 277.

recientes, como la argentina y la filipina la han suprimido. La exposición literal del artículo alcanza al clero regular y al secular, siendo a su juicio más precisa la fórmula del artículo 83. Recuerda CASTAN que, según MANRESA, la prohibición comprende también al clérigo apóstata.

Para ESPÍN (22), la prohibición es congruente con la de contraer matrimonio del artículo 83, 4.º, debiendo entenderse que la expresión "eclesiásticos" comprende a los ordenados *in sacris* y a los profesos en una orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad. Siendo la adopción un medio de suplir la falta de descendencia, no es lógico que se permita a quienes no pueden contraer matrimonio, ni tampoco podrían atender las obligaciones que de la adopción resulten.

Un parecer contrario sostuvo OSSORIO GALLARDO (23). Siendo como es tan discutido el celibato del clero, debiendo admitirse que un sacerdote profese a otra persona amor casi paternal y permitiéndose el sacerdocio a los viudos con hijos, no se encuentra motivo alguno para privar a los eclesiásticos de la facultad de adoptar, que puede ser para ellos un consuelo y quizás el remedio más limpio para combatir la tristeza de su obligada soledad.

Una exposición muy completa del estado en que en 1970 se encontraba la cuestión la realiza GAMBON ALIX (24). Nos hallamos —dice— ante una prohibición: la de que adopten los clérigos, que tiene un indudable matiz nacional. No se encuentra en las legislaciones extranjeras, ni aun siquiera en las de aquellos países en que se profesa la religión católica u otra en que impere el principio del celibato eclesiástico.

En nuestro Derecho histórico —añade GAMBON— el problema fue abordado por la glosa, concretamente en la de la Partida IV, tit. 16, ley 2.ª, que habla de las condiciones que debe reunir el adoptante, mencionando entre ellas la de que "haya poder naturalmente de engendrar, aunando sus miembros para ello". Gregorio LÓPEZ cita la opinión de ALBERICO para decir que lo mismo sería si el impedimento o imposibilidad de engendrar fuese de los puramente legales, por manera que tampoco pueden adoptar los sacerdotes u ordenados *in sacris* al estarles prohibido contraer matrimonio (25).

Lo cierto es que así fue entendido por la doctrina y que, en el Derecho anterior al Código Civil, LA SERNA y MONTALBÁN ponían de manifiesto cómo una de las prohibiciones existentes era la de los que recibieron órdenes sagradas y la de quienes hubiesen hecho voto solemne de castidad. De la misma idea se hizo eco el Proyecto

(22) ESPÍN: *Manual de Derecho Civil*, Madrid, 1963, vol. IV, pág. 338.

(23) OSSORIO GALLARDO: *Anteproyecto del Código Civil boliviano*, Buenos Aires, 1949, pág. 170.

(24) GAMBON ALIX: *La adopción*, Barcelona, 1960, pág. 98, de quien transcribo literalmente los párrafos que siguen.

(25) GAMBON ALIX: *Op. y loc. cit.*, pág. 98. Sin embargo, en opinión de GUTIÉRREZ: *Códigos*, tomo I, pág. 592, Madrid, 1862, ningún inconveniente existía para la adopción por eclesiásticos en las Leyes de Partidas.

de 1851, que en su artículo 134 prohibía la adopción a "los eclesiásticos".

La razón de esta medida, que en los mismos términos que en dicho Proyecto ha pasado al párrafo primero del anterior artículo 174 y del actual 173, es clara. Aunque por un lado pudiera parecer natural que en el lazo de adopción encontraran la satisfacción de la paternidad aquellos que por sus votos la tienen impedida, se ha querido evitar que mediante este instituto puedan ampararse relaciones familiares no permitidas, quebrantando en la apariencia el rigor del principio del celibato eclesiástico o facilitando a las personas investidas de este carácter un medio de lograr una situación civil para la prole sacrílega habida con infracción de la ley canónica.

El problema que plantea la dicción legal se refiere a la extensión del vocablo "eclesiásticos". Con arreglo al canon 108 son clérigos los que al menos por la prima tonsura han sido consagrados a los oficios divinos. Se duda si a semejanza de lo que dispone el artículo 83, 4.º, respecto al impedimento matrimonial, no podrán adoptar —como eclesiásticos— los ordenados *in sacris* y los profesos en una orden religiosa canónicamente aprobada ligados con votos solemnes de castidad. De aceptarse la interpretación literal, también cabrá optar entre dos criterios, amplio y estricto, según que se comprendan sólo las órdenes mayores o las menores además. Dada la finalidad de la prohibición, somos partidarios —dice GAMBON— de aplicar como norma de interpretación la citada regla dictada para el matrimonio. En esta regla se permite, aunque de hecho no se conceda, la dispensa canónica del impedimento, pero como en materia de adopción no existe tal salvedad, la prohibición es absoluta.

En caso de clérigo apóstata se discute su aplicación, aunque en verdad no existe motivo, pues dado el carácter sacramental de las órdenes recibidas, que, por tanto, confieren estado, los deberes canónicos no se extinguieren (26).

4. *La discusión de la Comisión de Justicia de las Cortes: tendencias dibujadas en ella.*—Con estos antecedentes creo que podemos pasar a lo que era nuestro propósito inicial. Es decir: examinar la génesis de la reforma y los factores que han influido en el pensamiento legislativo. En la discusión mantenida en el seno de la Comisión de Justicia de las Cortes, tal como aparece recogida en el Boletín Oficial de las mismas (27), parecen dibujarse tres tendencias:

a) Una, favorable a la postura mantenida en el Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Códigos y en el Proyecto del Gobierno, que suprimían toda alusión al problema y que por consiguiente no establecían ningún impedimento y ninguna incapacidad.

b) Otra, que trataba de volver al antiguo texto del Código, si

(26) GAMBON ALIX: *Op. y loc. cit.*, pág. 99

(27) Apéndice, *Diario de Sesiones de Comisiones*, Comisión de Justicia, número 61. Extracto de la sesión celebrada el día 9 de junio de 1970, págs. 13 y sigs.

bien puntualizando la un tanto indeterminada expresión de “eclesiásticos”, que en el mismo se contenía, aclarando que la incapacidad o la prohibición comprende a los ordenados *in sacris* y a los religiosos profesos con votos solemnes.

c) Por fin, una tercera posición intermedia entre las dos anteriores era partidaria de incluir en la prohibición o incapacitación a los religiosos profesos, pero no en cambio a los ordenados *in sacris*.

5. *La discusión de la Comisión de Justicia de las Cortes: los argumentos esgrimidos.*—Los argumentos esgrimidos en la discusión mantenida en las Cortes sobre el Proyecto de Ley de reforma del Código, aunque muy difíciles de sistematizar, pueden exponerse del siguiente modo:

1.º En primer lugar, se insiste en una directa relación entre la capacidad para el matrimonio y la capacidad para la adopción. “No habiendo desaparecido en nuestro Código Civil la incapacidad de los eclesiásticos para contraer matrimonio —se dice— debe subsistir la antigua prohibición de adoptar por tales personas” (28). La referencia se hace en ocasiones no al matrimonio, sino a la familia: “Si mediante la adopción pretendemos el acogimiento familiar en el seno de una familia, es evidente, en principio, que el ordenado “*in sacris*” carece de familia en que acoger al adoptado” (29).

Este tipo de argumento encontró, sin embargo, sus contradictores. No puede establecerse un paralelismo entre la posibilidad de casarse y la adopción (30). ¿Es que no puede adoptar un impotente? Toda consecuencia o conclusión que signifique asociar el fenómeno de la adopción con el fenómeno del matrimonio hay que superarla (31).

Dentro del mismo orden de ideas, es decir, en torno a la posible relación existente entre adopción y matrimonio, no dejan de influir en algunos de los giros que adopta el razonamiento, la incidencia del sistema de libertad religiosa y de la reciente evolución del catolicismo. Esta incidencia aparece en dos líneas. Por una parte, se subraya la insuficiencia de la mención escueta del “eclesiástico” o del “sacerdote” y la necesidad de aludir de manera directa a la religión católica, dado que a los sacerdotes de otras confesiones no les está impedido el matrimonio y por ello tampoco la adopción. En segundo lugar, influye también la hoy extendida experiencia de la posibilidad del matrimonio del ordenado *in sacris* a través del expediente canónico de reducción al estado laico, que con alguna frecuencia se produce en nuestros días. Si la prohibición fuese absoluta, ocurriría que “aquellos a quienes se les había autorizado a contraer matrimonio, por imperativos de esta redacción no podrían adoptar, siendo así entonces que el que puede lo más puede lo menos”. Como consecuencia de esta premisa, se propuso la fórmula de que los sacerdotes y religiosos no puedan adoptar, “a no ser que

(28) Sr. ARRUE ZARAUZ: *Loc. cit.*, pág. 19.

(29) Sr. RIVAS GUADILLA: *Loc. cit.*, págs. 19 y sigs.

(30) Sr. BATILLE VÁZQUEZ: *Loc. cit.*, págs. 16 y sigs.

(31) Sr. CABANILLAS GALLAS: *Loc. cit.*, págs. 25 y 26.

hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica para contraer matrimonio" (32).

2.º Un segundo tipo de argumentos juega alrededor de la figura de la tutela de los "religiosos profesos" que se encuentra aludida en el artículo 237 del C. C. De no prohibirse la adopción por sacerdotes y religiosos, tendría que modificarse el artículo 237 del C. C. (33). Se argumenta también sobre la necesidad de guardar simetría entre el instituto de la tutela y el de la adopción, siguiendo, se dice, una recomendación del gran jurista CARNELUTTI, que uno de sus tratados indicaba esta necesidad de guardar la simetría entre las instituciones. Se debe proceder en materia de adopción con el mismo criterio con que ha procedido el Código Civil en materia de tutela; de otro modo se rompería la simetría y tendríamos dentro de la propia legislación civil una contradicción (34).

El argumento fue empleado sobre todo para sostener la incapacidad para adoptar de los religiosos profesos y, en cambio, la capacidad de los ordenados *in sacris*. En el mismo orden de ideas y con referencia a los sacerdotes se hace la siguiente pregunta: "Si hay posibilidad de ser tutor, que, en definitiva, es ejercer la patria potestad en lugar del padre o de la madre desaparecidos o incapacitados, ¿por qué vamos a impedir al sacerdote que pueda también ejercer, sobre una determinada persona, esta patria potestad por medio de la figura de la adopción?" (35).

La tesis tuvo sus contradictores. El señor BATLLE VÁZQUEZ (36) no encontró correcto argumentar que porque el artículo 237 no permite a los religiosos profesos el desempeño de la tutela, debe quedarles prohibida la adopción, y el señor HERTOGS ECHEMENDÍA (37) señaló que, así como la tutela constituye una carga y una obligación, de manera que lo que se les concede a los religiosos profesos es una dispensa, en cambio la adopción es un derecho y, en definitiva, algo completamente distinto.

3.º El tercer tipo de argumentos penetra de lleno en el campo de la libertad individual y de las razones para establecer una restricción a la misma. El Derecho Civil, se dice, es un "derecho de libertad" y no debe poner prohibiciones más que allí donde exista una razón fundada (38).

(32) Sr. VILLEGRAS GIRÓN: *Loc. cit.*, pág. 18.

(33) Sr. REUS CID: *Loc. cit.*, pág. 19.

(34) Sr. BALLARÍN MARCIAL: *Loc. cit.*, pág. 21. No he tenido ocasión de comprobar la cita de CARNELUTTI. En cualquier caso, la metáfora geométrica es peligrosa tomada al pie de la letra. El ordenamiento no requiere "simetría", sino interna coherencia. Desde este punto de vista es claro que el sistema de las incapacidades para adoptar y el de las incapacidades para ser tutor guardan una lejana relación. Aplicando el criterio de la "simetría" debería impedirse la adopción, y. gr.: a los penados por delitos de robo, hurto, estafa o falsedad y a los quebrados o concursados no rehabilitados (cfr. art. 237, 2.º y 6.º del C. C.).

(35) Sr. CORONEL DE PALMA: *Loc. cit.*, pág. 20.

(36) Sr. BATLLE: *Loc. cit.*, pág. 17.

(37) Sr. HERTOGS ECHEMENDÍA: *Loc. cit.*, págs. 22 y 23.

(38) Sr. BATLLE: *Loc. cit.*, pág. 17.

En un sentido muy parecido se produjo el señor HERTOGS (39), quien preguntaba: “¿Es que el hecho de ser ministro de la religión católica va a representar un concepto discriminatorio para privarle a él de lo que no se prohíbe a los demás ministros de las otras asociaciones religiosas?”

4.º Muy estrechamente ligada con el tema, se encuentra la cuestión de las relaciones entre la legislación civil y la legislación eclesiástica. El señor BATLLE (40) preguntaba: ¿Si los sacerdotes pueden adoptar por la ley eclesiástica, por qué ha de prohibirlo la ley civil? La expresión “ser más papista que el Papa” aflora en diferentes ocasiones. En el mismo terreno, pero en un sentido diferente, surge la actitud de respeto hacia la legislación eclesiástica. Desde el punto de vista legislativo —se dice— el Código de Derecho Canónico es en España Ley del Reino, y habremos de atenernos, en cuanto se refiere a los ordenados *in sacris* y a los religiosos profesos, a lo que el Código de Derecho Canónico establezca, sin necesidad de establecer en el Código Civil un texto diferente (41). Si el Código de Derecho Eclesiástico, si la Iglesia en definitiva —se añade— cree, desde su punto de vista interno, que el sacerdote no debe adoptar, establecerá la prohibición en el Código de Derecho Canónico o en las disposiciones que crea oportunas; pero nosotros no somos quién para establecerlas, para ser más duros en la excepción formal que el propio espíritu paternal de la Iglesia.

5.º Al lado de los anteriores, fueron esgrimidos argumentos derivados del derecho histórico y del derecho comparado, junto con puras consideraciones de orden empírico o práctico, relacionadas con la mayor o menor facilidad o posibilidad material de cumplir con las finalidades propias de la adopción en relación con el tipo de vida exigido por el estado religioso.

Las afirmaciones que anteriormente hemos procurado extractar y resumir pueden, *grosso modo*, encuadrarse dentro de la categoría de las argumentaciones y de los razonamientos. Prescindiendo de su posible lógica interna y de las leyes de inferencia a que están sometidas existen en ellas razones y argumentos. En la discusión parlamentaria han abundado también los estereotipos del más diferente cariz. Ya no se trata de razones, sino de estampas imaginativas, que son como destellos tópicos, que suponen más que otra cosa una llamada a la sensibilidad. Entresacaremos algunas:

1.º La adopción por eclesiásticos fomentará el juicio temerario y el *delito* de escándalo. “Esta quizá no es razón convincente, pero sí muy española.”

2.º Esta modificación que algunos procuradores proponen de la facultad de adoptar los religiosos y los ordenados *in sacris* “no será

(39) Sr. HERTOGS: *Loc. cit.*, pág. 23.

(40) Sr. BATLLE: *Loc. cit.*, pág. 17.

(41) Sr. CORONEL DE PALMA: *Loc. cit.*, pág. 20. La apreciación de que el Derecho Canónico está recibido como ley del Estado parece superficial y equivocada. Solamente el art. 75 del C. C. contiene una remisión para la regulación del matrimonio canónico, en lo q^u se refiere a su constitución y validez.

bien recibida en nuestra sociedad actual, especialmente en los medios rurales" (42).

3.^º Es cierto que en alguna novela de principios de siglo se puso de manifiesto la vida irregular que llevaban algunos sacerdotes, pero bien sabemos que siempre en todos los órdenes hay alguno que no cumple (43).

4.^º Dada nuestra mentalidad, tal como vive la sociedad española, hemos de reconocer que el tener un padre sacerdote hiere nuestra sensibilidad (44). Se insiste: dada la sensibilidad de la sociedad española en la cual vivimos, para la cual legislamos, no parece que toleraría o vería con simpatía el que un sacerdote adopte. Naturalmente, estamos legislando para una sociedad española y para una sensibilidad que es la nuestra y todo esto con independencia de lo que nos diga la autoridad eclesiástica.

5.^º La estampa se hace aún más vivida y literaria en la intervención del señor FANJUL: "Si un sacerdote en un pueblo español adopta un niño, ¿os dais cuenta del impacto sociológico que representaría ver pasear por las calles al muchacho de la mano del sacerdote y llamándole padre? ; ¿os dais cuenta del impacto que representa?, pues este niño crecerá y vendrá después el noviazgo con la hija del alcalde, con la sobrina del farmacéutico...., ¿pensáis en el problema que esto representa con los nietos en la casa el día de mañana?" (45).

6. *Los problemas centrales de la limitación de la adopción: adopción y matrimonio; adopción y función sacerdotal.*—Después de haber llevado a cabo esta entresaca que proporciona la lectura del *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, parece llegada la hora de someter este inestimable material a algún análisis crítico. Los problemas centrales parecen haber sido fundamentalmente dos: las relaciones entre adopción y matrimonio y las relaciones entre adopción y función o ministerio sacerdotal.

a) *Adopción y matrimonio.*—La relación entre adopción y matrimonio parece haber constituido un *leit motiv* en las intervenciones de todos los partidarios de conseguir la prohibición. Es, además, un tema muy antiguo, que hemos visto detenidamente analizado en los comentarios decimonónicos. Hablando rigurosamente, el tema puede ser planteado así: ¿Es necesaria la preexistencia de un matrimonio para llevar a cabo una adopción? La respuesta evidentemente es negativa. No lo es en nuestro derecho positivo, que permite adoptar a las personas solteras y a las personas viudas. No parece que lo sea tampoco desde el punto de vista general. El cumplimiento de los fines de la adopción no exige en absoluto el ma-

(42) Sr. RIVAS GUADILLA: *Loc. cit.*, págs. 19 y 20.

(43) Sr. ARTEAGA PADRÓN: *Loc. cit.*, págs. 21 y 22.

(44) Sr. PIÑAR LÓPEZ. No llega a saberse bien si la sensibilidad herida es la del procurador alegante o éste la atribuye a toda la nación española. Esto último no pasa de ser un recurso retórico, sin ninguna constatación.

(45) Sr. FANJUL SEDEÑO: *Loc. cit.*, pág. 27.

trimonio. El centro de gravedad de la cuestión puede trasladarse. Si bien el matrimonio no es necesario para llevar a cabo una adopción abstractamente considerada, cabe pensar que sí lo es para verificar una adopción en la que los hijos adoptados van a recibir la consideración de hijos legítimos. Esta es, de algún modo, la idea expuesta por el señor PIÑAR, cuando insistía en que la filiación adoptiva ha ido experimentando una evolución por virtud de la cual hoy ya no es una expresión más de filiación. La tendencia a la equiparación entre el hijo legítimo y el adoptivo se ha cerrado y hoy la adopción es un expediente legitimador. Aunque la observación es aguda, no parece suficiente. Hay que volver a repetir que la adopción se permite a los solteros y a los viudos y que también respecto de estas personas se produce la equiparación de los hijos adoptivos con los hijos legítimos. Por otra parte, la idea de la legitimidad de los hijos, aparte de ser un concepto en gran medida cultural, es sobre todo el esquema de un régimen jurídico. La legitimidad, por ello —prescindiendo de la tendencia moderna hacia la equiparación en el trato jurídico de las diferentes especies de hijos—, no exige rigurosamente el matrimonio. Son legítimos los póstumos y son legítimos los hijos de un matrimonio declarado nulo.

Tal vez en un tercer plano cabría plantear todavía el problema de las relaciones entre adopción y matrimonio. Ya que no se exige que haya matrimonio para que pueda haber adopción, ¿es por lo menos exigible la capacidad para contraer el matrimonio? La pregunta sería en rigor la misma que esta otra: ¿el *ius connubii* es un presupuesto necesario para el cumplimiento de la finalidad social de la adopción? No se ve claramente por qué hay que dar a este interrogante una respuesta afirmativa. Exigir el *ius connubii* en la adopción sería simplemente dejar abierta la puerta a la posibilidad de un futuro matrimonio del adoptante, pero un futuro matrimonio del adoptante no se ve que sea necesario para la consecución de los fines que la adopción persigue. La pregunta que el señor BATLLE dejó abierta me parece incisiva. Los impotentes pueden adoptar. La conclusión de todo ello es que el planteamiento del tema de la adopción en su relación con el matrimonio está mal enfocado. Por este camino no es posible justificar una prohibición.

Aún cabría hacer otra consideración. Si la *imago naturae* se piensa como un *desideratum* en la adopción plena, no se ve ninguna razón para no permitir a los eclesiásticos, cuando menos, la adopción simple o menos plena.

La cuestión no cambia de signo por el hecho de que el problema de la adopción no se contemple estrictamente en su relación con el matrimonio, sino más ampliamente en su relación con la familia. Este era, como se recordará, el argumento del señor RIVAS GUADILLA. Si por familia entendemos lo que hoy llamamos la “familia nuclear” o familia estrictamente conyugal, el argumento presenta alguna dosis de verosimilitud. En cambio, la cuestión cambia de signo si la idea de familia se toma en un sentido más amplio, como cualquier tipo de relación jurídica llamada a desplegar unas deter-

minadas funciones y a producir unos determinados efectos. Y mientras el primero es un concepto sociológico, el segundo es el concepto jurídico.

b) *La adopción y función sacerdotal.*—Constituye el centro de gravedad de la cuestión. ¿Cómo se relacionan la institución de la adopción y las funciones sacerdotales? ¿Existe o no existe compatibilidad entre ambas? Al establecer la prohibición, ¿cuál es el objetivo que se trata de alcanzar? ¿Qué se intenta defender? ¿Hay una defensa de la adopción como institución, o hay una defensa de la función sacerdotal? Rigurosamente, una ley civil, que establece el régimen jurídico de la adopción, es solamente competente para decidir aquello que resulte preferible para alcanzar las finalidades perseguidas por medio de la institución regulada. Por eso, la pregunta central debería ser ésta: ¿impide el carácter sacerdotal del adoptante el cumplimiento de los fines de la adopción? La pregunta, de acuerdo con los propios términos en que la discusión ha sido sostenida, recibe una respuesta negativa. Nada empece para que sea adoptante un sacerdote que pertenezca a una iglesia que no sea la católica, ni un sacerdote católico a quien se haya permitido el matrimonio. La profesión sacerdotal no es, en sí misma, obstáculo para adoptar o para cumplir los deberes que la adopción entraña. En algún caso concreto tal vez pudiera serlo, pero el problema no es entonces un problema de incapacidad legal, sino de aprobación judicial, que valorará esta como otras circunstancias (V. gr.: el adoptante es ateo, comunista, marino mercante u homosexual).

Queda, al contrario, disminuida la función sacerdotal por el hecho de la adopción? Frente a este interrogante, la primera contestación debiera ser la de que ésta es una cuestión que quienes deben decidirla son únicamente las iglesias y sus leyes. Si lo que se trata de defender es la función sacerdotal, la ley civil no es competente para asumir esta tarea. En la ley canónica de la Iglesia Católica no existe ninguna prohibición. Nadá se opone, además, a que un sacerdote católico prohíje a un menor o lo acoja en su casa. Lo único que no podrá, de acuerdo con la prohibición, es crear un vínculo jurídico, lo que desde el punto de vista de los fundamentos en que se apoya es bien poca cosa.

7. *El fundamento de la prohibición: los estereotipos.*—La limitación de la capacidad para adoptar, que estamos analizando, carece de un fundamento consistente desde un punto de vista jurídico. Creo por ello que su raíz hay que encontrarla en una serie de estereotipos, que son como éstampas imaginativas, poco racionales, que actúan como motores del pensamiento y de la acción. La estampa es la de un pequeño pueblo español, mal hablado y mal pensante, donde todo el mundo verá pasear al muchacho adoptado de la mano del cura, murmurando insidias acerca de su origen. Esta situación dificultará el noviazgo del muchacho con la hija del farmacéutico. Es una estampa fílmica y *demodée*, a la que cabría contraponer el recuerdo también fílmico de "Marcelino Pan y Vino". El ser "el

hijo del cura" provocará en el adoptado —se dice— profundas frustraciones y profundos complejos, frente a los cuales hay que defenderle (46), aunque no se nos diga cómo habrá que defenderle de los complejos y frustraciones de la continuada vida del asilo o de la inclusa. Convengamos en que un estereotipo es un fundamento esasamente sólido para una norma legal.

Tal vez si continuáramos hurgando en el tema, más al fondo podríamos encontrar las raíces de la postura que ha triunfado. Creo que podrían describirse así. Por una parte, el factor determinante de este confuso bagaje de ideas que han conducido al actual artículo 173 parece estar en lo que podría llamarse el carácter *sacralizado* de la figura del eclesiástico. El clérigo es "ser-aparte", una persona sagrada, *sacralizada*, y esta imagen se borraría mundanizándolo. La adopción es una vía de mundanización. La pervivencia del carácter *sacralizado* del clérigo no se defiende por razones de orden teológico, ni por razones de orden pastoral (47). Es más bien una figura importante en una estructura social que se desea conservar. Por eso, con toda claridad se dice que "hiere nuestra sensibilidad", y no nuestras creencias, nuestros dogmas religiosos o las necesidades pastorales. En otro sentido, hay también una defensa de un sistema de relaciones Iglesia-Estado que conviene mantener. Es un sistema en el que el Estado —católico, social y representativo— hace suya, por lo menos retóricamente, la ley de la Iglesia. El Código de Derecho Canónico es en España —se dice— ley del Reino. Una legislación civil que hiciera caso omiso del carácter eclesial de las personas sería —parece pensarse— peligrosamente laica y proclive a un sistema de separación entre la Iglesia y el Estado (48).

8. *El resultado de la reforma legislativa: la fórmula lingüística.*— Las razones subyacentes a la discusión hubieran debido conducir a una pura y simple conservación del sistema de 1889. La conservación pura y simple era sin embargo imposible. Varios hechos se concitaban para producir la imposibilidad. En primer lugar, la reciente implantación del sistema de libertad religiosa, que obliga a no olvidar a los eclesiásticos pertenecientes a iglesias distintas de la católica. En segundo lugar, el frecuente y extendido fenómeno

(46) Sr. FANJUL SEDEÑO: *Loc. cit.*, pág. 27.

(47) Entre las conclusiones de la Asamblea conjunta de Obispos y Sacerdotes, celebrada en Madrid en el mes de septiembre de 1971, se puede leer el siguiente párrafo, según la referencia del diario *Ya* de 18 de septiembre de 1971, pág. 19: "La condición de 'segregado' del sacerdote se ha realizado sociológicamente. 'Distinciones' externas y privilegios lo constituyan en un hombre socialmente diverso de los demás. Debido a los cambios sociológicos fundamentales que lleva consigo la sociedad moderna, advertimos hay una tendencia clara y firme hacia la superación del clero como 'estamento' social."

(48) La incidencia, en el planteamiento del problema, del paso de un régimen concordatorio a un régimen de separación entre la Iglesia y el Estado, fue puesta de relieve por DALLOZ, para quien zanjaba toda la discusión que a mediados del siglo XIX había existido en Francia. DALLOZ: *Reperoire de Droit Civil, publie sous la direction de Emmanuel Vergé et Georges Ripert*, tomo I, París, 1951, Jur. Gen., Adopt., núm. 99.

de los matrimonios de sacerdotes católicos, con o sin autorización de la Iglesia. La fórmula lingüística que plasma en el Código trata de ser una fórmula ecléctica que recoja matizándolas todas estas realidades. ¿En qué medida el lenguaje ha sido fiel reflejo del pensamiento legislativo?

En la fórmula lingüística se utilizan dos expresiones que no contribuyen ciertamente a hacerla todo lo clara que fuera de desear. Ante todo, se utiliza la expresión "estatuto religioso", cuyos perfiles son borrosos. El "estatuto religioso" puede designar el *status* de la persona derivado del hecho de profesar una religión o una fe o unas creencias. Puede, sin embargo, designar también el ordenamiento jurídico de una Iglesia al que estén sometidos sus fieles o sus miembros. Además, se utiliza la idea de "prohibición del matrimonio", que referida a un estatuto religioso se torna también equívoca. Puede ser un veto moral o de conciencia, si la religión que se cuestiona no dispone de un propio ordenamiento jurídico. Y puede ser rigurosamente una norma jurídica, como ocurre en el caso de la Iglesia Católica. Ahora bien, ésta no habla de prohibiciones, sino de impedimentos, distinguiéndolos en dirimentes e impedientes y en dispensables y no dispensables. ¿A qué se hace referencia en el Código cuando se alude a la prohibición del matrimonio según el estatuto religioso? ¿A todo tipo de impedimentos? ¿Sólo a los dirimentes no dispensables? El texto conduce a un absurdo. Un adoptante católico, que sea impotente con impotencia *coeundi*, no podrá adoptar porque se lo impide su estatuto religioso. En cambio podrá siempre adoptar el clérigo que con dispensa puede contraer matrimonio. Me parece que como resultado de un debate escasamente brillante se ha producido un impasse.

La norma admite así dos interpretaciones. Una histórica, acorde con la discusión parlamentaria: se refiere sólo a los sacerdotes católicos, mientras no obtengan dispensa canónica. Otra estrictamente literal: lo contemplado es una prohibición de matrimonio dimanante de un estatuto religioso. Por consiguiente, deberá estar siempre en función del *status* de la persona, que es algo enteramente libre, y sólo deberá ser aplicada cuando del ordenamiento jurídico de una iglesia resulte para sus miembros una rigurosa prohibición.

Los efectos sucesorios de la adopción

RODRIGO BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO

SUMARIO: I. La Ley de Adopción de 4 de julio de 1970. Perspectiva histórica y Derecho comparado.—II. La equiparación del hijo adoptivo pleno con los hijos legítimos.—III. Límite de esa equiparación en la sucesión testamentaria.—IV. La concurrencia del hijo adoptivo pleno con el hijo natural reconocido.—V. La sucesión del adoptado simple—VI. Los derechos sucesorios de la familia por naturaleza.—VII. La educación del procedimiento de adopción a los intereses sucesorios en juego.

I. LA LEY DE ADOPCION DE 4-VII-1970.—PERSPECTIVA HISTORICA Y DERECHO COMPARADO

La nueva Ley de adopción 4 de julio de 1970, constituye un paso importante más en el renacimiento experimentado por esta institución a partir del segundo tercio del siglo en que vivimos. La Reforma introducida por la Ley de 24 de abril de 1958 en materia de adopción, constituyó ya una primera muestra de la preocupación de nuestro legislador por incorporarse a dicho renacimiento. Se trataba de promocionar el instituto de la adopción, reduciendo los requisitos establecidos para la misma y potenciando sus efectos. Sin embargo, dicha Reforma de 1958 se reveló muy pronto como inadecuada. Así se puso de relieve en las Primeras y en las Segundas Jornadas Nacionales sobre Adopción celebradas en 1966 y en 1968, en Madrid y Oviedo respectivamente. Los requisitos establecidos por la Ley de 1958 eran excesivos, mientras que los efectos personales y patrimoniales eran insuficientes. El objetivo perseguido por esta Ley de 1970 ha sido precisamente, salvar estos obstáculos para el desarrollo social de la adopción.

Paralelo al incremento de los efectos de la adopción corre necesariamente una paulatina disolución de las relaciones jurídicas que unen al adoptado con su familia por naturaleza. Es este un rasgo fácilmente detectable en la Ley de 1970: afianzamiento de la relación entre adoptante y adoptado y disminución de la relación entre adoptado y familia por naturaleza. Tres ejemplos bastarán para confirmar lo dicho:

1. La RDGR de 6 de febrero de 1900 estimó que, no pudiendo ejercer los adoptantes la patria potestad, esta debía volver a los padres por naturaleza. Ese mismo criterio adoptó el legislador de 1958 para la adopción menos plena (art. 180, pár. 2.º); pero en la adopción plena se obtaba ya por la constitución de la tutela del hijo adoptivo (1). La nueva Ley culmina este proceso, estableciendo expresamente la constitución de la tutela en todo caso, una vez extinguida la patria potestad del adoptante (art. 176, pár. 4.º).

2. “El reconocimiento de la filiación natural del adoptado o su legitimación no afectará a la adopción.” Tal era la redacción del último párrafo del art. 175 de la Ley de 1958 (2). La Ley de 1970 completa esa orientación en el párrafo 2.º de su artículo 177: “La prueba de la filiación legítima del adoptado, el reconocimiento de su filiación natural o la legitimación no afecta a la adopción” (3).

3. El artículo 174, último párrafo de la Ley de 1958 extendía el parentesco nacido de la adopción a los descendientes *legítimos* del adoptando. El nuevo artículo 176 lo amplía aún más, incluyendo en él a *todos* los descendientes del adoptando.

Pero quizá sea en el campo de las sucesiones “*mortis causa*” donde esa tendencia señalada se acuse con mayor fuerza. Ello se podrá comprobar con lo que sigue puesto que esta exposición pretende justamente ocuparse de las innovaciones introducidas por la Ley de 1970 en dicha materia.

Y es que es en el campo de las sucesiones donde el instituto de la adopción ha sufrido cambios más radicales como es lógico, puesto que es ahí donde tiene que reflejarse principalmente el aumento de sus efectos patrimoniales.

La Ley de 1958 constituye también un antecedente importante de la actual por lo que se refiere al incremento de los efectos sucesorios de la adopción. Es en ella donde se opta, frente al régimen anterior, por atribuir directamente derechos hereditarios recíprocos a adoptante y adoptado. La nueva regulación de 1970 extiende ese principio a la adopción simple. Con lo que de nuevo se reafirma el principal efecto que históricamente cabe atribuir a la adopción desde su nacimiento en los pueblos primitivos hasta el momento de la codificación. Tanto en la primitiva *adrogatio* y en la *adoptio* clásica, como en la *adoptio plena* y en la *minus plena* del Derecho justiniano.

(1) Vid. MORENO QUESADA: *La tutela de los hijos adoptivos*. ADC. XVIII 2. 1965, pp. 438-443.

(2) Vid. MADRUGA MÉNDEZ: *La adopción*. ADC. XVI. 1963, p. 766.

(3) “La extinción de la adopción continúa sometida a causas taxativas en las que ha procurado acentuarse el matiz restrictivo. De ahí que tenga el verdadero 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 natural del adoptado o su legitimación no afecta a la adopción, comprende en el Proyecto, además, el supuesto de la prueba de la filiación legítima”. Párrafo 14 de la Exposición de Motivos de la Ley de 4-VII-1970.

neo, el adoptado adquiere un derecho de sucesión legítima sobre los bienes del adoptante (4). Lo mismo cabe decir de la primitiva *adoptio in hereditatem* germánica y, posteriormente, de la *perfiliatio* (5). En cuanto al sistema adoptivo de las Partidas son fiel copia del justinianeo (6). Los efectos sucesorios de la adopción ocupan hasta tal punto un primer plano en la historia de la institución que frecuentemente ésta se utiliza única y exclusivamente con el fin de procurarse un sucesor, como en la *adoptio testamentaria* (7) romana, o para eludir las consecuencias del principio germánico de la comunidad patrimonial familiar, como a veces ocurre en la *perfiliatio* (8).

Será en el período de la codificación cuando la desconfianza con que se contempla a la adopción conduzca a disminuir sus efectos y, concretamente, a suprimir esos efectos sucesorios que durante tanto tiempo habían sido inseparables de la institución. En efecto, superado el momento de euforia revolucionaria, en el que se ve con especial simpatía al instituto de la adopción, como eficaz para promocionar la igualdad de los desheredados, la consolidación de los principios caros a la burguesía, en especial la hegemonía de la Ley y la postergación de todo ante el principio de seguridad jurídica, da lugar a que se atienda a los múltiples fines fraudulentos (8 bis) que se pueden perseguir con dicho instituto: distorsionar la sucesión normal de una persona, evitar impuestos sucesorios, encubrir relaciones distintas a las de filiación, encubrir casos de filiación ilegítima... Además, constituye un peligro para la familia (9). De ahí la limitación de sus

(4) Vid. JÖRS/KUNKLE: *Derecho Privado Romano*. Trad. de la 2.^a ed. alemana por L. Prieto Castro, 1937, pp. 444 y ss.; HERNÁNDEZ-TEJERO: *Derecho Romano*. Madrid, 1959, pp. 482 y ss.; OTERO VARELA: *La adopción en la Historia del Derecho Español*, en *Dos estudios histórico-jurídicos*. Roma-Madrid, 1955, pp. 88 y ss.

(5) Vid. OTERO VARELA. Op. cit., pp. 101 y ss., 120 y ss.

(6) Vid. OTERO VARELA. Op. cit., pp. 130 y ss.

(7) Vid. OTERO VARELA. Op. cit., pp. 92 y ss.

(8) Vid. OTERO VARELA. Op. cit., pp. 108-109.

(8 bis) A ellos corresponde la no concesión automática de la nacionalidad española al adoptado. Vid. párrafo 3.^o del artículo 20 C. c.

(9) "Eine Adoption kann auch wegen Scheingeschüfts (§ 117 BGB) nichtig sein, und zwar wenn der Annehmevertrag zur Eshparung von Erbschafteuern oder zur Ermöglichung der Anfechtung eines Erbvertrages oder gemeinschaftlichen Testaments geschlossen wird. Ein colcher Vertrag ist, selbst wenn er gerichtlich bestätigt wird, von Anfang an nichtig, was jederzeit geltend gemacht werden kann (§ 640 ZPO)". SCHNITZERTING: *Erbrechtliche Fragen bei der Adoption*. MDR. 11/1960. Vid. p. 894.

"... al comenzar el período de la codificación surgió una enconada lucha entre los que aconsejaban su mantenimiento y los que demandaban su abolición. Se alegaba combatiendo la adopción que fomenta las relaciones ilícitas contribuyendo a que se tengan por adoptivos hijos que son ilegítimos o a encubrir a la vista del público afectos de otro género. Se ha insistido que retrae a los hombres del matrimonio con la esperanza de adoptar un hijo que le prodigue sus cuidados en la vejez. Por esta razón la Iglesia ha mirado con cierto recelo esta institución. Otros han considerado que por medio de la adopción se trata de eludir un precepto legal o en fraude de disposiciones fiscales, o de aquellas otras, como ocurrió en Roma, para evitar la aplicación de las leyes Julia et

efectos en el Anteproyecto de 1851 y el recelo con que prevé su regulación en el Código la Ley de Bases: "Se autorizará también la adopción por escritura pública, y con autorización judicial, fijándose las condiciones de edad, consentimiento y prohibiciones que se juzguen bastantes a prevenir los inconvenientes que el abuso de ese derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia" (Base 5.^a) (10).

Junto al aumento de efectos personales y patrimoniales ya hemos apuntado que la Ley de 1970 tiende a facilitar la adopción disminuyendo los requisitos necesarios para ella, tanto para la plena, como para la simple. Basta comparar los artículos 173 y 178 de la Ley de 1958 con los artículos 172 y 178 actualmente vigentes. Dentro de esta característica del nuevo régimen adquiere un especial relieve, para el estudio de los efectos sucesorios de la adopción, la supresión de la prohibición contenida en el número 2.^º del párrafo 2.^º del artículo 173 derogado: "Se prohíbe la adopción: 2.^º A los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos." A partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, la descendencia por naturaleza del adoptante no constituye un obstáculo para la adopción. Con esta medida, el legislador no sólo ha unificado el Derecho civil nacional en este punto, puesto que éste es el criterio permisivo que mantiene el artículo 6.^º de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, sino que ha suprimido una limitación ahistorica, impuesta en la codificación por las razones ya vistas (11). En efecto, el criterio del Derecho catalán no es sino reflejo del Derecho romano. No era requisito de la *adoptio* en éste la falta de descendencia del adoptante. Ciento que las formas más primitivas de adopción tanto en Roma como en los pueblos germánicos atienden precisamente a garantizar la continuidad de la familia (12). Por ello

Papia Popea, que sancionaron el celibato. Influidos sin duda por estos argumentos fueron muchos los códigos del siglo XIX, que rechazaron la adopción o la acogieron con dificultad o disgusto". MADRUGA MÉNDEZ. Op. cit. Vid. p. 749.

"En nuestro Derecho, aparte de los efectos sucesorios que la ley deriva de la adopción, bien directamente o por voluntad de las partes, hay casos en los que los móviles de la adopción, que equivale a decir el fin perseguido por ella, son de tipo sucesorio: obtener bonificación en el pago del impuesto de derechos reales, subrogación en el arrendamiento de vivienda o de local de negocio, etcétera. CASTRO LUCINI: *Los derechos sucesorios del hijo adoptivo*. ADC. XV. 1962. Vid. pp. 619-620.

(10) Vid. MADRUGA MÉNDEZ. Op. cit., p. 767.

(11) "El Derecho histórico aragonés, sostiene ALONSO y LAMBÁN, permitía adoptar aun teniendo hijos legítimos: los datos documentales del siglo XI se confirmaron en el Fuero de Jaca (44) y en la Compilación de Huesca (F. único de *adoptionibus*, ratificado por la Ob. 27 de *generalibus privilegiis*). Los efectos —al menos, sucesorios— eran de equiparación con la filiación legítima.

El Apéndice, empero, no contiene particularidad alguna, por lo que rige el Código civil". LACRUZ-SANCHO: *Derecho de familia*. Barcelona, 1966. Vid. página 425.

(12) "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

sí que fue requisito de la *adrogatio* y de la *adoptio in hereditatem* la falta de descendencia del adoptante, dando lugar en esta última el posterior nacimiento de hijos a la revocación de la adopción (13). Sin embargo, la *adoptio romana* (que es la recogida en las Partidas) (14), encaminada no ya a mantener la continuidad familiar, sino a engrasar su número, sin duda con fines económicos, rechaza semejante condición (15). No ocurre lo mismo en la *perfilatio* romano-germánica. Así, el Fuero Real la rechaza si hay hijos o nietos legítimos del adoptante; a los que el Fuero de Soria añade los hijos *de soltero* (16).

Ya hemos hecho referencia al número 2.º del párrafo 2.º del artículo 173 de la Reforma de 1958. Si lo comparamos con la redacción originaria del Código civil, resulta claro que, contrariamente a lo dicho para los efectos sucesorios de la adopción, en este tema dicha Reforma no puede ser considerada como antecedente de la Ley de 1970. En efecto, el número 2.º del artículo 174 de aquella redacción primitiva prohibía la adopción “A los que tengan descendientes legítimos o legitimados”. Resulta, pues, que el texto de 1958 reincidía en la prohibición, perfeccionándola además al extenderla a los supuestos en que el adoptante tuviese hijos naturales reconocidos.

El Proyecto de la Ley de 1970 presentado a las Cortes por el Gobierno mantenía el mismo criterio restrictivo, introduciendo como novedad la posibilidad de una dispensa del Jefe del Estado (17), (18). Pero cinco de las enmiendas presentadas en las Cortes abogaban por la supresión de esa prohibición, lo que fue recogido por la Ponencia designada en la Comisión de Justicia, pasando a ser el criterio definitivo de la Ley (19). La conveniencia del adoptando así lo aconseja, ya

adopción son de índole estrictamente personal; pero en las etapas más atrasadas de civilización predominaba en ella el interés en la continuación de la estirpe, absolutamente necesaria para la supervivencia del culto de los antepasados. La extinción de la familia, y con ella la terminación del culto familiar, significaba, según las creencias antiguas, una catástrofe que a toda costa era preciso evitar. Por esto, cuando la naturaleza negaba descendencia natural, se acudía a la adopción como medio de continuación de la familia”. JÖRS-KUNKEL. Op. cit. Vid. p. 416.

(13) Vid. OTERO VARELA. Op. cit., pp. 88-89 y 103-105

(14) Vid. OTERO VARELA. Op. cit., pp. 131-132.

(15) Vid. OTERO VARELA. Op. cit., pp. 89-92.

(16) Vid. OTERO VARELA. Op. Cit., pp. 123-124.

(17) Art. 172, párrafo 4.º, apartado 1.º del Proyecto del Gobierno: “No pueden adoptar: 1.º El que tenga descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, salvo dispensa del Jefe del Estado. No obstante, se permite siempre la adopción de los propios hijos naturales reconocidos”.

(18) Cediendo así algo a la postura contraria a la prohibición adoptada por parte de la doctrina. Vid. CASTÁN VÁZQUEZ: *La descendencia del adoptado como obstáculo para la adopción*. RDP. Octubre de 1970, p. 852; LACRUZ-SANCHO. Op. cit., p. 426.

(19) La Ponencia explicaba esta modificación del texto del Proyecto con las siguientes palabras: “También la Ponencia sugiere, en el texto que figura

que su ingreso en una familia completa (con descendientes) puede ser especialmente beneficioso para su mejor adaptación a la nueva vida como adoptado. Ya no se temen los posibles efectos disolventes de la adopción para la familia por naturaleza. Pero se vuelve al criterio romano por razones muy distintas: aquél respondía a la idea de favorecer a la familia adoptante con el aumento del número de sus componentes; ahora, en cambio, se atiende a los intereses del adoptado (20).

Este cambio de última hora acusa en la redacción de la Ley su improvisación y la precipitación de su incorporación al texto definitivo. Un buen ejemplo de la falta de coordinación con que se ha introducido nos lo muestra el requisito de los cinco años de matrimonio que la Ley mantiene para la adopción plena: "Sólo podrán adoptar plenamente: los cónyuges que vivan juntos; procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio." Lo que tenía sentido en

como anexo al presente Informe, la supresión del que aparece como núm. 1.^o del Proyecto.

Esta supresión implicaba aceptación de las enmiendas núms. 1 (Sr. Batllé Vázquez), 15 (Sr. Angulo Montes), 30 (Sr. Villegas Girón) y 39 (Sr. Peiró Ribas) y, consiguientemente, la de las consideraciones en que todas ellas coinciden, tanto de orden sociológico como hermenéutico, dentro del conjunto de los ordenamientos civiles vigentes en España. Sin embargo, en el nuevo párrafo 4.^o del artículo 173, que propone la Ponencia, se encomienda al Juez una especial ponderación de los supuestos en los que el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos".

(20) La enmienda número 1, encabezada por el Sr. Batlle Vázquez, alegaba las siguientes razones en contra de la prohibición contenida en el Proyecto:

"1.^o Porque tal prohibición, muy discutida, basada singularmente en razones sucesorias, pierde mucha fuerza cuando la adopción se justifica por razones sociales de protección y de educación en el seno de una familia.

2.^o Porque muchas veces los matrimonios prolíficos y con cultivado espíritu de paternidad son más propicios a hacerse cargo de huérfanos y desamparados.

3.^o Porque los hijos legítimos no pueden sufrir más perjuicios por la adopción de un extraño en la familia que por la de un hijo natural, como permite en todo caso el texto del proyecto de ley.

4.^o Porque a veces un matrimonio con un hijo único o hijos del mismo sexo puede desechar, por razones de educación, complementar lo que la naturaleza no les otorgó.

5.^o Porque de esta manera se da un paso más hacia la unidad legislativa en España, puesto que, como se reconoce en la exposición de motivos, el Derecho catalán no conoce esta prohibición, que tampoco conoció el Derecho histórico aragonés (Observancia 27, "De generalibus privilegiis").

6.^o Porque el propio texto del proyecto hace inútil la prohibición al admitir el supuesto en caso de "dispensa del Jefe del Estado". Si esta dispensa existe (y será en virtud y como resultado de un expediente administrativo) será por las circunstancias particulares del caso. Pues bien, si estas circunstancias del caso son favorables ya las apreciará el Juez, alegadas que sean por los interesados, para aprobar la adopción, y, si fueron desfavorables, también las tendrá en cuenta para no aprobarla, en virtud del alcance que hay que dar al artículo 173, y sobre el cual también presentamos enmienda. Es mejor quitar la prohibición, puesto que con ello no se altera la finalidad y sentido de la Ley propuesta".

la Ley de 1958 (art. 178, pár. 1.º) cuando la descendencia constituía un obstáculo para la adopción, pero no ahora que se ha suprimido la prohibición correspondiente (21).

Pero ya veremos cómo la consecuencia más grave de ese giro final sufrido por el Proyecto de Ley radica en la falta de una articulación adecuada de los intereses de esa descendencia (y, en general, de toda la familia del adoptante) en el momento de la adopción. Cierta que el último párrafo del artículo 173 encomienda al Juez un especial cuidado en la aprobación de las adopciones en que medie descendencia del adoptante, pero se trata de un encargo excesivamente discrecional y, además orientado con demasiada unilateralidad, puesto que en él se habla sólo de la conveniencia del adoptado: "El Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptando, conforme a las circunstancias de cada caso, y muy especialmente si el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos."

La mejora de la situación jurídica del adoptado frente al adoptante y, concretamente, la de sus derechos sucesorios, es una constante de los ordenamientos vecinos del nuestro, como ya veremos en el caso de esos últimos. En cambio, no cabe decir lo mismo por lo que se refiere a la eliminación de la prohibición de que nos hemos ocupado. Así, el Código civil francés no permite ninguna clase de adopción cuando existe previamente descendencia legítima del adoptante, salvo dispensa expresa del Presidente de la República (22). El Código civil portugués contiene la misma limitación, aunque sólo con referencia a la adopción plena (23). El Código civil italiano extiende la prohibición a los casos en que el adoptante tenga descendencia

(21) Así lo señala acertadamente CHICO ORTÍZ: *La adopción y el Registro de la Propiedad*. RCDI. Noviembre-diciembre de 1970. Núm. 481. Vid. páginas 1419-1420.

(22) Art. 345-1 del Código civil francés (modificado en esta materia por la Ley de 11-VII-1966): "Sauf dispensa du Président de la République, l'adoption n'est permise qu'en l'absence de descendants légitimes.

L'existense d'enfants adoptés ne fait pas obstacle à l'adoption, nos plus que celle d'un ou plusieurs descendants légitimes nés postérieurement à l'accueil au foyer des époux, de l'enfant ou des enfants à adopter". Lo que el artículo 361 extiende el caso de la adopción simple.

Vid. MARTY-RAYNAUD: *Droit Civil*. T. I, vol. 2. *Les Personnes*. 2.^a ed. París, 1967, pp. 519 y ss.: MAZEAUD-MAZEAUD: *Leçons de Droit Civil*. T. I, 4.^a ed. 3 ème tirage par M. DE JUGALRT. Vol. 3. *Les Personnes*. París, 1970, pp. 402 y ss., 421 y ss.

(23) Art. 1.981, párrafo 1.^º del Código civil portugués de 25-XI-1966: "Só podem adoptar plenamente duas pessoas unidas por casamento há mais de dez anos, não separadas judicialmente de pessoas e bens e sem descendentes legítimos".

Aunque, el artículo 1.985 dice: "Os efeitos da adopção plena mantêm-se no caso de aos adoptantes sobrevirem legítimos ou de vir a ser reconhecida a existência de filhos legítimos ou legitimados nascidos anteriormente".

legitimada (24). No cabe decir que se trate de textos jurídicos anticuados por lo que se refiere a la adopción, puesto que todos ellos han sido recientemente reformados en dicha materia por el procedimiento de leyes especiales similares a la española de 1970 que aquí comentamos. Finalmente el BGB ofrece un régimen sumamente interesante en cuanto, en su caso, combina la eliminación de la prohibición en cuestión con una debida valoración de los intereses en juego. Parte el BGB de un criterio prohibitivo en principio, salvo cuando la adopción recae sobre un hijo ilegítimo del adoptante. Pero esa prohibición puede ser levantada por los tribunales siempre que no se dañe con ello intereses superiores de los descendientes o no sean de temer daños para el adoptado (25), (26). Obsérvese cómo se tienen en cuenta no sólo los intereses de éste, sino también los de aquellos, aunque se especifica que los intereses patrimoniales no deben ser decisivos (27).

(24) Art. 291, párrafo 1.º del Código civil italiano (modificado en esta materia por Ley de 5-IV-1967): "L'adozione è permessa alle persone che non hanno discendenti legittimi o legittimati, che hanno compiuto gli anni trentacinque e che superano almeno di diciotto anni l'età di coloro che intendano adottare".

(25) Parágrafo 1.741 del BGB (modificado en esta materia por ley de 12-V-1967): "Wer keine Abkömmlinge hat, kann durch Vertrag mit einem anderen diesen an Kindes Statt annehmen. Der Vertrag bedarf der Bestätigung durch das zuständige Gericht".

Parágrafo 1.742 a: "Der Vater oder die Mutter eines nichtehelichen Kindes kann das Kind an Kindes Statt annehmen. Das Vorhandensein weiterer Abkömmlinge steht nicht entgegen".

Parágrafo 1.745: "Das Gericht kann auf Antrag des Annehmenden von den Erfordernissen des 1741 Satz § 1 und des § 1744 Satz 1, 3 Befreiung erteilen".

Parágrafo 1.745 a: "Von dem Erfordernis der Kinderlosigkeit soll das Gericht befreien, wenn der Annahme an Kindes Statt keine überwiegenden Interessen der leiblichen Abkömmlinge des Annehmenden durch das Vorhandensein leiblicher Abkömmlinge zu befürchten ist. Vermögensrechtliche Interessen der Beteiligten sollen nicht ausschlaggebend sein.

Ehegatten, die gemeinschaftliche Abkömmlinge haebn und in häuslicher Gemeinschaft leben, soll Befreiung nur erteilt werden, wenn sie gemeinschaftlich ein Kind annehmen wollen".

(26) "En todo caso, es evidente que en cualquier país en que se suprima la condición de falta de descendencia, la autoridad judicial (o la que haya de conceder la adopción) velará por que no se autorice ninguna adopción en la que, por las circunstancias del caso concreto, la entrada de un hijo adoptivo en el hogar perjudique a los hijos legítimos del adoptante...". CASTÁN VÁZQUEZ: *La descendencia del adoptante...* Vid., p. 852.

(27) Vid. también en el mismo sentido restrictivo el Código civil suizo: "L'adoption n'est permise qu'aux personnes âgées d'au moins quarante ans et qui n'ont pas de descendants légitimes". Artículo 264, párrafo 1.º.

II. LA EQUIPARACION DEL HIJO ADOPTIVO PLENO CON LOS HIJOS LEGITIMOS

La configuración de los efectos sucesorios provocados por la adopción tenía que ser necesariamente uno de los problemas más difíciles de solucionar a la hora de reforzarlos en la nueva Ley, puesto que ello implicaba afectar a los derechos de la familia por naturaleza de una y otra parte. Y esta dificultad se acentúa al tener que prever, por lo que se refiere a la sucesión del adoptante, la concurrencia con el hijo adoptivo de los descendientes por naturaleza de aquél. Por ello constituyó esta materia uno de los mayores puntos de divergencia entre los textos del Proyecto, del Informe de la Ponencia y de la Ley por lo que se refiere a la adopción plena. En efecto, mientras el primero matizaba con tres particularidades la equiparación general de los hijos plenamente adoptivos con los legítimos, el segundo suprimía dichas particularidades (28) y el tercero volvía a recoger dos de ellas. También en las enmiendas presentadas en las Cortes al Proyecto del Gobierno se marcan a este respecto posturas absolutamente dispares. Así, mientras la enmienda PADRÓN QUEVEDO propugnaba la total equiparación de los hijos adoptivos con los legítimos, tanto en la adopción plena, como en la simple (29), la enmienda ANGULO MONTES

(28) Artículo 179 del Proyecto del Gobierno: "El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, con las siguientes particularidades:

1.^a Concurriendo sólo con hijos legítimos y tratándose de sucesión testamentaria, no podrán percibir más que el hijo legítimo menos favorecido.

2.^a Si concurriese con hijos naturales reconocidos cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo.

3.^o 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.

El adoptante ocupará en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padre legítimo.

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 gratuito de sus parientes por naturaleza, le sucederán en ellos estos parientes según las reglas de la sucesión intestada".

Artículo 179 del Informe de la Ponencia: "Los hijos adoptivos ocuparán la posición de legítimos en la sucesión "mortis causa" de los adoptantes y éstos, la de padres legítimos en la sucesión de aquéllos.

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".

(29) Enmienda al artículo 179: "Creemos que debe modificarse el párrafo primero manteniendo una situación igualitaria entre los hijos legítimos y los adoptivos. Por tanto, entendemos que el hijo adoptivo puede percibir, a voluntad de su padre o madre adoptante, lo mismo que los legítimos.

También el párrafo tercero, en el sentido de que debe respetar el adoptante, en su testamento, en concepto de legítima del hijo adoptivo lo que se le asigna a los legítimos, o sea, dos tercios de la herencia. Justificación: "Aparte, incluso dentro del proyecto, de la paridad igualitaria, sin distinción entre los

tendía a conservar la situación sucesoria concedida al adoptado por la Reforma de 1958 (30).

“El adoptante y el adoptado se deben reciprocamente alimentos: pero no adquieran derecho alguno a heredarse sin testamento: el

hijos legítimos y los adoptivos, encontramos razones que abonan tal igualdad por reciprocidad. Nos queremos referir a lo que dispone el párrafo siguiente, el número 3, que comentamos, que dice literalmente: “El adoptante ocupará en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padre legítimo”. No vemos, por tanto, qué diferencia puede abonar tan distinto trato.

Enmienda al artículo 180: “Estimamos de la misma forma, que debe modificarse dicho artículo en el sentido de establecer la igualdad de los derechos hereditarios entre los hijos legítimos y los adoptados, al igual que los de los padres legítimos y los adoptantes con respecto a la sucesión del hijo adoptado”. Justificación: “Las mismas razones y consideraciones que hemos expuesto al motivar las anteriores enmiendas”.

(30) Enmienda al artículo 179: “Deberá quedar redactado en la siguiente forma: “El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante una posición igual a la de los hijos naturales reconocidos y el adoptante en la del hijo adoptivo la posición del padre natural.

Los parientes por naturaleza no ostentarán en la herencia del adoptado derecho alguno, pero si falleciere intestado y sin descendencia el hijo adoptivo, dejando bienes que hubiese adquirido a título lucrativo de los parientes de su familia de origen, le sucederán en ellos sus parientes naturales, según las reglas de la sucesión intestada”. Justificación: “El texto del proyecto anuncia como condición sucesoria del hijo adoptivo la misma de los hijos legítimos, y enumera a continuación las “particularidades” en virtud de las cuales se evidencia que no es así. La primera de ellas, pese a las afirmaciones del preámbulo, constituye una auténtica limitación y, a pretexto de que la equiparación no se desborde, la niega; la segunda, que ni siquiera se explica en el preámbulo, coloca al adoptivo en la posición del hijo natural, y la tercera, al reducir la porción legitimaria a un solo tercio, vuelve a desmentir la pretendida equiparación”.

Por otra parte, el proyecto excluye el derecho sucesorio de ascendientes y cónyuges en la sucesión intestada, y, en la testada, afecta los derechos legitimarios de aquéllos, e incluso los de los propios hijos en determinados supuestos.

Con el designio de llamar a las cosas por su nombre, obviando todos esos problemas sin incidir en un casuismo que habría de ser mayor y más acertado que el del proyecto, y referirse a preceptos del Código civil ajenos al capítulo de cuya modificación se trata, se ofrece la redacción propuesta en esta enmienda, que, remitiendo el derecho sucesorio del adoptivo al del hijo natural reconocido, permite sujetar toda la problemática que deriva de la supresión del pacto sucesorio e inserción del hijo adoptivo en el orden de suceder, a las normas generales del Código civil sobre sucesión testada, legítima e intestada.

Enmienda al artículo 180: “Manteniendo la redacción de sus dos primeros párrafos, deberá redactarse el tercero en la siguiente forma: “La adopción simple no causa efectos sucesorios, salvo el supuesto de que el adoptante falleciere intestado y sin dejar ninguna de las personas llamadas a sucederle en los artículos 930 a 955 del Código civil, en el que heredará el hijo adoptivo. En idéntico caso, el adoptante heredará al adoptivo”. Justificación: “La supresión del pacto sucesorio y las razones que el proyecto pondrá en orden a la conveniente diversificación de efectos sucesorios en una y otra clase de adopción obligan al precepto; su redacción, como la propuesta en la anterior enmienda, permite la remisión de los eventos previsibles a las normas generales del Código civil”.

adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural.” La reproducción de este artículo 141 del Anteproyecto de Código civil de 1851 excluía el reconocimiento legal de cualquier derecho sucesorio del adoptado frente al adoptante. Ya hemos señalado como esto supone un corte radical frente a nuestro Derecho histórico, que había venido atribuyendo siempre consecuencias sucesorias a la adopción. A partir de este momento se puede hablar de un proceso de reconocimiento creciente de esas consecuencias paralelo al renacimiento general de la institución y al afianzamiento de sus efectos. Ya en el artículo 177 del Código civil preveía en 1889 la posibilidad de que el adoptante se *obligase* en la escritura de adopción a instituir como heredero al adoptado. La Reforma de 1958 vino a clarificar esos derechos sucesorios para la adopción menos plena, equiparando esa *obligación* del adoptante en la escritura de adopción con un pacto sucesorio (art. 174, pars. 3.^º y 4.^º), y elevó los derechos sucesorios del plenamente adoptado frente a su adoptante, equiparándolos a los del hijo natural reconocido (art. 179, pár. 1.^º). Pero esta mejora del *status sucesorio* del adoptado no resultó satisfactoria, sobre todo si se tiene en cuenta que la prohibición de adoptar si se tenían ya descendientes por naturaleza impedía en principio que aquella mejora fuese en detrimento de estos últimos (31). Sin embargo, aunque las críticas a la Ley de 1958 se habían generalizado en este punto, la unidad de la doctrina se rompía cuando se trataba de proponer un régimen sustitutorio (32). Ya hemos visto los reflejos de esas disensiones en el momento de elaboración de la Ley en las Cortes. Pero ya antes, en las Segundas Jornadas Nacionales sobre la Adopción, resulta sintoníatico observar que éste fue el único tema en que no se pudo llegar a un acuerdo total. En efecto, la Sección Jurídica consideró poco satisfactoria la regulación del pacto sucesorio, pero no consigue formular una solución clara sobre los derechos sucesorios del adoptado (33). Lógico es pues que la Ley de 1970 haya suscitado vivas polémicas con el nuevo régimen sucesorio derivado de la adopción, especialmente por lo que se refiere a la plena.

Cuando la promulgación de un texto legal es reciente es el momento en que las críticas al mismo suelen adquirir mayor virulencia. Un texto legal antiguo no produce tan encendidas discusiones, aun-

(31) “... si sólo se permite adoptar a quienes carecen de descendencia legítima, 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 declarado fallecido; si por el contrario, no se concede tal equiparación, no existe razón suficiente para mantener la expresada prohibición”. CASTRO LUCINI: *Los derechos sucesorios...* Vid., p. 620.

(32) A favor de una equiparación sucesoria de los hijos plenamente adoptivos con los legítimos: MADRUGA MÉNDEZ, op. cit., Vid. p. 768; CASTRO LUCINI: *Los derechos sucesorios...* Vid. pp. 648-649 y 654-655.

(33) Vid. CASTÁN VÁZQUEZ: *Las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción*. ADC., 1968. Vid. p. 926.

que sea muy defectuoso. Y es que los especialistas en la materia no han vivido directa o indirectamente la elaboración de la ley. Por el contrario, en el caso de una ley reciente, se sabe quién la redactó, se le conoce incluso personalmente, también a los que han introducido enmiendas, se sabe por qué unas prosperaron y otras no. En resumen, es una situación en la que aún da la sensación que la ley se puede cambiar. Nunca está tan presente la idea como entonces de que la ley pudo ser mejor en esto y en lo otro.

Frente a las numerosas críticas elevadas contra la Ley de Adopción de 1970, ha llegado el momento de intentar una exégesis constructiva de la misma. Ahí está y se trata de obtener el mejor partido posible de ella, sin abandonar por ello la óptica crítica. Esto es lo que nos proponemos por lo que se refiere a la materia de sucesiones afectada por ella. El desarrollo de esta exposición mostrará cómo cabe una interpretación positiva de la Ley. Si ésta no contiene quizás el régimen ideal que habría sido deseable, sí que constituye al menos un paso muy positivo en el camino que, según entiendo, ha de recorrer el instituto de la adopción hasta alcanzar una total integración del hijo adoptivo en la familia del adoptante como un hijo legítimo más, con lo que ello ha de implicar necesariamente en la mejora del status jurídico de los hijos ilegítimos. Esa evolución deseable es la que ha de marcar los principios que deben presidir la interpretación de la nueva Ley de Adopción, de acuerdo con lo manifestado por el legislador en su Exposición de Motivos y, lo que es más importante, con el sentir social sobre la materia.

Nosotros partimos de esos principios en nuestro estudio y por ello no nos preocupa que los nuevos derechos sucesorios del adoptado disminuyan o eliminen los de los demás herederos forzados (34). Una total integración en la familia del adoptante implica eso necesariamente, y aún más. ¿O es que cada hijo legítimo no perjudica en fin de cuentas a todos sus hermanos en la sucesión de sus padres? (35).

Lo que sí puede preocupar, en cambio, es que la Ley no haya cubierto siquiera lo que parece constituir su meta: la equiparación del hijo plenamente adoptivo con el legítimo frente al padre adoptante. En efecto, a pesar de la proclamación de principio realizada por el legislador, genéricamente en el pár. 1.º del art. 176 con respecto a ambas clases de adopción y, ya en materia de sucesiones, en el pár. 1.º del art. 179, la equiparación de hijos legítimos y de hijos plenamente adoptivos no es total.

(34) Señala CASTÁN VÁZQUEZ como uno de los argumentos tradicionalmente esgrimidos para oponerse a que adopten quienes tienen ya descendencia es la defensa de los derechos sucesorios de dicha descendencia. Vid. *La descendencia del adoptante...*, p. 850.

(35) En contra, VALLET: *Los derechos sucesorios dinamantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970*. ADC., 1970, T. XXIII, F. III. Vid. pp. 601-602.

De todas formas, a continuación veremos cómo una interpretación del art. 179 basada en los principios señalados permite reducir a un mínimo las diferencias entre hijos plenamente adoptivos e hijos legítimos, al tiempo que conduce a una clara mejora en los derechos sucesorios de los hijos naturales reconocidos cuando concurren con los primeros (36).

En este sentido de total equiparación de los hijos plenamente adoptivos con los legítimos en la sucesión del padre adoptante fueron decisivas las enmiendas presentadas en las Cortes al Proyecto del Gobierno. Y a través de ellas sin duda se consiguió que el informe de la Ponencia fuese favorable a ella (37). Pues bien, aunque más tarde las discusiones en la Comisión de Justicia modificó dicho informe en este punto, la incidencia de aquellas enmiendas en el Dictamen de la Comisión fue importante puesto que éste eliminaba una tercera particularidad del art. 179 del Proyecto, según la cual, la equiparación de los hijos plenamente adoptivos con los legítimos no se producía ni en casos en los que no había que temer ningún perjuicio para la descendencia legítima o natural del adoptante: "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,

(36) Pero las particularidades introducidas en el artículo 179 junto con el principio de equiparación de los hijos plenamente adoptivos con los legítimos incide sobre el secreto recogido por la Ley con respecto a la adopción. En 1958 el legislador dispuso para la adopción plena: "El Registro Civil no publicará a partir de la adopción, los apellidos impuestos al adoptado en su inscripción de nacimiento ni dato alguno que revele su origen..." (art. 178, párrafo 4.º). La Ley de 1970 extiende dicha medida a ambos tipos de adopción (art. 175, párrafo 2.º). Claro que será en la adopción plena donde ese secreto será más deseable y posible. Basta considerar que en la adopción simple los mismos apellidos del adoptado no cambian necesariamente (artículo 180, párrafo 2.º). Pues bien, el diverso tratamiento que la Ley da a los derechos sucesorios de los hijos plenamente adoptivos, según concurren o no con hijos legítimos y la alteración de los derechos sucesorios de los hijos naturales reconocidos, cuando concurren con hijos plenamente adoptivos, darán al traste con el secreto del Registro con respecto a esta materia. Por otra parte, la falta de publicidad del Registro dificultará en principio la tramitación de aquellas sucesiones en que intervenga un hijo adoptivo.

Cierto que se puede considerar deseable que la adopción no sea algo secreto que se oculte. Pero este no es evidentemente el criterio de nuestro legislador.

Vid. sobre esto, CHICO ORTIZ. *Op. cit.*, p. 1455.

(37) Vid. nota 28. La Ponencia justificaba el nuevo texto redactado por ella para el artículo 179 con las siguientes palabras: "La redacción de la Ponencia, asimilando incondicionalmente el régimen sucesorio del hijo adoptivo al del legítimo en la herencia del adoptante, es consecuencia de la aceptación literal de las enmiendas núms. 1 (Sr. Batlle Vázquez), 10 (Sr. Arrué Zaráuz), 11 (Sr. Padrón Quevedo), 24 (Sra. Primo de Rivera), 25 (Sra. Loring Cortés), 29 (Sra. Plaza de Prado) y 31 (Sra. Ballenilla Fajardo). Esencialmente coincide con ellas la enmienda núm. 26 (Sra. Veglison Cornet). Parece, desde luego, la más congruente para la inspiración final del Proyecto, al tiempo que resuelve de plano dificultades prácticas de aplicación del precepto que, de otro modo, habrían de suscitarse".

un tercio de la herencia". Lo que demuestra hasta qué punto estaba alejado dicho Proyecto gubernamental de una verdadera equiparación de los hijos plenamente adoptivos con los legítimos (38).

En todo caso, la posible equiparación sucesoria de los hijos plenamente adoptivos con los legítimos se mantiene únicamente con respecto a la persona del adoptante, puesto que la nueva Ley de Adopción sigue considerando que ésta genera sólo un **status filii** y no un **status familiae** (art. 176, pár. 2.º). Nuestra Ley sigue así la postura dominante al respecto en el Derecho comparado. Pero si atendemos a lo que más arriba hemos considerado como meta deseable para la institución de la adopción, tendremos que concluir sobre la necesidad futura de un nuevo paso legislativo que acuñe esa total integración del hijo adoptivo en la familia adoptante, tal y como lo ha intentado el legislador francés de 1966, al conectar la adopción plena con un nuevo **status familiae** del adoptado. Por lo que el adoptado plenamente adquiere en la familia del adoptante (y no sólo frente a éste) los mismos derechos y obligaciones que corresponden a los hijos legítimos. Lo que se complementa, como parece lógico, con una total ruptura de las relaciones jurídicas con su familia por naturaleza (39). El mismo criterio ha adoptado el legislador italiano

(38) "Al prevenirse que el padre habrá de respetar en su testamento sólo un tercio de la herencia, se le quiere conferir la potestad de tener en cuenta en sus disposiciones testamentarias la conducta observada por el adoptado; lo cual viene a representar una posición intermedia respecto de la legítima de los dos tercios y el régimen de la desheredación. Sin el concurso de ésta, que, lógicamente, funcionará también en su caso, al padre adoptante se le confiere una especial facultad moderadora". Párrafo 17 del Escrito de Presentación del Proyecto a las Cortes.

En este mismo sentido parece orientarse el parágrafo 1.767 del BGB (Vid. nota 00): "In dem Annahmevertrag kann aber auch das Erbrecht des Kindes dem Annehmenden gegenüber ausgeschlossen werden (§ 1.767 I BGB). Das ist eine Sonderbestimmung, denn die gesetzlich festgelegte Rechtsstellung des Adoptivindes kann durch Vertrag grundsätzlich nicht geändert werden. Ein solcher Ausschluss des Erbhechts — vornehmlich zum Schutze des anderen Ehegatten — entspricht dem Erbverzicht eines leiblichen Kindes, so dass das Kind für die gesetzliche Erbfolge als nicht vorhanden gilt (§ 2.346 I S. 2 BGB). Schlägt später das Kind gut ein, kann durch Vertrag die Erbausschließung wieder aufgehoben werden (§ 2.351 BGB). Es kann aber auch von vorneherein im Annahmevertrag eine weniger einschneidende Regelung getroffen werden; ...". SCHNITZERLING, Op. cit. Vid., p. 895.

(39) Art. 356 del Código civil francés: "L'adoption (la plena) confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine: l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164".

Art. 364, párrafo 1.º: "L'adopté (simple) reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires".

Art. 358: "L'adopté (plenamente) a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime".

Art. 368: "L'adopté (simple) et ses descendants légitimes ont dans la famille de l'adoptant les mêmes droits successoraux qui un enfant légitime sans acquérir cependant la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant".

para la adopción especial, aunque algo limitado en cuanto rechaza expresamente el nacimiento de parentesco entre el adoptado y los parientes colaterales de los adoptantes (40).

La postura de los ordenamientos franceses e italiano responden fielmente al principio que ilumina todo el instituto de la adopción. Se trata de un desarrollo consecuente del mismo. Puesto que se quiere alejar al adoptado de su familia originaria, lógico es que se le integre en la del adoptante. Lo que implica no sólo que conviva con los demás miembros de dicha familia, sino que se le concedan todas las consecuencias jurídicas propias de una verdadera integración frente a ellos. Por otra parte, ¿qué sentido tiene negar el **status familiae** del adoptado en la familia del adoptante cuando en principio convive con sus miembros, alterando al mismo tiempo sus derechos familiares y reduciendo o eliminando sus derechos sucesorios? Otro tema es el de las precauciones que habrá que tomar en el procedimiento de adopción para asegurarse de que no se persigue, como fin de la misma, lesionar los derechos de ningún familiar. Las que, como ya veremos, resultan ya necesarias con el régimen actual de nuestro ordenamiento en el que la adopción sólo genera un **status filii**.

Repetimos que éste es todavía el criterio dominante en el Derecho comparado. Aunque también cabe añadir que en general las Leyes más recientes sobre la adopción aún dentro de estos límites, tienden hacia una equiparación más clara y decidida de los hijos adoptivos con los legítimos que la Ley española de 1970 (41).

Vid. MARTY-RAYNAUD. Op. cit., pp. 536 y ss.; MAZEAUD-MAZEAUD (M. DE JUGLART). Op. cit., pp. 429 y ss.

(40) Art. 314/26 del Código civil italiano: "Per effetto dell'adozione speciale l'adottato acquista lo stato di figlio legittimo degli adottandi, dei quali assume e trasmette il cognome. L'adozione speciale non instaura rapporti di parentela tra l'adottato e i parenti collaterali degli adottanti.

Con l'adozione speciale cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia di origine salvi i divieti matrimoniali e le norme penali fondate sul rapporto di parentela".

(41) Art. 1.979 del Código civil portugués: "Pela adopção plena o adoptado adquire a situação de filho legítimo e como tal é considerado para todos os efeitos legais, sem prejuízo do disposto no artigo 1984.º".

Pero el art. 1.984 dice: "1. O adoptado, ou seus descendentes, e os parentes dos adoptantes não são herdeiros legítimos ou legitimários uns dos outros, nem ficam reciprocamente vinculados à prestação de alimentos.

2. Concorrendo à sucessão do adoptante descendentes ilegítimos deste e o adoptado ou seus descendentes, não é aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 2139.º e no n.º 2 do artigo 2140.º, salvo se concorrerem também à sucessão descendentes legítimos do adoptantes". Vid también nota 60.

III. LIMITE DE ESA EQUIPARACION EN LA SUCESION TESTAMENTARIA

Puesto que la primera particularidad del artículo 179 se refiere a la sucesión testamentaria, parece claro que con respecto a la intestada funciona plenamente el principio de equiparación que, al encabezar el artículo, constituye la regla general aplicable a todos los casos no expresamente tratados aparte. Así, pues, el hijo plenamente adoptivo quedará asimilado al régimen que los artículos 931 y siguientes preven para los hijos legítimos y sus descendientes (42).

El legislador ha querido evitar con la inclusión de esta primera particularidad que el juego de la mejora frente a la legítima estricta permita colocar en mejor situación al adoptado con relación a sus colegitimarios, los hijos legítimos del adoptante. Por lo menos, en lo que hace referencia a la legítima (amplia), el adoptado no podrá obtener una porción superior a la de cualquiera de los hijos legítimos.

El Proyecto del Gobierno, obsesionado con la idea de que los hijos legítimos no pudieran salir menos favorecidos que el hijo plenamente adoptivo, no se limitaba a la legítima, extendiendo esta limitación a todo el caudal hereditario: "Concurriendo sólo con hijos legítimos, y tratándose de sucesión testamentaria, no podrán percibir más que el hijo legítimo menos favorecido". Lo que implica una restricción al principio de libre disposición de la parte del patrimonio no sujeta a legítimas, y, sobre todo, un especial trato discriminatorio de los hijos adoptivos, contrario a la orientación de la Ley y absolutamente gratuito, en cuanto que no redundaba en beneficio de los hijos legítimos. Contrario al intento de potenciar al máximo la situación jurídica del adoptado, puesto que, por el contrario, se le privaba de los derechos que tiene cualquier persona a recibir testamentariamente la parte de libre disposición de cualquier causante. Gratuito, en cuanto que el padre adoptante podría disponer de esa parte de libre disposición a favor de cualquier tercero, por lo que la restricción frente al adoptado perjudicaba necesariamente a éste, pero no beneficiaba necesariamente a los hijos legítimos. Por ello, cabe valorar positivamente esta limitación de la primera particularidad al campo de la mejora introducida en el Dictamen de la Comisión (43), (44).

(42) De ahí la aplicación de los artículos 968 y ss. del Código civil en los supuestos de adopción. Vid. VALLET. Op. cit., p. 602; GARCÍA CANTERO: *Aspectos sucesorios de la nueva Ley de Adopción*, en Estudios sobre la Adopción. Madrid, 1971, p. 106; CHICO ORTIZ. Op. cit., p. 1473.

(43) La Exposición de Motivos de la Ley sigue redactada en este punto igual que el Escrito de Presentación del Proyecto a las Cortes, como si tal limitación de la primera particularidad no se hubiese producido: "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". Vid. párrafo 17.

(44) Vid. VALLET. Op. cit., p. 602; GARCÍA CANTERO. Op. cit., p. 108.

Esta primera particularidad constituye la muestra de como la Ley se resiste, a pesar de sus proclamaciones, a tratar al hijo adoptivo como un hijo legítimo más. Lo que en el Proyecto del Gobierno resultaba particularmente evidente. Partiendo pues de lo que cabe considerar como meta deseable, la realidad del principio de equiparación de los hijos plenamente adoptivos con los legítimos, esta particularidad debe ser valorada negativamente. Además, llegados al punto alcanzado por la Ley, se trata de una limitación bastante gratuita, puesto que, en todo caso, la porción de libre disposición podrá ser ampliamente utilizada por el adoptante para favorecer al hijo adoptivo frente al legítimo.

El uso del adverbio *sólo* en este apartado del artículo 179 da lugar a una redacción desafortunada para lo que puede considerarse que sea el sentido más correcto de esta particularidad; pero no llega a constituir, ni siquiera al nivel de la interpretación literal del texto, un obstáculo insalvable. Basta considerar que *sólo* no se refiere a *hijos legítimos*, sino a *concurriendo*.

La primera interpretación —*sólo* se refiere a *hijos legítimos*— conduce a una solución absurda: cuando además de concurrir hijos legítimos, lo hacen también hijos naturales reconocidos o legitimados (o ambos) la restricción introducida por esta particularidad ya no se aplicaría. Pero, aunque la haya valorado negativamente, ello no puede autorizar para interpretarla incongruentemente, aplicándola sólo a un caso y eliminándola en otros en los que el juego de intereses y la *ratio iuris* son los mismos.

La segunda interpretación —*sólo* se refiere a *concurriendo*— conduce a considerar que es solamente cuando los hijos adoptivos concurren con hijos legítimos (haciendo caso omiso de la concurrencia o no concurrencia de otras categorías de hijos) cuando se aplica esa restricción al principio de igualdad, sentado en cabeza del artículo 179, puesto que está montada en favor de dichos hijos legítimos. Además, y esto es quizás lo más importante, pone de relieve esta segunda interpretación que defiende como se trata de la única restricción al principio de igualdad entre hijos plenamente adoptivos e hijos legítimos, puesto que la segunda particularidad contenida en el artículo 179 se ocupa de otro tema, el de los hijos naurales, y consecuentemente no contiene ninguna limitación al mencionado principio.

Otro argumento favorable a esta interpretación literal se encuentra en la utilización del adverbio *sólo* en vez del adjetivo *solos*. Este último habría conducido a la interpretación contraria, ya expuesta, y rechazada, sin dejar lugar a ninguna duda. Pero parece que en ningún caso se quiso recurrir a esa fórmula, que era la más adecuada para decir lo que he rebatido. Desde el primer momento, el mismo texto gubernamental utiliza la forma adverbial. Y no se diga que se trata de evitar que se pensase en la existencia de un único hijo plenamente adoptivo junto con los legítimos, restringiéndose así indebidamente

la aplicación de la norma a ese supuesto y excluyendo aquellos en que concurriesen varios hijos plenamente adoptivos con los legítimos, ya que todo el artículo viene redactado en singular ("el hijo adoptivo...") y, precisamente por ello, con el fin de evitar confusiones, el Proyecto del Gobierno hablaba en su tercera particularidad (suprimida en la Ley) de hijo adoptivo *único* para referirse a la existencia de un solo hijo plenamente adoptivo y sin que concurriese con él ningún otro tipo de descendencia.

Así, pues, el encabezamiento del artículo 179 junto con la primera particularidad del mismo nos dice que "el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos" y "Concurriendo solo" o, para mayor claridad, *sólo concurriendo* (salvo que concurriendo) "con hijos legítimos, y tratándose de sucesión testamentaria, no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido" (45)

Cierto que se podría argumentar coherentemente sobre la primera interpretación literal que he rechazado de la siguiente manera. Si la primera particularidad se refiere únicamente a los casos en que no concurran más que hijos plenamente adoptivos e hijos legítimos es porque la segunda particularidad afecta también a los hijos plenamente adoptivos introduciendo una nueva restricción al principio de igualdad de éstos con los legítimos, y esta vez tan importante que, precisamente por ello, no cabe pensar en que la porción legítima del hijo adoptivo iguale y mucho menos en que supere a la del hijo legítimo. Sin embargo, esta interpretación parece rechazable por las normas que a continuación veremos al ocuparnos de la segunda particularidad del artículo 179,

IV. LA CONCURRENCIA DEL HIJO ADOPTIVO PLENO CON EL HIJO NATURAL RECONOCIDO

Ya hemos visto como se puede considerar que la segunda particularidad del art. 179 constituye una segunda restricción al principio de igualdad de los derechos sucesorios de los hijos plenamente adoptivos y de los legítimos que encabeza el mencionado artículo. Dicha restricción consistiría en rebajar los derechos sucesorios de los hijos plenamente adoptivos al nivel de los de los hijos naturales, cuando estos y aquellos concurriesen en la herencia del adoptante (46). Pero también cabe decir, como ya he apuntado, que el

(45) En este mismo sentido: GÓMEZ-FERRER: *Reflexiones sobre el nuevo artículo 179 del Código civil*. RCDI. Septiembre-octubre de 1970. Vid. páginas 1195 y 1197; CHICO ORTIZ. Op. cit. Vid. pp. 1460-1461.

(46) Así lo cree GARCÍA CANTERO: "Mientras no se mejore con carácter general la situación de los hijos naturales, parece algo especioso invocar la

apartado en cuestión del artículo 179 no afecta directamente a los derechos sucesorios del hijo adoptivo y, consecuentemente, no es una restricción, al menos directa, a los derechos sucesorios del mismo. Sigue rigiendo el principio de equiparación del primer párrafo del artículo 179, que, repito una vez más, constituye la regla aplicable a todos los casos mientras que no sea expresamente derogada para alguno. Lo que pretende este apartado, en definitiva, es mejorar la suerte sucesoria de los hijos naturales equiparándolos a estos efectos con los plenamente adoptivos cuando concurren con ellos. Esta interpretación es la que me parece preferible y trataré de defender.

Por lo pronto cabe señalar, frente a las críticas que algún autor ha pronunciado contra la expresión de *particularidad* utilizada por la Ley (47), que quizá los redactores iniciales del Proyecto sabían muy bien lo que hacían al utilizar un término tan ambiguo y carente de un sentido jurídico preciso. En efecto, esa denominación procede ya del Proyecto del Gobierno; y está bien claro que si los redactores hubiesen entendido que los apartados numerados que se contenían limitaciones o restricciones al principio de equiparación de los hijos plenamente adoptivos con los legítimos, afirmado al comienzo del artículo 179, habrían utilizado una de esas palabras mucho más claras, definidas jurídicamente y, sobre todo, especialmente expresivas. Si no lo hicieron no fue por el número tercero suprimido, ya que está bien claro que dicho apartado si que constituía una restricción del principio de equiparación mencionado. El mismo escrito de presentación del Proyecto a las Cortes abordaba su explicación con la siguiente frase: “Alguna **atenuación** de la regla ha de reconocerse, en cambio, en la hipótesis del hijo adoptivo único” (48) (el subrayado es mío). Si no lo hicieron tampoco, fue por el número 1.º que

necesidad de su tutela y protección y la nueva sensibilidad de la sociedad contemporánea, con la única finalidad de degradar la posición sucesoria de los hijos adoptivos, a quienes acaba de equiparárseles a los legítimos. Por esta vía no creo que se logre su necesaria rehabilitación, mientras que a los adoptivos en adopción plena se les infinge un injusto trato discriminatorio”. Op. cit. Vid. p. 107. Lo que viene a repetir en la p. 109: “... en el caso de concurrir hijos legítimos, hijos naturales reconocidos e hijos adoptados plenamente, la presencia de, al menos, de un hijo legítimo puede apoyar la tesis de su equiparación con el adoptivo, lo que conduciría a que la legítima del natural reconocido fuera reducida a la mitad. Sin embargo, parece que la solución debe ser la contraria, ya que la primera “particularidad” dice “concurrendo sólo con hijos legítimos”, con lo cual se excluye —al menos literalmente— el supuesto contemplado”. Aunque en la p. 110 se expresa dubitativamente sobre el mismo tema con las siguientes palabras: “La concurrencia de hijos legítimos, naturales reconocidos y plenamente adoptados no está prevista expresamente por el legislador. ¿Tendrá fuerza suficiente la inicial declaración de igualdad del primer párrafo del artículo 179 para excluir la segunda “particularidad”? Será esta una de las cuestiones que los Tribunales deberán aclarar.

(47) Vid. GARCÍA CANTERO. Op. cit., p. 107.

(48) Frase inexplicablemente mantenida en la Exposición de Motivos de la Ley. Vid. párrafo 17.

acabamos de analizar, puesto que su sentido de excepción restrictiva del principio en cuestión está bien claro. Sólo el número 2.^º ha podido inducir a los redactores iniciales del Proyecto a utilizar el término ambiguo de particularidad. Y es que, en efecto, dicho número 2.^º no es una excepción al encabezamiento del artículo, sino la consideración de otro tema que incide en el de la sucesión del hijo plenamente adoptivo, mezclándose con él. El legislador ha aprovechado el tema de la adopción para mejorar císcunstancialmente a los hijos naturales reconocidos del adoptante.

La misma redacción de esta 2.^a particularidad del art. 179 no deja lugar a dudas acerca de que lo que la Ley persigue no es restringir los derechos sucesorios del hijo plenamente adoptivo, sino favorecer al hijo natural reconocido. En efecto, el sujeto de la proposición principal es "*cada uno de estos*", es decir, los hijos naturales y "*el adoptivo*" no es utilizado más que como término de comparación. La fórmula lógica para alcanzar el resultado contrario habría sido una redacción similar a la siguiente: si concurriese con hijos naturales reconocidos, no podrá percibir más porción que ellos.

Consecuentemente, puesto que esta particularidad afecta a los hijos naturales reconocidos, la sucesión de los hijos plenamente adoptivos sigue rigiéndose por la norma contenida en el encabezamiento del art. 179 y esa es la razón por la que puede tomarse como término de comparación a efectos de mejorar el status sucesorio de los hijos naturales reconocidos.

Pero quizá los argumentos decisivos a favor de la solución por nosotros propugnada tenga que superar el nivel puramente literal de la interpretación. En el terreno de la interpretación sistemática señalaré la incongruencia que resulta de equiparar el régimen sucesorio de los hijos plenamente adoptivos con el de los hijos naturales si se piensa en el previsto por el art. 180 para la adopción, simple equiparación con los hijos naturales reconocidos. Si se considera que la 2.^a particularidad del art. 179 rebaja los derechos sucesorios del hijo plenamente adoptivo al nivel de los correspondientes a los hijos naturales reconocidos resultaría que en cuanto existiesen hijos naturales reconocidos no funcionaría más que la adopción simple a efectos sucesorios. Solución que no deja de ser sorprendente y, sobre todo, inexplicable (49).

Un segundo argumento de interpretación sistemática se encuentra en el segundo párrafo del art. 179: "Los adoptantes ocuparán

(49) "Basta, pues, la concurrencia de un único hijo natural reconocido para que el hijo adoptado plenamente reciba idéntico trato que si fuera adoptado.

Por otra parte, la redacción de la segunda "particularidad" presenta mayor alcance que la primera, ya que, no limitándose literalmente a la sucesión testamentaria, deja abierta la puerta para que se entienda aplicable la norma a la sucesión abintestato, lo que resulta doblemente vejatorio para los hijos adoptivos". GARCÍA CANTERO. Op. cit. Vid. p. 109.

en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos" en la adopción plena. La fórmula utilizada y la colocación de este precepto en el art. 179 no permite deducir la existencia de ninguna excepción al respecto. Pues bien, si se acepta la interpretación que he combatido, resulta que en tales supuestos el hijo plenamente adoptivo hereda como hijo natural reconocido, mientras que el padre adoptante sigue heredando como legítimo y no como natural, tal y como parecería lógico de acuerdo con el principio de reciprocidad en materia sucesoria (50). Pero es claramente contrario a las directrices generales de la Ley romper este principio a favor del adoptante y en contra del adoptado. Es más, lo frecuente ha sido que dicho principio no se aplicase al adoptante para evitar expectativas de este que se consideraban perturbadoras de una utilización socialmente positiva a la adopción (51). Quizá la aplicación de la reciprocidad sea, sin embargo, preferible si se quiere desligar al adoptado de su familia natural y vincularle totalmente al adoptante. Tal, fue ya el criterio del legislador de 1958 con respecto a la adopción plena (artículo 179, pár. 1.º). Pero inclinar la balanza del lado del adoptante resulta sin duda injustificado. Si el padre adoptante hereda *siempre* como padre legítimo del adoptado, lógico es que este herede *siempre* como hijo legítimo del adoptante. La pequeña restricción contenida en la primera particularidad del art. 179 no rompe esta regla, ya que con ella el hijo plenamente adoptivo no queda rebajado a una categoría inferior de filiación a efectos sucesorios.

Por otra parte, la equiparación del hijo natural reconocido con el plenamente adoptivo —lo interpretación que yo considero preferible— no desequilibra el principio de reciprocidad del que nos vemos ocupando en contra del padre natural. En efecto, el art. 846 está redactado con suficiente elasticidad para acoplarlo a cualquier cambio operado en la sucesión del hijo natural reconocido y es que, en realidad, no hace sino recoger para los supuestos de filiación na-

(50) "Es curioso constatar la quiebra del principio de reciprocidad, básico en el Derecho de sucesiones, que se ha producido a propósito de la adopción plena, ya que mientras al hijo adoptivo se le limita considerablemente en ciertos casos sus derechos sucesorios, no ocurre lo propio con el padre adoptante, respecto del cual no rige ninguna "particularidad"; circunstancia esta en la que nadie reparó durante la discusión en el seno de la Comisión". GARCÍA CANTERO. Op. cit. Vid. p. 112.

(51) "Durch die Annahme an Kindes Statt wird ein Erbrecht für den Annehmenden nicht begründet". Parágrafo 1.759 BGB.

Lo que COINT justifica con las siguientes palabras: "Man wollte die Gefahr ausschliessen, dass eine Annahme an Kindes Statt aus Spekulation auf das Vermögen des Kindes erfolge". *Erbrecht*. KIPP/COING 12. Bearbeitung. Tübingen, 1965. En: *Lehrbuch des Bürgeslichen Rechts*. Enneceruh-Kipp-Wolff. Vid. p. 15; LANGE: "Um die Herbeiführung des Erbfalls durch den Annehmenden zu verhüten". *Lehrbuch des Erbrechts*. München/Berlin, 1962. Vid. p. 138, nota 1; y SCHNITZERLING: "Für den Annehmenden wird durch die Adoption ein Erbrecht nicht begründet (§ 1.759 BGB). Man wollte die Gefahr ausschliessen, dass eine Adoption wegen des Kindesvermögens erfolgt". Op. cit. Vid. p. 895.

tural el principio en cuestión. Así es que puesto que el hijo natural reconocido que concurre con hijos plenamente adoptivos queda asimilado a éstos, es decir, en última instancia al hijo legítimo, el padre natural ocupará en tal caso frente a él el puesto de padre adoptante, es decir, en última instancia el de padre legítimo a efectos sucesorios.

Pero en realidad con estos dos argumentos expuestos en último lugar no hemos descendido propiamente a la "ratio iuris" de una equiparación del hijo natural reconocido con el legítimo a efectos sucesorios cuando concurren con hijos plenamente adoptivos, puesto que de eso se trata. Hasta ahora nos manteníamos en el campo de la interpretación sistemática; es hora de pasar a ver si podemos encontrar un fundamento satisfactorio para la interpretación que ya he defendido literal y sistemáticamente. En el fondo, la negativa de los autores que hasta el presente han comentado esta nueva Ley de Adopción a recoger esta interpretación que resulta la más clara y evidente, responde a una actitud prejuiciosa frente al hijo natural. En efecto, cualquier persona ajena a una especial minusvaloración de aquél llegaría con una primera lectura del art. 179 a la conclusión que nosotros defendemos: la ley equipara al hijo plenamente adoptivo con los legítimos a efectos sucesorios (siempre limitados a la sucesión del padre adoptante) y, además, aprovecha la ocasión para equipararles en su caso, también en esa misma materia, al hijo natural. El texto legal no es ni mucho menos tan oscuro. Pero lo resulta cuando se pretende forzar para esquivar las nuevas soluciones que aporta a la sucesión de los diversos tipos de filiación. En efecto, hay que montar auténticos jeroglíficos normativos para interpretar el nuevo art. 179 cuando se rechaza la interpretación aquí mantenida. Y todo ello, repito, porque una parte importante de nuestra doctrina, formada en determinados principios del Derecho de Familia, encuentra grandes dificultades en amoldarse a los cambios operados en este sector del Derecho Civil.

Hoy en día parece necesario aceptar la existencia, positiva sin duda, de un cambio de actitud social frente a los hijos ilegítimos; cambio que el legislador de muchos países pertenecientes a nuestra misma esfera cultural tiende a reflejar en el ordenamiento positivo. Es un principio jurídico pues del que hay que partir: el de favorecer en la mayor medida posible a los hijos naturales. El único límite a este principio es el de protección a la familia. Pero lo que está claro es que la salvaguarda de esto no implica necesariamente en general un trato de desfavor para con los hijos ilegítimos. Este tema de absoluta actualidad se encuentra, como es lógico, indisolublemente unido al de la adopción. Las mejoras aportadas al "status" de la filiación adoptiva tienen que repercutir de una forma u otra en una mejora paralela del "status" de la filiación ilegítima. Dentro de ésta, la filiación ilegítima no natural constituye un tema aparte, ya que sus caracteres revisten objetivamente un peligro frente a lo que se considera fundamental para la familia. Por ello, la consolidación de efectos ju-

rídicos a su favor resulta especialmente problemática (52). Pero ese no es el caso de la filiación natural.

Ya en 1958 nuestro legislador se resistió a colocar al hijo plenamente adoptivo por delante del natural. En fin de cuentas, aquél es un hijo totalmente artificial y existía un cierto reparo a ponerle por delante de un hijo verdadero, aunque fuese extramatrimonial. Por esa razón se rechazaba la adopción de hijos naturales, ya que con esa medida su *status* jurídico no mejoraba (53).

(52) Sin embargo, la enmienda número 1, encabezada por el Sr. Batlle Vázquez, aboga por que sea posible su adopción; "En este mismo art. 172, y en el mismo caso primero, se contiene un último inciso, que, refiriéndose a la capacidad o aptitud para ser adoptado, se inserta impropiamente entre los preceptos que señalan la capacidad para adoptar.

Nos referimos a la dicción: "No obstante, se permite siempre la adopción de los propios hijos naturales reconocidos".

Esta frase es más importante por la preterición que hace que por la afirmación que contiene.

La preterición se refiere al delicado punto de si son o no susceptibles de adopción los propios hijos ilegítimos no naturales.

El principio "inclusio unius exclusio alterius" nos lleva a preguntarnos si los hijos ilegítimos no naturales están excluidos de la adopción *siempre* o sólo en algunos casos.

Si no se conoce la ilegitimidad, porque la paternidad o maternidad no es conocida, o el hijo se presenta como natural por virtud del reconocimiento unilateral del artículo 130 del Código civil no hay problema. ¿Pero qué sucederá cuando conste la filiación por cualquiera de los medios auténticos del artículo 140 del mismo Código o del artículo 4.^o de la Compilación catalana?

Como es triste la condición de los hijos ilegítimos y realmente pueden decirse privados de un verdadero *status* familiar, como en ocasiones hay circunstancias que atenúan la culpa posible de los progenitores, no estimamos justo privarles del beneficio de la adopción en principio. Es cierto que el proyecto de ley no les excluye, pero la exclusión puede resultar, o por lo menos se puede entender, "a contrario sensu" de la mención expresa de los hijos naturales.

Por eso estimamos que es necesario que la Ley se pronuncie claramente sobre esto, tanto más cuanto que las pretensiones que pudieran perturbar el orden familiar tiene el freno de la intervención del cónyuge adoptante, o de otros familiares, en la forma prevista, y que debe ser más cuidada y perfeccionada en el artículo 173.

La Ponencia rechazó expresamente la extensión de este beneficio a los hijos ilegítimos no naturales (criterio seguido por la Ley): "No obstante, procede conservar, por evidentes razones de claridad, la precisión final de este número respecto de los hijos naturales del propio adoptante, aunque situándola como párrafo nuevo a continuación del 3.^o de la redacción del Proyecto. Respecto de los legitimados no naturales, cuya filiación como tales conste, entiende la Ponencia que, en general, el respeto al orden público debe primar sobre cualquier otra consideración. Ello supondría desestimar la enmienda núm. 1 (Sr. Batlle Vázquez) en este punto".

(53) "Es muy discutido en nuestro Derecho si pueden ser adoptados los hijos ilegítimos del adoptante. Se dice que la admisión de esta posibilidad sería contraria al fundamento y fines de la adopción; pero es lo cierto que la Ley no establece la correspondiente prohibición, al determinar las condiciones necesarias para la adopción por parte del adoptante y del adoptado. Si la paternidad natural consta (por estar ya reconocido el hijo natural o por indicarse en la escritura de adopción el vínculo existente entre adoptante y adoptado), entendemos que no es lícita la adopción, pues, siendo mayores

Pero en 1970, nuestro legislador siguiendo las corrientes generales, ha llegado a una casi total identificación de los hijos plenamente adoptivos con los hijos ilegítimos. Por ello ahora tiene sentido permitir expresamente la adopción plena del hijo natural reconocido (art. 178, pár. 1.º) (54), (55). Resucitando así una práctica medieval prevista en el Fuero Real (56). Y cuando esto no se produce,

los derechos del hijo reconocido que los del adoptivo, perjudicaría aquélla la condición del hijo (en este sentido, Resolución de 23 de octubre de 1947). Mas si no consta en forma legal la paternidad ilegítima, no vemos que en el terreno jurídico y prescindiendo de los matices morales del problema, pueda negarse la posibilidad de la adopción". PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN: *Notas al Derecho de Familia*, de KIPP-WOLFF. Vol. II, 2.ª ed. Barcelona, 1952. Vid. página 267.

"... si se trata de hijos naturales reconocidos, es obvio que no cabe la adopción, ya que la paternidad natural, legalmente sancionada, es más fuerte que la civil y confiere más derechos al hijo (en tal sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 23 de octubre de 1947); y si se trata de hijos no reconocidos, cuya paternidad o maternidad no conste, es inexplicable como en el terreno jurídico puede hacerse efectiva la prohibición de adopción". BLAS PIÑAR: *La adopción y sus problemas jurídicos*. RCDI, 1950. Resumen de una conferencia, pronunciada el 31-I-1950 en la Academia Matritense del Notariado, realizado por LA RICA. Vid. p. 234.

(54) "En igual línea permisiva aparece la adopción de los propios hijos naturales reconocidos. El tema es polémico en la doctrina. Mas como, por una parte, la adopción por un cónyuge de los hijos del otro (entre ellos los naturales) se ha reputado justificada, y, por otra parte, en la nueva ordenación el Estatuto jurídico del hijo adoptivo incorpora señaladas prerrogativas, ha parecido oportuno no privar al hijo natural propio de algo que puede redundar en su beneficio. Además, la norma propuesta se inserta así en la muy difundida corriente de dignificación de la filiación natural". Párrafo 9.º de la Exposición de Motivos de la Ley de 4-VII-1970.

El Proyecto del Gobierno contemplaba con especial favor la adopción de hijos naturales reconocidos por sus padres, hasta el punto de que en este caso no aplicaba la prohibición de adoptar que establecía para quienes tuviesen descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos (art. 172, párrafo 4.º, apartado 1.º).

(55) Vid. CHICO ORTÍZ, op. cit., p. 1422.

(56) "Como disposición final del Fuero Real 4,22 se incluye una forma de legitimación de hijos habidos en mujer que no sea de bendición. El recibimiento de estos hijos debe hacerse, según la mencionada Ley, ante el rey o ante *homes buenos* con la siguiente fórmula: *este es mi hijo que he de tal mujer, e desde aquí adelante quiero que sepades que es mi hijo, e que lo recibo por hijo*.

No sólo es distinta la fórmula de este recibimiento de los hijos naturales, sino también sus efectos, porque, además del derecho de sucesión que le corresponde, adquiere la condición social del padre, y tendrá *honra de fidalgo si su padre fuere fidalgo*.

Esta disposición del Fuero Real nos pone de manifiesto que el porfijamiento debía de ser una forma corriente de legitimación de hijos habidos fuera del matrimonio, como se habían empleado ya entre los germanos las formas de adopción para el mismo fin; y lo establecido en aquel cuerpo legal es un intento de diferenciar el recibimiento que se hace en caso de un hijo de tal naturaleza, una forma de legitimación. Esto se pone aún más de relieve si se tiene en cuenta que el Fuero Real recoge las formas de legitimación del Derecho romano. Así, en 3,6,2 aparece claramente la legitimación del hijo natural por subsiguiente matrimonio; en 3,6,5 se permite tomar por hijo al

siguiendo la orientación anteriormente señalada, orientación que sin duda tiene una amplia acogida en los principios éticos actualmente vigentes en nuestra sociedad, el legislador ha previsto una mejora del hijo natural equiparándole al hijo plenamente adoptivo en materia de sucesiones. Obsérvese que este campo es aquél en donde las mejoras de los hijos ilegítimos afectan menos a la integridad de la familia. Por otra parte, existe de esta forma una clara incitación a la adopción del hijo natural, puesto que en fin de cuentas va a dar lo mismo a efectos sucesorios (57). El acierto del legislador a la hora de equiparar hijos adoptivos e hijos naturales en la sucesión del padre adoptante parece pues responder a un sentir general que ya había sido recogido en la reforma de 1958 y, posteriormente, en las Segundas Jornadas Nacionales sobre la Adopción, donde se consideró deseable la vigorización de los efectos personales y patrimoniales tanto de la filiación adoptiva como de la filiación natural (58).

El problema radica ahora en que la equiparación se realiza por arriba, con lo que otros legitimarios pueden quedar perjudicados. Fundamentalmente los posibles hijos legítimos. Pero desde el momento en que en el caso en cuestión su monopolio sucesorio sobre los dos tercios de legítima queda destruido por la actuación voluntaria del padre adoptante (y no por un hecho natural y relativamente fortuito como es el de la generación natural) no parece que haya mayor inconveniente en ampliar la equiparación a los hijos naturales. Las razones que parecen respaldar ese monopolio de la descendencia legítima desaparecen con la irrupción de los hijos plenamente adoptivos. Y con esta última referencia a la concurrencia de hijos legítimos, adoptivos y naturales he adelantado que a mi entender la particularidad segunda parece aplicable también a tales casos. Sobre lo que más adelante volveré.

No hay duda de que cabe hacer alguna objeción al lugar elegido para mejorar la sucesión de los hijos naturales reconocidos. Quizá en teoría sería preferible ir directamente a una reforma general de

que lo sea de barragana; y en la Ley 3, 6, 17 se observa claramente la legitimación por concesión del monarca.

Algo semejante ocurre en el parágrafo 277 del Fuero de Alcalá de Henares, en el Fuero de Sepúlveda 61, etc. En el primero se dice que el *fijo mal hecho non herede*, pero al natural puede hacérsele hijo *en concejo o en haz de caballeros en fonsado*.

Así se puede comprender el carácter de las disposiciones similares que aparecen casi exclusivamente en las fuentes que hemos citado. Más bien que formas de adopción serían de legitimación de hijos naturales. OTERO VARELA, op. cit., Vid. pp. 126-127.

(57) "En la mayoría de los casos se adoptan hijos ilegítimos y la adopción es desde el punto de vista social un medio de la máxima importancia en beneficio de los hijos ilegítimos. Por tanto, con las aspiraciones hacia la mejora de la situación jurídica de los hijos ilegítimos marchan paralelamente los anhelos hacia la mejora de las normas de la adopción". KIPP-WOLFF, op. cit., Vid. p. 154.

(58) Vid. CASTÁN VÁZQUEZ: *Las II Jornadas...*, p. 925.

su status jurídico, independientemente del dato, hasta cierto punto fortutito, de que medie o no una adopción plena. Pero si bien es cierto que la opinión general tiende hoy en día a favorecer a los hijos naturales, sería muy difícil de concretar con carácter general esa actitud a través de una reforma legislativa. En cambio sí cabe aprovecharla para procurar a nivel concreto una mejora de la filiación natural cada vez que un cambio legislativo se relacione de una u otra forma con ella. La materia de adopción es terreno abonado para esto precisamente por lo que antes hemos dicho: la opinión social no tiene muy claro el punto hasta el que se puede mejorar al hijo natural sin dañar a la institución familiar; pero lo que sí que tiene claro es que, por lo menos a efectos patrimoniales (sucesorios), el hijo natural no debe ser menos que el adoptivo. Se puede pues afirmar que, dentro de esta política adoptiva, realizada en base a las circunstancias sociales concretas en que nos encontramos, y alejada de cualquier abstracción dogmatizante, la norma del art. 179, pár. 1.^º, part. 2.^a parece oportuna y adecuada.

Un argumento que se viene a alegar contra la posición aquí defendida, es que, ella implica la derogación para los supuestos contemplados en la particularidad 2.^a del art. 179 del régimen de los arts. 840 y siguientes, así como del régimen de los arts. 935 y ss. y 939 y ss. Frente a lo que cabe decir que cualquier interpretación intermedia implica también la derogación parcial (al efecto) de normas sucesorias del C. c. Sólo si se interpreta la particularidad en cuestión como una equiparación de los hijos plenamente adoptivos con los naturales reconocidos se evita esta objeción. Pero ya he señalado las razones por las que esa interpretación parece rechazable.

Por otra parte, esta objeción es puramente formal. Claro que sería deseable que cualquier ley determinara exactamente todas las normas afectadas por su promulgación y la medida en que lo fueren. Pero esta tarea dificultaría muchísimo la labor legislativa. De ahí que normalmente se señalen expresamente los textos legales que vienen a ser sustituidos por cada nueva ley, abandonando a la doctrina aquél trabajo. Esto es totalmente aplicable a una ley, como la de adopción, que afecta principalmente a un capítulo del C. c. (el Capítulo V del Título VII del Libro I). Será la doctrina quien deba señalar qué otros artículos al margen de los correspondientes a ese capítulo (que quedan derogados han quedado modificados como consecuencia de la interpretación sistemática de la Ley en cuestión. Y de la misma forma que no plantea ningún problema considerar suprimidas las normas que hacen referencia a la adopción menos plena (así los arts. 47, pár. 2.^º y 166), tampoco lo plantea el admitir una derogación parcial de los artículos que regulan normalmente la sucesión de los hijos naturales reconocidos cuando éstos concurren con los hijos plenamente adoptivos.

Ya he dicho que en mi opinión la particularidad 2.^a del art. 179 se extiende tanto a los casos en que no haya hijos legítimos como a

aquellos en que los haya también. En efecto, su redacción no contiene ninguna restricción en el sentido de limitar su aplicación al primer caso. Y, por otra parte, como ya decía, destruido el monopolio de la legítima de los hijos legítimos para los hijos plenamente adoptivos, no hay razón para no ampliar el disfrute de aquélla a los hijos naturales reconocidos (59).

En contra del tenor literal de la particularidad 2.^a del artículo 179 se ha venido a limitar su aplicación a los supuestos de concurrencia única y exclusiva de hijos naturales reconocidos con plenamente adoptivos. De lo que se deduce que cuando haya además hijos legítimos el hijo natural reconocido volverá a ser tratado normalmente o el hijo adoptivo plenamente volverá a acogerse al régimen de igualdad con el legítimo, según que la interpretación de la particularidad segunda tienda a mejorar a los hijos naturales reconocidos o a empeorar a los plenamente adoptivos. En apoyo de lo que se alega la imposibilidad de compatibilizar el régimen de la sucesión de los hijos legítimos con el de los naturales reconocidos. En efecto, se intenta todo tipo de combinaciones, todas ellas sin resultado, puesto que se trata de compaginar dos términos antitéticos (60). Pero es que se parte de la combinación de ambos regímenes, el de los hijos legítimos y el de los hijos naturales reconocidos. Lo que entiendo que debe rechazarse por arbitrario. No se quiere renunciar al régimen de los hijos naturales, a pesar de que la ley señala precisamente su derogación en estos casos (60 bis).

No caben soluciones mixtas. La Ley propone un sistema bas-

(59) En el mismo sentido, GÓMEZ-FERRER, op. cit., Vid. pp. 1195-1198.

(60) Vid. VALLET, op. cit., pp. 604-608.

Esa es la solución recogida por el Código civil portugués:

Artículo 1.984, párrafo 2.^º: "Concorrendo à sucessão do adoptante descendentes, não é aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 2139º e no n.º 2 do artigo 2140º, salvo se concorrerem também à sucessão descendentes legítimos do adoptante". Artículo 2.139: "1. A partilha entre filhos faz-se por cabeça, dividindo-se a herança en tantas partes quantos forem os herdeiros, salvo o disposto no número seguinte.

2. Concorrendo à sucessão filhos legítimos ou legitimados e filhos ilegítimos, cada um destes últimos tem direito a una quota igual a metade da de cada um dos outros".

Artículo 2.140: "1. Se algum o alguns dos filhos legítimos, legitimados ou ilegítimos não puderem ou não quiserem aceitar a herança, são chamados à sucessão, por direito de representação, os seus descendentes.

2. Havendo representantes legítimos ou legitimados e ilegítimos, o quinhão de cada estirpe representada por algum descendente legítimo ou legitimado será duplo do das estirpes representadas só por descendentes ilegítimos; dentro de cada estirpe em que concorram descendentes legítimos ou legitimados e descendentes ilegítimos é aplicável à fixação das respectivas quotas o disposto no n.º 2 do artigo anterior".

60 bis) VALLET concluye, después de los ejemplos que expone, en los que trata de combinar los mencionados regímenes sucesorios de los hijos legítimos y de los hijos naturales: "Pero, siempre, el intento de solucionar el problema nos llevaría a semejantes perplejidades. Tal vez lo que ocurre es que chocaremos siempre con un imposible matemático, porque no se puede ser a la vez igual a dos desiguales". Op. cit. Vid. p. 607.

tante elemental y que no plantea problemas a la hora de compaginar cuotas legitimarias. Todos los hijos, legítimos, plenamente adoptivos y naturales reconocidos pasan a repartirse las 2/3 partes de la herencia, legítima tradicional de los primeros, con la particularidad de que ningún hijo natural reconocido ni plenamente adoptivo podrá verse más favorecido que cualquier hijo legítimo en el tercio de mejora (a continuación explicaré la extensión de la particularidad primera a los hijos naturales reconocidos). En cuanto a la sucesión intestada, todos ellos disfrutan conjuntamente y por igual del régimen de los artículos 930-934. Esta situación no se altera cuando concurren dos categorías de hijos solo, siempre y cuando una de ellas sea la de los plenamente adoptivos (61).

De acuerdo con lo dicho sobre la particularidad primera, esta se aplica también en concurrencia con la particularidad segunda. En efecto, prescindiendo del juicio de valor negativo que he emitido sobre ella, no parece lógico que no se aplique cuando concurren hijos naturales reconocidos, puesto que las circunstancias al respecto son iguales.

Pero la redacción de la particularidad segunda del art. 179 parece defectuosa en tanto en cuanto ha querido regular a un mismo tiempo la sucesión testada y la intestada (62). Defecto en el que no incurre la particularidad primera porque se puede ocupar sólo de la sucesión testada desde el momento que el encabezamiento del artículo 179 ha sentado ya el principio de equiparación con los hijos legítimos (régimen general, luego régimen de la sucesión intestada). Aquí, no existía ese complemento y el legislador ha querido englobar en una fórmula unitaria todos los supuestos. La fórmula utilizada, correcta para la sucesión intestada, no lo resulta totalmente para la testada. En efecto, parece razonable que en esta se reduzca la equiparación a la cuota de legítima amplia. Las razones son las mismas que di al comentar la particularidad primera. Quizá por ello se dice "no podrá percibir menos" (en la legítima); porque, además, *podrá percibir más* teniendo en cuenta la parte de libre disposición. De lo contrario bastaría con

(61) Cabe preguntarse sobre la posible aplicación analógica del artículo 836 del Código civil en los supuestos de concurrencia sucesoria del artículo 179. En aquellos supuestos en que con hijos ilegítimos concurren plenamente adoptivos o éstos y además naturales reconocidos parece evidente dicha posibilidad. Puesto que éstos se equiparan a hijos legítimos, son iguales a los hijos de este tipo que procediesen de otro matrimonio. Por otra parte, los directamente perjudicados normalmente en tal caso, los hijos naturales reconocidos, no lo son aquí puesto que se asimilan a los legítimos. La cuestión puede resultar más problemática cuando concurren sólo hijos plenamente adoptivos con naturales reconocidos. Pero si en definitiva el principio general del artículo 179 es el de equiparación del hijo plenamente adoptivo con el legítimo (de lo que se beneficia también el natural reconocido), parece que el fundamento de la analogía persiste aún entonces.

(62) Esta particularidad se aplica también al abintestato, "a menos que se entienda —y ello parecería una interpretación forzosa— que está sobreentendida la frase 'tratándose de sucesión testamentaria', y que la palabra porción equivale a 'porción legítima'". GARCÍA CANTERO, op. cit., Vid. p. 110.

decir (y sería más claro): *percibirá igual porción*. Pero también parece correcto limitar esa posibilidad de recibir más a la incidencia de la cuota de libre disposición en el reparto total y no permitir que se produzca también en la legítima amplia. De lo contrario, la combinación con la particularidad primera colocaría al hijo natural en mejor situación frente al legítimo que al hijo plenamente adoptivo. Y eso también parece sobreponer no sólo la intención del legislador sino la misma "ratio iuris" del art. 179 (63).

La equiparación de los derechos sucesorios del hijo natural con los del plenamente adoptivo y, por ende, con los del hijo legítimo tiene consecuencias importantes frente a la solución contraria por lo que se refiere al juego de tales derechos con los de los ascendientes legítimos cuando no existen descendientes legítimos. En efecto, la primera solución —la que defiendo— supone la eliminación de dichos ascendientes tanto en la sucesión forzosa como en la legítima. Naturalmente en provecho de hijos naturales reconocidos y plenamente adoptivos. En cambio, la segunda solución (que he rechazado) supone una reducción de la legítima de estos últimos a la cuarta parte del caudal relicto y su desplazamiento de la sucesión intestada (salvo en dicha legítima). Este cambio de posición tan brusco condicionado a la existencia o inexistencia de hijos naturales reconocidos (¡realmente curioso que éstos afecten de esa manera a los derechos del hijo plenamente adoptivo, mientras que los legítimos no le afectan para nada!) ha parecido tan inexplicable a alguno de los autores que defienden la tesis contraria a la mía que han optado por soluciones mixtas. El hijo plenamente adoptivo seguiría entonces equiparado al legítimo a efecto de desplazar los ascendientes y su equiparación a los naturales reconocidos se limitaría a la cuota hereditaria (64). Pero en esa solución, además de arbitraria en tanto en cuanto no tiene ningún punto de apoyo (lo mismo ocurre con todas las demás combinaciones mixtas como ya he observado más arriba) resulta incongruente. Los hijos legítimos desplazan a los ascendientes porque su legítima sola asciende a la mayor parte de la herencia;

(63) "En cuanto a la sucesión testamentaria, es de notar que el precepto no se refiere exclusivamente a la legítima, debiendo concluirse que el hijo adoptivo que concurre con uno o más hijos naturales reconocidos no podrá percibir por *cualquier concepto* mayor porción que cualquiera de los naturales, pues esto significa la redacción legal". GARCÍA CANTERO, op. cit., Vid. p. 109.

(64) "La presencia de un único hijo adoptado plenamente excluye a los ascendientes del padre adoptante por mera aplicación del artículo 807-2º. Pero si, además, existe un hijo natural reconocido, ¿entrará en aplicación el artículo 841 dándose entrada a los ascendientes del adoptante? El problema se plantea por la falta de encaje del nuevo sistema sucesorio instaurado para la adopción con el general del Código. En mi opinión debe prevalecer, a este respecto, la equiparación del hijo adoptivo al legítimo, y sólo a efectos de la cuantía de las respectivas cuotas hereditarias entrará en aplicación la "particularidad" esgunda del artículo 179, de donde se deriva la exclusión de los ascendientes". GARCÍA CANTERO, op. cit., Vid. pp. 109-110. Mantiene la misma postura con respecto a la sucesión abintestato. Vid. p. 110.

pero no parece lógico desplazar a los ascendientes (su legítima es de la mitad o un tercio de la herencia) para atribuir un tercio o un cuarto de la herencia (arts. 841 y 842) a los hijos plenamente adoptivos y naturales. Legítima que también se encuentra en desproporción con el hecho de que ocupen el primer puesto de la sucesión intestada (por delante de los ascendientes), al no haber descendientes legítimos.

Tampoco parece aceptable fundamentalmente por la misma razón la solución de los que recurren a sumar la cuota legitimaria de los hijos legítimos con la de los hijos naturales reconocidos dividiendo luego por igual entre tantos hijos naturales y adoptivos como haya el total obtenido. La razón es que en ningún sitio del artículo 179, y concretamente en la particularidad segunda, está indicado semejante procedimiento, que por ello resulta absolutamente arbitrario. Obsérvese que en él se parte de seguir atribuyendo a los hijos naturales reconocidos su cuota legítima tradicional y luego, de repente, se salta a su equiparación con los hijos plenamente adoptivos (asimilados a los legítimos). ¿Por qué? En el fondo la razón se debe a que el tercio de libre disposición no permitirá en principio la equiparación con los plenamente adoptivos que disfrutan —con o sin hijos legítimos— de las dos terceras partes del haber hereditario. No digamos cuando además concurren hijos legítimos (art. 840 del C. c.). De ahí esas combinaciones que, repito una vez más, resultan arbitrarias. El legislador, como es lógico, no podía pretender construir en un artículo de pies a cabeza un nuevo régimen sucesorio para los hijos naturales reconocidos, los plenamente adoptivos y los legítimos en concurrencia. De ahí que se haya referido a uno u otro de los regímenes ya conocidos. En este caso el art. 179 ha de funcionar sobre la comparación del régimen del hijo plenamente adoptivo (y por ende, del natural reconocido) con el de los hijos legítimos o con el de los naturales. Estas dos soluciones son las únicas que resultan racionales y que no lanzan al intérprete a la auténtica aventura que supone crear una tercera vía sucesoria con las diversas combinaciones posibles entre los dos regímenes sucesorios anteriormente mencionados. Yo he optado por la equiparación de todos los hijos con los legítimos por las razones ya expuestas (65). Esta es, a mi juicio, la única solución que brinda el art. 179. Y ello supone el ingreso de todos los hijos en los 2/3 de legítima que tradicionalmente se atribuía únicamente a los legítimos. Todo lo que suponga combinar esta legítima, de una u otra forma, con el régimen sucesorio de los hijos naturales reconocidos resulta totalmente arbitrario. Desde el momento

(65) A esta misma solución parece inclinarse DE LOS MOZOS: "Y con ellos (hijos legítimos y adoptivos plenamente) concurrirán, lo mismo que cuando se trata de los hijos y descendientes legítimos, el cónyuge por sus derechos legitimarios y los hijos naturales, pero en este caso, no por sus derechos legitimarios, sino igualitariamente, como se determina en el artículo 179-1.^º, regla segunda". CASTÁN DE LOS MOZOS: *Derecho civil, español, común y foral*. T. VI, V. III, 7.^a ed. Madrid, 1971. Vid. p. 138.

en que el art. 179 no contiene más que equiparaciones, éstas han de ser totales (sólo con las excepciones contenidas en el mismo artículo 179). Por ello, realizar equiparaciones parciales o montadas sobre nuevas cuotas legitimarias (fuera de las tradicionalmente establecidas por el Código civil) es algo que se inventa al margen del texto legal. A partir de ese momento la riqueza de los resultados depende de la capacidad de inventiva del "intérprete" (66).

V. LA SUCESION DEL ADOPTADO SIMPLE

Por lo que se refiere a la adopción simple, el artículo 180 no plantea tantos problemas en principio, ya que acoge el régimen que la Reforma de 1958 atribuía al adoptado plenamente (art. 179, párrafo 1.º) (67): la equiparación con el hijo natural reconocido a efectos sucesorios (68) (69).

(66) Resulta especialmente curiosa la interpretación dada por GÓMEZ-FERRER: "En todo caso para determinar la legítima de los hijos naturales hay que proceder previamente al cálculo de la del hijo adoptivo y como quiera que éste tiene derecho a los dos tercios de la herencia (808), nos encontramos con que si la legítima del primero se fija en dos tercios, lógicamente el precepto queda incumplido ya que sólo restaría un tercio para el hijo natural, el cual aún se verá disminuido al dextraer los gastos de entierro y funeral (840). La solución que parece deducirse en este caso del artículo 179 es que, teniendo en cuenta que lo que se pretende con esta equiparación del adoptivo al natural reconocido es lograr un mayor número de adopciones de hijos naturales que de extraños, porque moralmente tienen mayores derechos, habrá que proceder de la siguiente manera: deducir las deudas y gastos de la herencia incluidos entierro y funeral y el remanente dividirlo por iguales partes. Con lo que resulta que no hay bienes de libre disposición, por lo que si el testador instituyó heredero no adquirirá sino el pasivo de la herencia. Por ello se afirmaba, no sin buena parte de razón, en una Circular que como consecuencia de la aparición de la nueva Ley remitió el Colegio Notarial de Valencia, que un padre que careciendo de descendencia y ascendencia legítima tenga un hijo natural reconocido y pretenda adoptar a otra persona debe saber que, si lo adopta plenamente no podrá dejarle en testamento más que la mitad de la herencia, y si no lo hace o lo hace en adopción simple podrá dejarle hasta dos tercios ya que como es sabido cuando sólo hay hijos naturales reconocidos (o adoptivos simples) el artículo 842 fija su legítima en un tercio de la herencia". Vid, op. cit., pp. 1194-1195.

(67) VALLET se remite a la interpretación que se daba al artículo 179, párrafo 1.º de la Reforma de 1958. Considera adecuada la integración del adoptado en los artículos 840, 841 y 842. Vid, op. cit., pp. 608-609.

(68) El párrafo 3.º del artículo 180 del Proyecto del Gobierno era mucho más farragoso: "El hijo adoptivo ostenta en la herencia del adoptante la misma porción que los legítimos si no concurre con éstos, con la limitación establecida en la regla tercera del artículo anterior. 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. El adoptante ocupa siempre en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural".

(69) VALLET considera desacertada la supresión del pacto sucesorio en la adopción simple (no en la plena, puesto que ésta equipara al adoptado con el hijo legítimo), ya que aquél permitía adecuar los derechos sucesorios del adoptado a los múltiples motivos que podían haber dado lugar a la adopción.

Sin embargo, la combinación de este artículo con el 179 puede suscitar alguna duda (70). En efecto, puesto que en la particularidad segunda de dicho artículo 179 se equipara al hijo natural reconocido con el plenamente adoptivo y puesto que el artículo 180 equipara al adoptivo simple con el natural reconocido, cabría deducir que siempre que el adoptivo simple coincida con plenamente adoptivos y naturales heredará como ellos, es decir, como hijo legítimo (71). La conclusión resulta insostenible en su contenido. Pero es que además se monta sobre una errónea interpretación sistemática.

En efecto, puesto que el artículo 180 no contiene ninguna especificación con respecto a los naturales reconocidos, hay que entender que se hace referencia al régimen sucesorio normal de los mismos, que es el de los arts. 840 y ss. y 939 del Código civil y no el del nuevo art. 179 (72).

De la misma forma que razonábamos, al hablar de dicha particularidad segunda del art. 179, señalando lo absurdo que sería equiparar al plenamente adoptivo con el simple si se consideraba que dicha particularidad rebajaba los derechos del plenamente adoptivo al nivel de los del natural reconocido, se puede decir que la misma incongruencia resulta de equiparar al hijo adoptivo simple con el plenamente adoptivo, esto es, con el hijo legítimo, a efectos sucesorios.

Por otra parte, la particularidad segunda del art. 179 tiene como finalidad equiparar el hijo natural reconocido con el plenamente adoptivo.

Lo que no se puede conseguir con un régimen sucesorio legal. Vid., op. cit., página 608.

“..., la última reforma ha suprimido el pacto sucesorio para la adopción al equiparar los hijos adoptivos, en la *adopción plena*, a los *legítimos*, a efectos sucesorios, aunque podría haber conservado el pacto sucesorio en todo caso y establecer aquella disciplina en su defecto, o bien haberlo mantenido para la *adopción simple*. Lejos de ello, el legislador, adoptando una medida que acaso será criticada, establece en la disposición transitoria de la Ley citada que:...”. DE LOS MOZOS, op. cit., Vid. p. 274.

GARCÍA CANTERO lamenta que no se haya tratado de conservar el sistema del pacto sucesorio, perfeccionándolo, en tanto en cuanto acercaba al Código civil de los ordenamientos forales. Vid., op. cit., pp. 102-103.

(70) Vid. VALLET, op. cit., p. 609.

(71) “Si concurren hijos adoptivos de ambas clases con hijos naturales reconocidos, se equipará, en el trato, sucesorio, a aquéllos, por aplicación excluyente de la segunda “particularidad”. Lo que acaso es una consecuencia no querida por el legislador”. GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 109.

“La concurrencia de ambas clases de hijos adoptivos se resolverá por aplicación analógica del artículo 942. Pero la presencia de algún hijo natural reconocido provocará la aplicación de la “particularidad” segunda del artículo 179, originando un reparto por partes iguales; solución en la que probablemente no pensaba el legislador”. Op. cit., Vid. p. 112.

(72) “... cuando el artículo 179 se refiere a hijos naturales son éstos los del 119 del Código civil, sin que por aplicación del 180 reformado se puedan equiparar en este caso a ellos los adoptivos simples ya que se produciría el paradójico efecto de que concurriendo hijos adoptivos plenos y menos plenos tendrían todos los mismos efectos sucesorios”. GÓMEZ-FERRER, op. cit., Vid. p. 1196.

tivo, lo que, de acuerdo con lo que razonábamos, parece responder al deseo generalizado de mejorar la suerte del primero, pero no entra en sus fines el mejorar también al adoptado simplemente, ya que no cabría dar una explicación análoga para ello.

Finalmente parece importante hacer jugar en este caso el principio de reciprocidad: "El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural". Lo que, combinado con el artículo 846 del Código civil, no supone en principio un obstáculo para elevar en su caso los derechos sucesorios del padre adoptivo simple hasta el nivel de los del padre legítimo, como ya vimos al estudiar la particularidad segunda del artículo 179. Sin embargo, en este caso sí que existe una dificultad que radica en el hecho de que aquí, contrariamente a lo dispuesto para la adopción plena, los parientes por naturaleza no pierden sus derechos sucesorios a la herencia del adoptado (interpretación a sensu contrario del último párrafo del art. 179, junto con el silencio al respecto del art. 180). Ello dificulta el que, en su caso, la sucesión del adoptante se pudiese adecuar, según el principio de reciprocidad, con la del hijo adoptivo simple equiparada a la del hijo legítimo. La presencia a efectos sucesorios de los parientes por naturaleza (concretamente, los padres) impide que el padre adoptivo pueda ser tratado totalmente a esos efectos como legítimo. La concurrencia de la legítima de los padres naturales con la de los legítimos complicaría extraordinariamente la sucesión del hijo adoptivo simple. Lo que evidentemente no parece deseable. Ya veremos cómo aún, limitando los derechos sucesorios del padre adoptivo simple a los del natural, la concurrencia, que parece necesario admitir, de los padres por naturaleza con aquellos plantea en todo caso un difícil problema de encaje de las diversas legítimas en la sucesión del hijo adoptivo simple.

VI. LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LA FAMILIA POR NATURALEZA

La subsistencia de los derechos sucesorios de la familia por naturaleza del adoptado en la adopción simple se relaciona con el tema más amplio de los derechos y deberes que conserva el adoptado frente a su familia y viceversa. Este tema, al pasar la patria potestad al adoptante (art. 176, pár. 3.º), se centra en los derechos sucesorios y en los de alimentos. Son los primeros los que en este caso nos interesan.

En la redacción primitiva del Código civil, puesto que el adoptante no adquiría ningún derecho sucesorio con respecto al adoptado y éste conservaba el suyo frente a su familia natural (art. 177), parecía lógico deducir que esta última los conservaba también frente a aquél. La Reforma de 1958 introduce un régimen distinto para la adopción plena: el adoptado conserva todos sus derechos suce-

sorios, mientras que la familia natural decae en ellos (arts. 174-5.^º y 179-3.^º). Este seguía siendo el criterio del Proyecto gubernamental. En efecto, el último párrafo del art. 179 de ese Proyecto decía: "Los parientes por naturaleza no obtendrán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado." Y el párrafo 4.^º (último) del art. 176: "La adopción no priva al adoptado de los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza." El primer artículo se refería a la adopción en general y el segundo a la adopción plena, como en la Ley definitiva. En ésta se conserva sustancialmente la redacción del último párrafo del art. 179 (al menos en la parte de la que nos estamos ocupando), pero se suprime el último párrafo del art. 176, supresión esta última que no es casual, puesto que viene provocada por la enmienda ARRUE ZARAUZ (73), que pedía junto con la supresión de dicho párrafo, la del último párrafo del art. 178 (cuya segunda parte decía que el adoptado "conservara los derechos sucesorios a tenor del artículo 176 y los de alimentos en la medida en que no los pueda obtener del adoptante"); supresión que también se llevó a cabo (74). Parece, pues, claro que los redactores del texto definitivo de la Ley pensaron en consagrar la total separación del adoptado con respecto a su familia por naturaleza eliminando sus derechos sucesorios frente a la misma. Sin embargo, el silencio de la ley sobre este tema, junto con una interpretación favorable para el adoptado (principio fundamental en todo el tema de la adopción), no abona esa solución.

El silencio da lugar a que funcionen las normas generales sobre la sucesión y éstas no prevén que la adopción provoque el decaimiento del adoptado en sus derechos sucesorios frente a su familia de origen (75). Tampoco puede invocarse en este caso el principio de reciprocidad, ya que en materia de adopción es habitual que no funcione frente a la familia por naturaleza (Vid. la Reforma de 1958) ni frente al adoptante. Los intereses de uno y otro quedan postergados ante los del adoptado (76). Abona en este caso la solución que consiste en mantener al plenamente adoptado en sus derechos sucesorios, mientras que su familia los pierde (art. 179, pár. 3.^º),

(73) Justificación de esta enmienda encabezada por el señor Arrué Zaráuz: "La cuestión relativa a las relaciones entre la familia natural y la familia adoptiva es incuestionablemente una de las más cruciales en materia de adopción, y causa de numerosos fracasos en la misma.

Por ello, entendemos que la solución preferible de la precitada cuestión pudiera ser la de cortar radicalmente todas las relaciones del adoptado con su familia de origen, a excepción únicamente de los impedimentos para el matrimonio".

(74) En el Dictamen de la Ponencia.

(75) En el mismo sentido, VALLET, op. cit., Vid. p. 610; CHICO ORTIZ, op. cit., Vid. pp. 1468-1469.

(76) En contra, DE LOS MOZOS. Op. cit., Vid. p. 139. Por ello considera que el hijo adoptivo simple sí que conserva sus derechos sucesorios frente a su familia por naturaleza. Vid. p. 140. En contra también; GARCÍA CANTERO Op. cit., Vid. p. 115; GÓMEZ-FERRER. Op. cit., Vid. p. 1199.

la especial condena que sin duda recae sobre la conducta de esa familia que no ha tenido inconveniente en desentenderse, antes o después de la adopción, de la suerte del adoptando.

En cuanto a la adopción simple, la nueva Ley no dice nada sobre los derechos sucesorios de la familia natural. Siguiendo el criterio interpretativo utilizado frente a la reforma de 1958 para la adopción menos plena, interpretación a sensu contrario, parece que en la adopción simple la familia por naturaleza conserva sus derechos sucesorios. En efecto, puesto que el art. 179 (referido a la adopción plena) la excluye expresamente, el silencio del art. 180 puede interpretarse en principio positivamente. Sin embargo, en este caso surge una nueva circunstancia que no se daba en la redacción de 1958. En aquélla, la adopción menos plena no generaba derechos sucesorios a favor del adoptante. Pero ahora la adopción simple le coloca en una posición equivalente a la del padre natural. ¿Altera esto la conclusión anterior? Sólo si se diese una incompatibilidad total y determinante entre ambos derechos sucesorios, del padre adoptante simple y de la familia por naturaleza, cabría optar por suprimir los de esta última. De lo contrario, parece excesivo privarla de tales derechos, previstos con carácter general en el Código civil, sin que exista ninguna norma expresa en tal sentido.

Pues bien; una incompatibilidad clara no existe, tanto si los padres por naturaleza del adoptado son naturales como si son legítimos. Ciento que la circunstancia de concurrir el padre (o padres) adoptante simple con el padre (o padres) por naturaleza en la sucesión del adoptado, plantea un supuesto derecho totalmente nuevo y atípico, que, sin duda, no ha previsto el legislador. Basta pensar en los dos supuestos más complicados de concurrencia de legítimarios para darse cuenta de las dificultades de encaje de este caso en el sistema sucesorio del Código civil: concurrencia de padre por naturaleza, adoptante simple, cónyuge e hijos naturales. Si los padres por naturaleza son legítimos les corresponde $1/3$ de la herencia por legítima, $1/3$ al cónyuge, $1/4$ al adoptante y $1/4$ a los hijos naturales del adoptado. Reduciendo al mismo denominador, resulta una suma de $14/12$. Sobra, pues, un $1/6$. Una aplicación analógica de los arts. 841 y 836 es posible tanto a la sucesión de los hijos naturales como al padre adoptivo simple, equiparando al natural, puesto que el artículo 846 equipara a éste con el hijo natural a todos los efectos sucesorios de legítima. Cada uno vería mermada su legítima en $1/12$ (obtendría pues $2/12$) hasta la muerte del cónyuge del adoptado. Si no concurren hijos naturales, también hay sobrante. Al cónyuge le corresponde $1/2$ de la herencia como legítima, $1/3$ al padre legítimo y $1/4$ al padre adoptivo simple. En este caso sobra sólo $1/12$, que por las razones ya aludidas habría que detraer de la legítima del padre adoptante hasta la muerte del cónyuge del adoptado.

Si los padres por naturaleza son naturales, en este último caso las legítimas encajan justo en la herencia: la mitad para el cónyuge

y una cuarta parte para cada uno de los padres adoptante y natural. Pero si concurren hijos naturales, vuelve a sobrar 2/12 (1/6) (1/3 para el cónyuge, otro para el hijo natural y 1/4 para cada una de las restantes partes —padre natural y padre adoptivo simple—). Este sexto sobrante habrá de mermar por las razones ya vistas las legítimas de las tres últimas partes mencionadas (hijo natural, padre natural y padre adoptivo simple). En cuanto a la sucesión intestada será a favor de los padres por naturaleza si son legítimos (pasando por delante de los hijos naturales, arts. 935 y ss.). En cambio, si son naturales, será la sucesión conjuntamente a favor de padres naturales y adoptivos (art. 944), siempre que el adoptado muera “sin dejar posteridad legítima o reconocida por él”.

En este último supuesto de concurrencia de padres naturales con adoptivos simples hemos excluido tácitamente la solución que consistiría en repartir entre todos ellos los derechos que corresponden normalmente a los padres naturales en cada caso, con lo que desaparecería totalmente el problema tratado de encajar las diversas legítimas que pueden recaer sobre la herencia del adoptado. ¿No hemos hecho eso con el art. 179 al introducir en la legítima normal de los descendientes legítimos a los hijos plenamente adoptivos y a los naturales reconocidos? ¿Por qué no hacer aquí lo mismo con respecto a los padres del adoptado simplemente? Hay dos razones para negar semejante interpretación. La primera, la más sólida, por ser la de fondo, consiste en comparar este supuesto con el de concurrencia de los padres adoptivos simples con los legítimos. No hay razón para explicar un trato discriminatorio de los padres adoptivos simples cuando concurren con naturales frente a los casos en que concurren con legítimos. La segunda se refiere al tenor literal del párrafo 3.^º del art. 180 que atribuye al padre adoptante “una posición equivalente a la del padre natural” y no la posición de padre natural, expresión que recoge adecuadamente el párrafo 2.^º del artículo 179 al dar a los padres plenamente adoptivos la posición de padres legítimos, puesto que en ese caso no cabe la concurrencia sucesoria con los padres por naturaleza del adoptado.

Resulta pues en todos estos supuestos algo distorsionada la sucesión normal, tanto de los padres por naturaleza como de los adoptantes simples y, lo que es peor, también, en su caso, la de los hijos naturales del adoptado. Sin embargo, las modificaciones producidas por la interpretación que hemos dado al párrafo 3.^º del artículo 180 no son tan graves como para renunciar a ella y optar por una medida tan arbitraria, como sería la de privar sin ningún fundamento a los padres por naturaleza de sus derechos sucesorios frente a su hijo adoptado simplemente por un tercero (77).

Por otra parte, la mayor facilidad que existe para adoptar sim-

(77) En el mismo sentido VALLET. Op. cit., Vid. pp. 610-611. En contra, CHICO ORTIZ. Op. cit., Vid. p. 1472.

plemente, unida a semejante efecto de desheredación de la familia por naturaleza y, concretamente de los padres, supondría una clara incitación al fraude legal, sobre todo si se tiene en cuenta que el hijo mayor de edad no tiene que contar con el consentimiento de los padres para ser adoptado. En general no parece recomendable una interpretación de la adopción simple en que se acentúe mucho su eficacia, sobre todo si es a costa de la familia por naturaleza. De la misma forma que la institución de la adopción plena es clara y sus metas no ofrecen problemas (colocar a una persona en el puesto de hijo legítimo con todas sus consecuencias), no ocurre lo mismo con la simple. Por ello no importa potenciar al máximo aquélla, aunque en hipótesis pueda ser utilizada fraudulentamente. Su misma eficacia constituirá un freno para ello. Lo que naturalmente habrá que complementar con los requisitos y controles adecuados. En cambio, en la adopción simple, sus menores efectos y su propia ambigüedad constituyen una vía abierta para posibles actos fraudulentos. De ahí que a la hora de interpretar su régimen haya que tener cuidado con reforzar sus efectos a costa de los derechos de la familia por naturaleza.

Desaparecido el padre plenamente adoptante, queda el adoptado totalmente desprovisto de legitimarios. ¿No sería más lógico que los que ha perdido en su familia por naturaleza, los recuperase en la familia del adoptante, adquiriendo él a su vez los derechos correspondientes? La adopción plena deja casi desprovisto al adoptado de herederos legítimos y legitimarios, a no ser que se considere que la eliminación sucesoria de la familia por naturaleza responde a la interferencia con los derechos sucesorios del adoptante y que, consecuentemente, muerto éste renacen los derechos de aquélla.

Así lo consideró algún sector de la doctrina para el texto nacido de la Reforma de 1958 (78). Sin embargo, parece claro tanto en aquel texto como en la nueva Ley que el criterio predominante no es el de salvar interferencias sino el de separar definitivamente al adoptado de su familia originaria con el fin de integrarle más con el

(78) "Existe una laguna que es preciso colmar. ¿Pierden también los mismos (derechos sucesorios) la familia por naturaleza en la adopción menos plena o general? Creemos que no, ya que no hay peligro de que se produzca interferencia entre la familia natural y la adoptiva como consecuencia de tener el adoptante en la adopción menos plena derechos a la sucesión del hijo adoptivo por ministerio de la Ley. En ningún precepto se nos dice, en efecto, que el padre adoptante tenga los derechos a la sucesión del hijo adoptivo en la otra adopción. Y no puede ser de manera diferente por qué en ésta los derechos son meramente voluntarios. Por otra parte, tampoco afirma el legislador que en dichas adopciones pierden el derecho a heredar al adoptado su familia natural; pero siendo la prohibición del artículo 179, párrafo 3.º, una norma de carácter primitivo basada en la conducta de la familia natural para con el adoptado, no sería lícito interpretarlo extensivamente. A pesar de lo radical del precepto, no obstante creemos que cuando deje de darse la interferencia entre las dos familias, la natural tiene derechos sucesorios (muerte de los adoptantes)". GULLÓN: *Problemas de la sucesión del hijo adoptivo*. *Symbolae Serrano*. I. Valladolid, 1965. Vid. p. 412.

adoptante (el ideal sería integrarle en la familia del adoptante para lo que la salida de una familia debería complementarse con la entrada en la otra). En efecto, si se tratase de interferencias, éstas afectan sólo a los padres por naturaleza del adoptado, pero no al resto de su familia que podría mantener su posición sucesoria sin afectar al padre adoptante. Ya el párrafo 3.^o del art. 179 derogado hablaba de *parientes* y no de *padres* por naturaleza. El último párrafo del art. 179 actual se refiere también a los parientes por naturaleza, lo que evidentemente incluye a toda su familia originaria sobre todo si se atiende al párrafo 4.^o del art. 178: "Al adoptado no le serán exigibles deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza."

VII. LA ADECUACION DEL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN A LOS INTERESES SUCESORIOS EN JUEGO

La exposición de la posición sucesoria que ocupan respectivamente el uno frente al otro adoptante y adoptado, de acuerdo con la nueva Ley de Adopción muestra claramente cómo los derechos sucesorios tanto de la familia por naturaleza del adoptado como de la familia del adoptante, incluidos sus respectivos cónyuges, quedan profundamente alterados.

En la adopción plena, la familia originaria pierde cualquier derecho sucesorio por ley. En cuanto a los descendientes, los hijos naturales reconocidos y los legitimados por concesión real se ven disminuidos en su cuota legitimaria y postergados en la sucesión intestada frente al adoptante. Finalmente, el cónyuge del adoptado se ve también disminuido en su cuota legitimaria si no concurren hijos del adoptado y postergado en la sucesión intestada frente al adoptante.

En la adopción simple, ya vimos en qué medida pueden quedar afectados cónyuges, padres por naturaleza e hijos naturales reconocidos.

En la familia del adoptante pleno, los efectos sucesorios son también importantes. Los ascendientes quedan totalmente desplazados (79). El cónyuge ve reducida su legítima si no había previamente hijos legítimos o naturales. Los hijos naturales y, sobre todo, los legítimos ven alterada su posición en la forma que hemos visto. En la adopción simple tanto el cónyuge como los hijos naturales ven también reducida su legítima.

Aparte de todo esto hay que tener en cuenta que frecuentemente la adopción determina por una y otra parte la disminución de la cuota de libre disposición, con la consiguiente reducción de las expectativas que pueden tener unos y otros parientes y cónyuges de verse favorecidos en la sucesión testamentaria.

De aquí se deduce que, al margen de otras consideraciones, los

(79) Vid. DE LOS MOZOS. Op. cit., p. 138; VALET. Op. cit., pp. 603-604.

cónyuges y parientes de adoptante y adoptado tienen en principio un interés económico directo en la adopción. Ciento que ese interés no debe ser determinante para el Juez a la hora de aprobar o rechazar una adopción. El criterio principal es la conveniencia del adoptado (80). Pero parece excesivo hacer caso omiso de aquellos intereses, puesto que, aunque secundarios deberían de incidir en la decisión, sobre todo cuando su consideración puede poner de relieve la existencia de una distorsión de la institución, un uso fraudulento de la misma encaminado a dañar expresamente alguno de esos intereses (81).

Desgraciadamente, la Ley no ha tenido suficientemente en cuenta estas cautelas que, además habrá que aumentar conforme se consolide la adopción (plena) hacia una total integración del adoptado en la familia del adoptante, tal y como yo creo que es de desear y que ocurrirá en un futuro más o menos próximo (piénsese que entonces se establecerán nuevos lazos sucesorios entre todos los miembros de la familia del adoptante y el adoptado).

Ciento que la Ley se remite a una actuación amplia y discrecional del Juez en la que se podrá tener en cuenta todos esos intereses en juego. Pero eso resulta excesivamente laxo. A la hora de señalar las personas que habrán de ser oídas o cuyo consentimiento habrá de constar en el procedimiento de adopción se remite sólo a los ascendientes del adoptado menor de edad. Preguntamos nosotros, ¿es que pierden sus derechos hereditarios con la mayor edad del descendiente? (82). ¿Y los ascendientes del adoptante? ¿Y los descendien-

(80) "No dice la Ley qué medidas deberá tomar el juez para valorar en cada caso la importancia del hecho de que el adoptante tiene ya hijos. Parece que el hecho deberá acreditarse documentalmente en el expediente, en el que se procurará reflejar además cuantas circunstancias permitan pesar la conveniencia de la adopción para el adoptando. Una diligencia a practicar podría ser el oír a los hijos del adoptante si tienen edad que de valor a su posición; su eventual parecer contrario, a la adopción podría valorarse, no en función de su propio interés, sino en el del adoptando, ya que cabe temer que no pueda lograrse su perfecta integración en la familia del adoptante si tiene *a priori* enfrente a los hijos de éste.

Tompoco expresa la Ley qué criterios habrá de seguir el juez para valorar las circunstancias, fuera del criterio fundamental de buscar la "conveniencia del adoptando". ¿Dónde radica esa conveniencia? No sólo, desde luego, en el factor económico, aunque éste haya de ser tenido en cuenta. Los factores morales son de gran importancia...". CASTÁN VÁZQUEZ: *La descendencia del adoptante...* Vid. p. 866.

(81) "... cuando en el Derecho moderno —en particular, después de las guerras mundiales— se rectifican los fines de la adopción o surgen, junto a la tradicional, figuras de teleología benéfica, la crítica, en general, es favorable.

Es cierto que algunos argumentos de oposición —perturbación familiar, legitimabilidad de hijos no reconocibles, desfomento de matrimonios, etc.— se refieren a la institución misma; con todo, estimo que, supuesta su finalidad benéfica para el adoptado, el problema se reduce a salvaguardar los legítimos intereses de la familia del adoptante". LACRUZ-SANCHO. Op. cit., Vid. p. 419.

(82) ARCE y FLOREZ-VALDÉS propugna el asentimiento de los padres del adoptado en todo caso (salvo cuando haya habido privación o suspensión de

tes del adoptante y adoptado? Si son menores, ahí está la figura del defensor (artículo 165) para hacer valer sus intereses (83). La Ley no prevé que sean oídos ninguno de ellos. Una cosa es que la valoración de su postura se deje a la discreción del Juez (dada la inopportunidad de sentar criterios generales en una valoración tan delicada) y otra cosa es que no se imponga a éste el oír a todos los afectados en sus derechos sucesorios legítimos por la adopción, e, incluso (¿por qué no?) a todos los que se puedan considerar perjudicados por ella. Piénsese en la posible revocación de una donación como móvil de la adopción (84).

Por lo que se refiere a los cónyuges de adoptante y adoptado, la regulación de la nueva Ley en esta materia resulta bastante correcta. Aparece prevista la necesidad del consentimiento del cónyuge del adoptante salvo cuando éste haya sido declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación (art. 172, párrafo 4.^o, núm. 3.^o y artículo 173, párrafo 2.^o, apartado A) (85). Lo que concuerda con el juego de intereses sucesorios, ya que sólo entonces pierde sus derechos legítimos (art. 834) el cónyuge culpable frente al adoptante. En cambio, en el caso contrario los conserva, por lo que parece oportuno mantener la necesidad de su consentimiento. No se trata, pues, sólo de atender a la unidad familiar en estos casos, como cree parte de la doctrina (86). Desgraciadamente no ha estado tan acertado el

la patria potestad). Considera excesivo que el mayor de edad pueda romper unilateralmente la relación paterno-filial. Pero no menciona los intereses sucesorios de dichos padres. Vid. *En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970*, en *Estudios sobre la Adopción*. Madrid, 1971. pp. 64-65.

(83) ARCE y FLOREZ-VALDÉS propugna de *lege ferenda* que se introduzca también el asentimiento de los hijos del adoptante, ya que se ven directamente afectados por la decisión, tanto moral como materialmente (sucesiones): "Lo que justificaría, a nuestro juicio, la prescripción de su asentimiento, por lo menos cuando sean mayores de catorce años y capaces". Vid. Op. cit., páginas 63-64.

(84) Parece aplicable a la adopción el artículo 644 del Código civil.

(85) El Proyecto del Gobierno no preveía esa excepción: "No pueden adoptar: 3.^o Uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro". Artículo 172, párrafo 4.^o, apartado 3.^o.

(86) Vid. ARCE y FLOREZ-VALDÉS. Op. cit., pp. 60-62; CHICO ORTIZ. Op. cit., p. 1416; BLAS PIÑAR. Op. cit., p. 234.

En este sentido también:

La enmienda número 11, encabezada por el señor Padrón Quevedo: "Estimamos que el número 3.^o de dicho artículo (172), según el cual no puede adoptar uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, debe adicionarse añadiendo: "... salvo en el caso de separación, en cuyo supuesto podrá adoptar cualquiera de los cónyuges". Justificación: "Nos basamos, para formular esta enmienda, en la consideración de que, separados los cónyuges, se ha roto la unidad familiar, y, por consiguiente, cualquiera de ellos no debe de ser de peor condición que otra persona cualquiera. Es más, en esas penosas situaciones, especialmente referida a la mujer, podrá encontrar con la adopción una compensación a su fracasado estado con la relación vinculatoria de un adoptado".

La enmienda número 20, encabezada por el señor López Medel, aunque

legislador al regular el mismo supuesto con respecto al cónyuge del adoptando. En efecto, la segunda frase del apartado (B), párrafo 2.º, del art. 173 establece: "En caso de separación legal, no será necesario el consentimiento del cónyuge del adoptando". Se olvida con ello que el cónyuge inocente conserva sus derechos hereditarios frente al adoptando y que éstos se verán afectados por la adopción.

Como ya hemos indicado, quizá lo mejor en estos casos sería no condicionar la adopción necesariamente al visto bueno (consentimiento) de todas estas personas cuyos derechos quedarían afectados por ella. Criterio más elástico y útil parece el imponer al Juez dar audiencia a todas ellas, decidiendo después de acuerdo con la "conveniencia del adoptando", tal y como establece el último párrafo del art. 173, sin olvidar estos otros intereses que, por otra parte, incidirán directamente en la mencionada conveniencia.

atienda precisamente al cónyuge declarado inocente: Enmienda al artículo 172,4 3.º: "Debe decir: "Uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, salvo el cónyuge con hijos emancipados, separado en virtud de ejecutoria en que hubiere sido declarado inocente". En la justificación se hace referencia a la intangibilidad de la familia, a la inocencia del cónyuge separado, etc., pero no a los derechos sucesorios de uno y otro cónyuge.

Las enmiendas números 23, 27, 32 y 36, encabezadas respectivamente por los señores Lample Operé, Miranda Hernández, Oliver Quirant y López Muñiz y G. Madroño. La motivación de la última dice: "El consentimiento del cónyuge del adoptante, así como es lógico y de buen sentido que se exija en los casos de matrimonio unido, parece excesivo como requisito inexorable, con aplicación a los supuestos de matrimonio legalmente separado. Y ello, porque en éstos ha desaparecido la razón de este presupuesto la *vida en común...* En una palabra, que la separación enerva, como es lógico, esa *común unión* de los esposos y, por tanto, lo que en un principio es razonable y justo como exigencia del proceder comunitario y de consumo, que los esposos adopten conjuntamente o, si lo hace uno sólo de ellos, obtenga el consentimiento del otro, deja de ser tal cuando como consecuencia de la separación han cesado aquellos efectos de unidad que, respecto al matrimonio no separado, son predicables...".

En el mismo sentido, la enmienda número 43, encabezada por el señor Martínez de Salinas.

La misma Ponencia, al recoger la redacción mantenida en el texto de la Ley, no ofrece otro tipo de consideraciones al margen de la unidad familiar y la seguridad jurídica: "La Ponencia propone, por mayoría, una nueva redacción, con lo que resultan esencialmente aceptadas las enmiendas números: 1 (señor Batlle Vázquez), 11 (señor Padrón Quevedo), 20 (señor López Medel), 27 (señor Miranda Hernández), 33 (señor Vallbona Loro), 36 (señor López-Muñiz y González-Madroño) y 43 (señor Martínez de Salinas).

La exigencia de que la separación haya sido firmemente declarada y que el adoptante sea cónyuge inocente, se funda en el principio mismo de la seguridad jurídica, particularmente rigurosa en materia de derecho de familia y excluye, por consiguiente, la posibilidad de aceptación de las enmiendas números: 23 (señor Lample Operé) y 32 (señor Oliver Quirant) que explícita o implícitamente, aluden a la separación de hecho.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

La Reforma de la patria potestad en el Derecho francés

(La ley de 4 de junio de 1970)

JOSE MARIA CASTAN VAZQUEZ
de la Carrera Fiscal
Letrado del Ministerio de Justicia

Al maestro G. Marty

SUMARIO: I. Antecedentes: La “puissance paternelle” en el Derecho francés.—II. La Ley de 4 de junio de 1970, relativa a la “Autorité parentale”: 1. Objeto de la Ley.—2. El nuevo régimen de la “autorité parentale”: A. Terminología. B. Sujetos de la autoridad: *a*), en caso de filiación legítima; *b*), en caso de filiación natural. C. Relaciones entre los hijos y sus abuelos. D. Efectos personales de la autoridad: *a*), deberes de los hijos; *b*), funciones de los padres; *c*), delegación de la autoridad. E. Efectos patrimoniales de la autoridad: *a*), administración de los bienes de los hijos; *b*), usufructo de los bienes de los hijos. F. Responsabilidad civil de los padres. G. Privación de la autoridad. H. Recuperación de la autoridad.—III. Conclusión.

La Ley francesa número 70-459, de 4 de junio de 1970, ha venido a modificar la totalidad de los artículos del Código Civil referentes a la patria potestad, así como las normas de otros cuerpos legales relacionadas con la institución (1). Sitúase, pues, la citada ley en la

(1) Sobre la patria potestad en el Derecho francés anterior a la Ley de 1970, pueden verse, entre otros: A) En obras generales de Derecho Civil: A. COLIN-H. CAPITANT: *Cours élémentaire de Droit civil français*, Librairie Dalloz, París, 1914, tomo I, págs. 429 y ss.; M. PLANIOL-G. RIPERT: *Traité pratique de Droit civil français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1925, tomo I (con el concurso de R. Savatier), págs. 349 y ss., números 299 y ss.; L. JOSSEGRAND: *Cours de Droit civil positif français*, Recueil Sirey, París, 1932, 2ème ed., págs. 553 y ss.; A. COLIN-H. CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp. con notas de Demófilo de Buen, I. E. Reus, Madrid, 1942, tomo II, vol. I (2.ª ed., rev. por Ossorio Morales), páginas 71 y ss.; M. PLANIOL-G. RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, trad. esp. de Díaz Cruz, Cultural, S. A., La Habana, 1945, tomo I (con el concurso de R. Savatier), págs. 312 y ss.; R. SAVATIER: *Cours de Droit civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1947, tomo I, 2ème ed., págs. 125 y ss.; J. CARBONNIER: *Derecho civil*, trad. esp. de Zorrilla Ruiz, tomo II, vol. II, págs. 473 y ss.; R. DAVID: *Le Droit français*,

línea de las que, a través de estos últimos años, vienen realizando poco a poco en Francia la reforma del Derecho de familia. Sigue, en efecto, la Ley de 1970 a las que en 1964 y en 1966 llevaron a cabo, respectivamente, las reformas de la tutela y de la adopción, y completa, así, el nuevo ordenamiento de la zona del Derecho de familia referente a la protección y guarda de los menores e incapacitados.

El interés de la reciente Ley es obvio, dada la importancia de la institución que regula. A través de las páginas que siguen, trataré de exponer los principales aspectos de la reforma realizada, cotejando algunas de las nuevas normas con las antiguas e intentando llamar la atención acerca de ciertos rasgos suyos en relación con otras legislaciones contemporáneas.

I. ANTECEDENTES: LA *PUISANCE PATERNELLE* EN EL DERECHO FRANCES

El Código Napoleón reguló en su día la patria potestad en los artículos 371 a 387 (2). Sus redactores realizaron en esta materia, como en otras, una transacción entre las reglas del Derecho romano y las del *Droit coutumier* (3). Conservaron, en efecto, la institución

Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1960, tomo II, páginas 29 y ss.; G. HUBRECHT: *Notions essentielles de Droit civil*, Sirey, París, 1963, 6ème ed., págs. 84 y ss.; H. MAZEAUD-L. MAZEAUD-J. MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*, Editions Montchrestien, París, 1970, tomo I, vol. III, 4ème ed., 3ème tirage (por Michel de Juglart), págs. 506 y ss., núms. 1.136 y ss.; J. CHEVALLIER: *Droit civil (1^{re} année)*, Sirey, París, 1970, 4ème ed., págs. 128 y ss. B) Monografías y artículos: P. BERNARD: *Histoire de l'autorité paternelle en France*, Montdidier, 1863; G. BUIS: *Le caractère juridique de la puissance paternelle dans le Droit de la France* (thèse), Lyon, 1896; J. DU PLESSIS DE GRENEDAN: *Histoire de l'autorité paternelle dans l'ancien Droit français* (thèse), París, 1900; R. LE BALLE: *La notion de puissance familiale dans la conception juridique française*, en *Mélanges juridiques dédiés à M. le Professeur Naojiro Sugiyama*, Tokio, 1940, págs. 171 y ss.; A. DUFAU: *La puissance paternelle en France, du XVI au XVII siècle* (thèse), París, 1953; J. CASEL-N. BONNART CASEL: *Les droits de la mère sur l'enfant*, París, 1955; A. ROUAST: *Le juge et la vie familiale en Droit français*, en *Mélanges en l'honneur de J. Dabin*, París, 1963, págs. 872-873; RAYNAUD: *La puissance paternelle et l'assistance éducative*, en *Mélanges Savatier*, 1965, págs. 818 y ss.; y M. CRAFFE: *La puissance paternelle en Droit anglais*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencia, París, 1971 (este reciente y excelente libro, aunque dedicado al Derecho inglés, contiene numerosas observaciones de comparación con el Derecho francés, a través de las cuáles se expone el sistema de este último con anterioridad a la Ley de 1970 y teniendo en cuenta ya el Proyecto de 1969 que sirvió de base a la misma).

Sobre la autoridad de los padres en el Derecho francés, tras la reforma de 1970, puede verse M. DE JUGLART: *Cours de Droit civil*, Editions Montchrestien, París, 1970, tomo I, vol. I, 6ème ed., págs. 211 y ss., núms. 165 y ss.

(2) Sobre la elaboración del Código Civil y las preocupaciones del Primer Cónsul en materia de patria potestad, *vid.* M. CRAFFE: *op. cit.*, páginas 101-102.

(3) En Francia, en materia de patria potestad, las regiones de *Droit écrit* habían aceptado la tradición romana, mientras que las de *Droit coutumier* habían sido (como lo era, en España, el Derecho aragonés) refractarias a dicha tradición, siguiendo el principio "*droit de puissance paternelle n'a lieu*",

(designándola con el nombre de *puissance paternelle*, extraño a las regiones de *Droit coutumier*), pero la limitaron considerablemente e invistieron de ella tanto al padre como a la madre. La debilitación del poder paterno en el Código Civil fue severamente criticada por la escuela social de Le Play (4), si bien han sido numerosos, por otra parte, los defensores del criterio del Código en ese orden.

En todo caso, la evolución posterior de la patria potestad en Francia, tanto en el plano de la legislación como en el de la jurisprudencia y en el de las costumbres, se ha orientado ciertamente en el sentido al que apuntaba ya el Código. Como observa Josserand, las leyes de la segunda mitad del siglo XIX y las de comienzos del XX siguieron suavizando la autoridad paterna, que dejó de merecer en verdad el nombre de *puissance*; los derechos del hijo y los de la familia fueron opuestos victoriamente a los del padre, cuyas prerrogativas se batían en retirada, mientras se transformaba el fin y el espíritu de la institución; en esta línea, la Ley de 24 de julio de 1889 pudo ser considerada como la Carta de los derechos del hijo frente a su padre (5).

A lo largo del siglo actual, diversas leyes fueron reformando varios de los artículos que en el Código Civil regulaban la patria potestad (6), mientras otras, sin modificar directamente ese articulado, contenían normas relacionadas también con la patria potestad e incidían así indirectamente en el régimen de esta institución. Poco iba quedando, ciertamente, de la vieja regulación de la materia.

La reforma total de la institución, sin embargo, no se había operado. Es la reciente Ley de 1970 la que ha venido a realizarla. Preparada, sin duda, desde tiempo atrás y minuciosamente, el Proyecto que la dio forma —de octubre de 1969— pasó por las Cámaras francesas durante los meses de abril y mayo de 1970 (7), pudiendo así

que significaba no sólo la inexistencia de *patria potestas* romana en aquellas regiones, sino la concepción de la autoridad paternal en función del interés del hijo y reducida al mínimo; la autoridad de los padres, en efecto, estaba limitada tanto en su duración como en sus atributos, hasta el punto de que, según Pothier, cabía preguntarse “*si dans les pays coutumiers il y avait une puissance paternelle*” (*vid.*, por todos, L. JOSSERAND: *op. cit.*, núm. 1.077, páginas 556-557). Muy recientemente ha observado Mauricette Craffe que, aunque sea delicado el generalizar, parece que se puede afirmar que el elemento esencial en los *pays de coutume* ha sido la tendencia de los Tribunales a temperar una autoridad que, por su lado, el poder real intentaba reforzar (*vid.* M. CRAFFE: *op. cit.*, pág. 95).

(4) *Vid.* R. SAVATIER: *Cours cit.* núm. 229, pág. 127.

(5) L. JOSSERAND: *op. cit.*, núm. 1.078, pág. 557.

(6) Así, la Ley de 21 de febrero de 1906 modificó el art. 386; la de 2 de julio de 1907 modificó los arts. 383 y 384; la de 23 de julio de 1942 modificó el art. 373, y la de 1 de septiembre de 1945 reformó los arts. 375 a 382.

(7) El Proyecto, presentado en la Asamblea Nacional con un informe del señor Tisserand en nombre de la Comisión de Leyes, fue discutido los días 7, 8, 9 y 16 de abril de 1970; en el Senado, el Proyecto, con informe del señor Jozeau-Marigné en nombre de la Comisión de Leyes, fue discutido el 13 de mayo de 1970; nuevamente en la Asamblea Nacional, el Proyecto,

en el de junio ser promulgada la Ley, cuyo texto definitivo paso a estudiar brevemente.

II. LA LEY DE 4 DE JUNIO DE 1970, RELATIVA A LA *AUTORITE PARENTALE*

1. *Objeto de la Ley.*

La Ley número 70-459, de 4 de junio de 1970 (8), es oficialmente *relative à l'autorité parentale*. Su objeto es, con otro nombre, la patria potestad, cuyo régimen se modifica ampliamente.

Dos cauces utiliza la Ley para llevar a cabo esta reforma. De un lado, modifica íntegramente, a través de su artículo 1.º, el título IX del libro I del Código Civil francés; los artículos 371 a 381 del *Code* tienen así nueva y por cierto más extensa redacción. De otro lado, la Ley reforma también (a través de sus artículos 2.º a 5.º) otras normas que, tanto en el propio Código Civil como en otros cuerpos legales franceses, afectaban a la patria potestad: de este modo adquieren un nuevo contenido o sufren algún retoque los artículos 213, 215, 389 y 1.384 del Código Civil, el artículo 775 del Código de procedimiento penal y los artículos 46, 49, 50 y 64 del Código de familia y de la ayuda social.

La fecha de entrada en vigor de la Ley se sitúa por su artículo 9.º en el 1.º de enero de 1971. Las normas de los artículos 11 a 14 contienen reglas para los problemas de Derecho transitorio que pudieran plantearse.

2. *El nuevo régimen de la autorité parentale.*

A. *Terminología.*—El término *puissance paternelle* que había recogido, como antes recordé, el Código Napoleón, tomándolo de las regiones de Derecho escrito y en contra de la tradición de las regiones de *Droit coutumier*, ha desaparecido oficialmente en 1970 del Derecho francés.

La Ley, en efecto, regula ahora la *autorité parentale*; y no sólo es este término el que se emplea en todos los preceptos modificados o introducidos por la Ley de 1970, sino que ésta dispone en su artículo 6.º que en todos los textos legales donde se haga mención de la *puissance paternelle*, tal mención sea reemplazada por la de *autorité parentale*.

El cambio terminológico operado no puede sorprender mucho. La expresión *puissance paternelle* (versión francesa de la *patria potestas*) contrariaba ya a ciertos sectores a raíz de la promulgación del Código y ha sido después criticada por la doctrina en forma creciente a medida que la legislación, modificando en forma parcial pero

modificado por el Senado, fue discutido y aprobado el 20 de mayo de 1970 (datos del *Recueil Dalloz Sirey*, 1970, pág. 138, nota 1).

(8) Se publicó en el *Journal Officiel* de 5 de junio, págs. 5227 y ss.

incesante los preceptos del Código Civil, suavizaba de día en día la institución de la patria potestad y la dejaba prácticamente desprovista de todo carácter de poder. Por ello, ya en intentos anteriores de reforma se apuntaba la abolición del término tradicional. Así, en el Anteproyecto de Código Civil presentado en 1955 al Ministerio de Justicia de Francia por la Comisión de Reforma del *Code* se regulaba la patria potestad bajo la rúbrica *De l'autorité des père et mère* (9). No ha sido, empero, este término el que ha prevalecido, ni tampoco el de *autorité paternelle* (que ha menudo ha sido empleado en Francia como sinónimo de *puissance paternelle*), sino precisamente el de *autorité parentale*.

Un doble alcance parece tener la elección terminológica efectuada. Por un lado, la voz *autorité* reemplaza a la de *puissance*, suprimiéndose así en el mismo nombre de la institución el matiz de *poder* que correspondía a una concepción que se estima superada y a una regulación que ha quedado derogada (10). Por otro lado, se sustituye la voz *paternelle* por *parentale*, que cobija mejor al padre y a la madre (11). Los dos aspectos responden a la doble y bien conocida evolución histórica de la patria potestad, que, en una vertiente, ha pasado de *poder* a *función* y, en otra vertiente, ha pasado de ser algo atribuido exclusivamente al padre a constituir algo compartido por el padre y la madre.

No es el legislador francés el primero que suprime un término nacional equivalente al de *patria potestas*, aunque, como señalaré en la Conclusión de este estudio, han sido varios también los legisladores contemporáneos que han optado por conservar el término tradicional, que está, después de todo, arraigado en el lenguaje jurídico de muchos pueblos y no impide en último término dar un sentido moderno a la institución que designa.

B. *Sujetos de la autoridad*.—a) *En caso de filiación legítima*: El nuevo artículo 372 del Código Civil francés consagra, como veremos, el principio de coparticipación del padre y de la madre en la

(9) *Avant-projet de Code civil (première partie)*, París, 1955, pág. 170.

(10) No deja de existir una cierta sinonimia entre las dos voces: el Larousse define *autorité* como “*puissance légitime, droit de commander: l'autorité des lois, d'un père, d'un chef*”, y la voz *puissance* como “*pouvoir de commander, autorité*” (*Nouveau Petit Larousse*, Librairie Larousse, París, 1968, págs. 85 y 839). Con todo, el término *puissance* refleja más acusadamente la idea de poder; los profesores Luis Jordana de Pozas y Olivier Merlin traducen la voz *puissance* por “potencia, poder, potestad” (*Dictionnaire Juridique Français-Espagnol Espagnol-Français*, Editions de Navarre, París, 1968, pág. 241).

(11) El adjetivo *paternel* significa “*du père*” o “*qui est prope au père: autorité paternelle*” (Larousse, ed. cit., pag. 751). Antes de la reciente reforma, Carbonnier observaba que, estando atribuida la autoridad paterna conjuntamente a los padres, cabría denominarla, con más propiedad, autoridad *parental* (*co. cit.*, trad. Zorrilla, pág. 476). Sin embargo, Rossel y Menthé rechazaban ya hace años el término *parental* por prestarse al equívoco, pudiendo hacer creer que los ascendientes son llamados a esa autoridad (*vid. V. ROSEL-F. H. MENTHÉ: Manuel du Droit civil suisse*, Lausanne, tomo I, pág. 348).

autoridad sobre los hijos. Para apreciar la real importancia de esta consagración, conviene recordar brevemente cuál ha sido en este punto la posición del Derecho francés hasta 1970.

Ya al prepararse el Código Napoleón se discutió, según recuerda Granotier, sobre el papel de la madre: mientras Malleville, imbuido por el Derecho romano, se oponía a las concesiones en favor de aquélla, Berlier quería hablar en el Proyecto “de la autoridad de los padres y de las madres” (12). En realidad producise —también en este punto— el choque de las dos tendencias contrarias en materia de patria potestad a que antes he aludido: el Derecho romano, desfavorable para la madre, y el *Droit coutumier*, inclinado a la coparticipación (13). Los autores del Código aspiraron seguramente, según cabe inferir de algunas palabras del Proyecto y de otras pronunciadas durante los debates, a realizar una obra de transacción (14).

¿Cuál fue, en definitiva, la posición del Código Civil? El artículo 213, de un lado, después de proclamar solemnemente al marido como jefe de esa asociación de personas que nace con el matrimonio, diciendo que “el marido es el jefe de la familia: ejerce esta función en interés común del matrimonio y de los hijos”, añadía que la mujer concurre con el marido en la dirección moral y material de la familia, provee a su mantenimiento, educa a los hijos y los prepara para su ulterior situación en la vida. Los artículos 371 y 372, de otro lado, aseguraban la igualdad de ambos padres ante los hijos. Sin embargo, el artículo 373 atribuía solamente al padre la autoridad sobre aquéllos durante el matrimonio.

En base a las normas legales, la doctrina francesa se inclinó a admitir la coparticipación de la madre en el ejercicio de la patria potestad (15). Y el Anteproyecto de Código Civil elaborado por la Comisión de Reforma y al que antes me he referido, intentó consagrar la igualdad del padre y de la madre proclamando que “salvo

(12) “En la antigua jurisprudencia —explicaba Vesin—, en los principios del Derecho romano, sobre todo cuando el poder paterno era como una continuación del derecho de propiedad de los padres sobre los hijos, y la mujer no había cesado de estar bajo el poder del padre, no era extraño que no participara de esta magistratura de familia, pero los principios han cambiado con las costumbres; se trata de un poder de protección de los hijos, y la madre está con justo título admitida a compartirlo; los que tienen los mismos intereses deben tener los mismos derechos, y serfa difícil justificar la proposición contraria” (cit. por P. GRANOTIER: *L'autorité du mari sur la personne de la femme et de la doctrine féministe*, París, 1909, pág. 281).

(13) La mayoría de las costumbres francesas —como las de Vitry, Chartres, Château-Neuf, Dreux, Montargis y Beaumanoir— hacían recaer el poder paternal en el padre y en la madre, situando a ambos en un mismo plano (*vid.* P. GRANOTIER: *op. cit.*, págs. 265, 278 y 279, y J. LECLERCQ: *La famille*, 3^{ème} éd., Namur-Louvain, 1950, pág. 366).

(14) *Vid.* las palabras de Cenet recogidas por P. GRANOTIER, *op. cit.*, página 280.

(15) Así, Colin y Capitant subrayaban que “la patria potestad, a pesar de su nombre, corresponde al mismo tiempo al padre y a la madre” (*Curso* cit., pág. 19); Savatier señalaba que la autoridad es “común al padre y a la madre” (*Cours cit.*, pág. 131); y Casel y Bonnart-Casel afirmaban que “el poder paternal pertenece conjuntamente al padre y a la madre” (*op. cit.*, pág. 31).

disposición especial contraria, el padre y la madre ejercen conjuntamente su autoridad, y la decisión tomada o el acto hecho por uno de ellos se presume haberlo sido con el acuerdo del otro, salvo oposición de este último cerca de terceros interesados" (art. 583, ap. 1.º); para el caso de disentimiento entre el padre y la madre se confería a ambos el derecho de pedir al Presidente del Tribunal que dirimiese la cuestión (art. 583, ap. 2.º).

La Ley de 1970 ha venido, en fin, a consagrar la coparticipación al proclamar en el nuevo texto del artículo 372 del Código Civil que "durante el matrimonio, el padre y la madre ejercen en común su autoridad". Lleva así el legislador francés a la norma, como desde hace tiempo se preveía, lo que ya está de hecho incorporado a las costumbres. El principio, por lo demás, estaba en cierto modo formulado ya en el artículo 373, donde, a tenor de la redacción que le había dado la Ley de 23 de julio de 1942, se afirmaba que "esta autoridad pertenece al padre y a la madre" (16). Es de notar, sin embargo, que dicho ya derogado artículo 373 añadía que, durante el matrimonio, la autoridad era "ejercida por el padre en su calidad de jefe de familia"; palabras que han desaparecido el Código en la reciente reforma, la cual, por otro lado, ha quitado efectivamente al marido la condición de "jefe de familia" al reformar también el artículo 213 del Código Civil, que antes, como recordé, decía "el marido es el jefe de la familia", y ahora dice: "los esposos asumen juntos la dirección de la familia...".

En definitiva, más importante tal vez que la formulación de un principio como el de la autoridad conjunta (con el cual va estando más de acuerdo cada día la doctrina y el Derecho comparado) es la regulación del caso de desacuerdo entre el padre y la madre; porque es este caso el que pone prácticamente a prueba el principio y el que plantea un problema delicado y susceptible de soluciones diversas (17). ¿Qué criterio adopta, ante ese caso, la reciente reforma francesa? El nuevo artículo 372-1 del Código Civil es que prevé la hipótesis de conflicto, disponiendo que si el padre y la madre no llegaran a ponerse de acuerdo sobre lo que exige el interés del hijo, la práctica que hubieran seguido precedentemente en ocasiones semejantes tendrá en ésta carácter de regla. A falta de una práctica tal —añade el precepto— o en caso de que se discuta si aquélla existe o está bien fundada, el esposo más diligente podrá acudir al Juez de tutelas, quien resolverá después de haber intentado conciliar a las partes. Esta norma —que es fruto de la discusión parlamentaria, constituyendo una de las modificaciones más importantes que se hicieron

(16) Una comparación entre este precepto y el Derecho inglés puede verse en M. CRAFFE: *op. cit.*, pág. 142.

(17) Puede verse mi libro *La participación de la madre en la patria potestad*, Madrid, 1957, págs. 101-110, donde se recogen varios casos posibles de conflicto y se examinan algunas soluciones propuestas en la doctrina o ensayadas en el Derecho comparado.

al texto del Proyecto de 1969 (18)— tiene considerable importancia. Su primer apartado presenta, a mi juicio, una cierta vaguedad; parece difícil que, una vez planteado el conflicto, pueda resolverse por la práctica seguida en ocasiones semejantes, acerca de la cual no habrá probablemente certeza. En definitiva, pues, habrá que acudir a la autoridad judicial, solución que no es ideal en el Derecho de familia, aunque es realmente difícil encontrar otra mejor. Será interesante conocer el resultado práctico de la aplicación del nuevo artículo 372-1 del Código Civil francés.

El artículo 372-2, por su parte, dispone que, con relación a terceros de buena fe, cada uno de los esposos está obligado a obrar de acuerdo con el otro cuando hace sólo un acto usual de autoridad parental relativo a la persona del hijo. El artículo 373 prevé la terminación de la autoridad conjunta y la concentración de la autoridad en uno sólo de los padres; dispone, en efecto, que pierde el ejercicio de la autoridad parental, o es privado provisionalmente de ella, el padre o la madre que se encuentre en alguno de estos casos: 1.º Si está imposibilitado de manifestar su voluntad, por razón de su incapacidad, de su ausencia, de su alejamiento o de cualquier otra causa; 2.º Si ha consentido una delegación de sus derechos según las reglas establecidas en la sección III del mismo capítulo (la sección relativa a la delegación de la autoridad, a la que luego me referiré); 3.º Si ha sido condenado por una de las diversas figuras de abandono de familia, en tanto que no haya vuelto a asumir sus obligaciones durante un tiempo de seis meses como mínimo; 4.º Si ha sido pronunciada contra él una sentencia de privación o retirada de sus derechos, en cuanto a los retirados. El artículo 373-1 añade que si uno de los padres ha muerto o se encuentra comprendido en uno de los casos enumerados en la norma anterior, el ejercicio de la autoridad es entregado completamente al otro.

¿Quién ejercerá la autoridad en caso de divorcio o separación de los cónyuges? El artículo 373-2, en previsión de esta hipótesis, dispone que la autoridad será ejercida por aquél de entre ellos a quien el Tribunal haya confiado la guarda del hijo, quedando a salvo el derecho de visita y de vigilancia del otro; si la guarda fue confiada a un tercero, los otros atributos de la autoridad continúan siendo

(18) Según el texto propuesto en el Proyecto de 1969, el art. 372-1 dispondría que, con relación a terceros de buena fe, cada uno de los esposos está obligado a obrar de acuerdo con el otro cuando hace sólo un acto usual de la autoridad parental relativo a la persona del hijo; y el art. 213, apartado 2.º, preceptuaría que, en caso de desacuerdo persistente, el marido toma la decisión que le parece más conforme al interés del hogar y de los hijos, salvo recurso de la mujer al Tribunal; éste no dicta una decisión más que en el caso de que no llegue a conciliar a los esposos. Una enmienda presentada en la Comisión de Leyes de la Asamblea Nacional solicitó que el texto legal afirmara que, en caso de desacuerdo persistente, uno de los esposos se puede dirigir al Tribunal para que se tome la declaración más conforme al interés del matrimonio y de los hijos (*Assemblée Nationale* 1969-1970, Doc. 1032). Las facultades del padre han sido, pues, rebajadas en la fase parlamentaria de la gestación de la reforma.

ejercidos por el padre y la madre, pero el Tribunal, al designar a un tercero como guardián provisional, puede disponer que éste deberá solicitar la apertura de una tutela. El artículo 373-3, para el caso de que concurran circunstancias excepcionales, confiere al Tribunal que entienda sobre la guarda del hijo tras el divorcio o separación de cuerpos la facultad de decidir, aunque vivan los esposos, que la guarda no pasará al superviviente en caso de muerte del que la ejerce; puede el Tribunal, en tal hipótesis, designar la persona a quien se entregará provisionalmente la guarda. El artículo 374-4, por su parte, preceptúa que, si no queda ya padre ni madre en estado de ejercer la autoridad, procederá la apertura de una tutela de acuerdo con el artículo 390 (19).

b) *En caso de filiación natural:* En el Derecho francés —donde ni el *Droit coutumier* ni el Código napoleónico habían atribuido la patria potestad al padre natural— la Ley de 2 de julio de 1907, reformadora del artículo 383 del Código, dispuso que la patria potestad sobre los hijos naturales legalmente reconocidos es ejercida por el padre o madre que le haya reconocido primero.

Con la reforma de 1970, el nuevo artículo 374 del Código Civil viene a regular la atribución de la autoridad de los padres en caso de filiación natural voluntaria reconocida. Dos hipótesis distingue el texto:

1.º La de reconocimiento individual de uno sólo de los padres: para este caso, el apartado 1.º del artículo 374 dispone que la autoridad sobre el hijo natural es ejercida por aquél de los padres que le ha reconocido voluntariamente.

2.º La de reconocimiento de ambos padres: para esta hipótesis, el apartado 2.º del mismo artículo establece que la autoridad será ejercida enteramente por la madre, aunque el Tribunal podrá, a petición de uno de los padres o del Ministerio Público, decidir que sea ejercida por el padre sólo o por el padre y la madre conjuntamente, a quienes serán aplicables entonces los artículos 372 a 372-2 (aquí ya examinados), como si se tratara de un hijo legítimo.

Esa última norma referente a la hipótesis de reconocimiento de ambos padres no distingue según si dicho reconocimiento haya sido conjunto o sucesivo; creo que cabe entender que la regla será aplicable a los dos casos. La norma es, ciertamente, interesante. A su tenor, el principio es que la autoridad sobre el hijo reconocido voluntariamente por el padre y la madre es ejercida por ésta; pero el Tribunal puede, en definitiva, atribuirla sólo al padre o a los dos progenitores conjuntamente. El arbitrio judicial tiene, pues, aquí, como en otros puntos de la nueva regulación, un juego importante.

La atribución de la autoridad en principio a la madre está, a mi juicio, justificada, pues es generalmente ella quien asume respecto

(19) El art. 390 del Código Civil francés, redactado según Ley de 14 de diciembre de 1964 e integrado en el capítulo *De la tutelle*, señala los casos de apertura de la tutela.

del hijo natural la guarda y educación del hijo (20). También parece aceptable que quede la puerta abierta para la atribución de la autoridad al padre en los casos, seguramente menos frecuente, en los que aquél quiera y pueda ejercer la autoridad sobre el hijo natural con beneficio para éste. Finalmente, la posibilidad de autoridad conjunta del padre y de la madre naturales, siendo interesante, será acaso de difícil aplicación: resultará tal vez posible y oportuna en el caso —que ciertamente no es raro (21)— de concubinato; pero en los otros casos, es decir, cuando el padre y la madre no vivan juntos, no será fácil el ejercicio conjunto de la autoridad.

Todos los preceptos que hasta ahora he recogido en este epígrafe se refieren a la hipótesis de reconocimiento voluntario. Queda la de *reconocimiento forzoso* o *declaración judicial de paternidad*. De antiguo se ha dudado en Francia —como en otros países, el nuestro entre ellos— acerca de si en aquella hipótesis la patria potestad queda atribuida al padre cuya paternidad se establece. En principio puede parecer injusto que el padre que ve su paternidad declarada por un Tribunal e impuesta coactivamente por no haberla él voluntariamente proclamado, adquiera derechos sobre el hijo; aunque si se piensa en el carácter de *función y deber* que la patria potestad reviste, no parecerá inadecuado que se le atribuya. A esa atribución, desde luego, se han inclinado la doctrina o la jurisprudencia de varios países (22). En Francia, que es lo que aquí fundamentalmente contemplamos, se afirmó la opinión de que, desde el punto de vista de la patria potestad,

(20) Algunos problemas de atribución de la patria potestad según la clase de reconocimiento (individual de uno de los padres, conjunto de padre o madre o sucesivo de ambos padres) se recogen en mi libro *La patria potestad*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, págs. 131-141. Pueden verse también el artículo de M. BORRACHERO: *Reconocimiento sucesivo de hijos naturales*, en "Revista de Derecho Privado", 1953, págs. 289-290, y el libro de M. ALBALADEJO: *El reconocimiento de la filiación natural*, Editorial Bosch, Barcelona, 1954, págs. 115 y otras.

(21) *Vid.* el interesante libro de G. GARCÍA CANTERO: *El concubinato en el Derecho civil francés*, C. S. I. C., Roma-Madrid, 1965, especialmente páginas 43-60, donde se estudian los aspectos sociológicos e ideológicos del concubinato en Francia, indagándose, sobre la base de estadísticas y encuestas, las causas en general de su difusión; *vid.* también el prólogo de esa obra, donde el profesor Ignacio Serrano pone de relieve la evolución en el Derecho francés de la institución del concubinato, "que totalmente huérfana de regulación en su principio, como no fuera para sancionar penalmente algunas relaciones extramatrimoniales, ha ido ganando notoriedad y perfilándose merced a la obra jurisprudencial" (p. VII).

(22) En Italia se habla en los mismos términos del poder sobre los hijos naturales, sean reconocidos o declarados (*vid.* MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. de Sentís, Buenos Aires, 1954, tomo III, págs. 70 y 160). En la doctrina argentina, Cafferata ha propuesto el "imponer a los padres que no reconocieren voluntariamente a sus hijos naturales todas las obligaciones que derivan de la patria potestad, sin que puedan aprovecharse de las ventajas que la misma otorga" (J. I. CAFFERATA: *La filiación natural*, Córdoba (Argentina), 1952, pág. 264). En España, la jurisprudencia ha admitido la atribución de patria potestad en el caso de reconocimiento forzoso (*vid.* la sent. de 16 de junio de 1900).

el reconocimiento judicial equivalía al voluntario (23); el Código Civil, empero, no afrontaba expresamente la cuestión; ha sido la Ley de 1970 la que ha venido a traer al articulado de aquél un precepto sobre la materia.

Dicho precepto es el nuevo artículo 374-1, según el cual las mismas reglas establecidas para el caso de filiación natural reconocida son aplicables al caso de que, a falta de reconocimiento voluntario, se haya establecido la filiación por sentencia, ya sea con relación a los dos padres, ya sea con relación a uno sólo de ellos. No obstante, según añade el párrafo 2.º del artículo, el Tribunal, cuando decida sobre la filiación, puede siempre acordar el confiar la guarda provisional a un tercero que quedará encargado de requerir la organización de la tutela.

El solo hecho de que el legislador francés haya afrontado directamente este tema, es, a mi juicio, elogiable. También lo es seguramente la solución de aplicar en lo posible las reglas establecidas para la filiación natural reconocida voluntariamente (cuya amplitud ya he señalado) e incluso la posibilidad que en último término queda abierta al Tribunal de promover la tutela cuando, en el caso concreto, no sean idóneos los padres para el ejercicio de la función de su autoridad.

Por lo demás, y a tenor del artículo 374-2, la tutela puede ser abierta en todos los casos del actual título IX del libro I del Código Civil francés, aunque no haya bienes que administrar.

C) *Relaciones entre los hijos y sus abuelos.*—Pretende dejar en todo caso a salvo esas relaciones el nuevo artículo 371-4 del Código Civil, según el cual el padre y la madre no pueden, salvo motivos graves, poner obstáculos a las relaciones personales del hijo con sus abuelos. A falta de acuerdo entre las partes —añade—, las modalidades de aquellas relaciones serán regladas por el Tribunal, el cual, en consideración a situaciones excepcionales, puede conceder un derecho de correspondencia o de visita a otras personas, parientes o no.

Es éste un aspetto interesante del nuevo Derecho francés. Las facultades reconocidas a los abuelos responden a la idea de que éstos juegan un papel bastante importante en relación a sus nietos (24). A la vista de tales facultades se ha hablado, incluso, de *puissance grand paternelle*, y es de notar que el nuevo artículo 378 habla expresamente de la *part d'autorité parentale* atribuida a los ascendientes; pero el derecho de los abuelos, en vida de los padres, a mantener relaciones personales con sus nietos, está a bastante distancia de la ver-

(23) Dalloz, tomo III, pág. 669.

(24) Según observa De Juglart, se concede a los abuelos un derecho de visita y de estancia, lo que quiere decir que, por ejemplo, después de un divorcio, si, como es frecuente, los hijos quedan confiados a la madre, los padres del marido tendrán derecho a exigir, como el marido mismo, que los niños les sean confiados durante algunos días del año (*Cours cit.*, tomo I, vol. I, pág. 215).

dadera autoridad paterna, con la suma de funciones a ésta atribuida (25).

El referido derecho de los abuelos fue, por cierto, construido por la jurisprudencia francesa, que extendiendo el artículo 371 del Código Civil (que decía y dice que el hijo en toda edad debe honor y respeto a su padre y a su madre) dedujo que los abuelos tenían el derecho de recibir a sus nietos (derecho de visita) y de mantener correspondencia con ellos, aun contra la voluntad del padre y de la madre (26). La Ley de 1970 ha venido a consagrar el derecho de los abuelos; el nuevo artículo 371-4 puede ser un útil instrumento para asegurar unas justas relaciones en numerosos casos posibles en que éstas se verían entorpecidas o impedidas.

D) *Efectos personales de la autoridad.*—a) *Deberes de los hijos.* Poco es lo expresamente recogido en este ámbito por los nuevos preceptos franceses. No se ve proclamado, en efecto, el deber de obediencia, que, sin embargo, está tan íntimamente ligado a la patria potestad. Cabe suponer que ese deber de los hijos existe en cuanto es correlativo a la autoridad de los padres; difícilmente podrían cumplirse varias de las funciones atribuidas a los padres en el título IX del libro I del Código Civil sin una obediencia por parte de los hijos.

Sí se incluye, en cambio, en el nuevo articulado el deber de los hijos de permanecer en el hogar, que corresponde a la función de guarda de los padres. En relación con ese deber, el anterior artículo 374 disponía que el hijo no podía dejar la casa paterna sin el permiso del padre, salvo que fuera para enrolarse voluntariamente después de haber cumplido la edad de dieciocho años. El nuevo artículo 371-3 preceptúa que el hijo no puede, sin permiso del padre y de la madre, dejar la casa familiar, ni puede ser retirado de ella más que en los casos de necesidad que determina la Ley.

b) *Funciones de los padres.* El nuevo artículo 371-2 del Código Civil francés afirma en su apartado 1.º que la autoridad pertenece al padre y a la madre para proteger al hijo en su seguridad, su salud y su moralidad. La concepción moderna de la patria potestad como una función (27) inspira, sin duda, el nuevo redactado legal: la auto-

(25) También se ha hablado en Francia de *puissance grand-paternelle* con referencia a la tutela que corresponde a los ascendientes al faltar los padres del menor. Se dice —nota De Juglart— que esa tutela está más o menos “mezclada” con la autoridad parental; es cierto —añade— que en ese sentido existe una cierta *puissance grand-paternelle*, pero no cabe establecer una comparación entre la verdadera autoridad de los padres y la que está en manos de los ascendientes, que es mucho más embrionaria (*Cours cit.*, tomo I, vol. I, pág. 242). En la misma línea, antes de la reforma de 1970, los Mazeaud afirmaban que “*les grands-parents ne détiennent pas la puissance paternelle*” (*Leçons cit.*, tomo I, vol. III, pág. 506).

(26) *Vid.* H. MAZEAUD-L. MAZEAUD-J. MAZEAUD: *loc. cit.*

(27) Sobre esa concepción *vid.* en la doctrina francesa: MARTY-RAYNAUD: *Droit civil*, París, 1961, tomo I, pág. 730; en la doctrina italiana, por todos, la importante monografía de Angelo Carlo PELOSI: *La patria potestad*, Giuffré Editore, Milano, 1965, págs. 58-63; para el Derecho español *vid.* la sent. de 26 de noviembre de 1955 (ponencia de Bonet Ramón).

ridad es otorgada para el cumplimiento de unos deberes. En tres planos —el de la seguridad, el de la sanidad y el de la moralidad— se proyecta la actuación.

Según el apartado 2.º del mismo precepto, el padre y la madre tienen respecto al hijo el derecho y el deber de guarda, de vigilancia y de educación. También asoma aquí la idea de *derecho-deber*.

La función de los padres en el orden de la educación del hijo es ampliamente desarrollada a lo largo de toda una sección del nuevo capítulo I del título IX: la sección II, que, bajo la rúbrica *De l'assistance éducative*, comprende nueve preceptos integrados en el extenso artículo 375.

A tenor de la primera de esas normas, si la salud, la seguridad o la moralidad de un menor no emancipado están en peligro, o si las condiciones de su educación están gravemente comprometidas, pueden ser ordenadas en justicia medidas de asistencia educativa a petición del padre y de la madre conjuntamente, o de uno de ellos, o del guardián o del tutor, o del menor mismo, o del Ministerio Público; el Juez puede excepcionalmente proceder de oficio; las medidas pueden ser acordadas, al mismo tiempo, para varios hijos sujetos a la misma autoridad (art. 375).

Las decisiones adoptadas en materia de asistencia educativa pueden ser en todo momento modificadas o revocadas por el Juez que las ha dictado, ya sea de oficio, ya sea a petición de aquellas mismas personas que pudieron solicitarlas (art. 375-6).

El padre y la madre cuyo hijo haya dado lugar a una medida de asistencia educativa, conservan su autoridad sobre él y ejercen todos los atributos de la misma que no sean incompatibles con la aplicación de la medida, aunque no podrán sin autorización emancipar al hijo (art. 375-7).

Los gastos de sostenimiento y educación del hijo que ha sido objeto de una medida de asistencia educativa continúan incumbiendo a su padre y a su madre, así como a los ascendientes a quienes se puede reclamar alimentos, quedando a salvo la facultad del Juez de descargar de tales gastos en todo o en parte (art. 375-8).

c) *Delegación de la autoridad*: El nuevo artículo 376 del Código Civil francés priva expresamente de efectos a la renuncia o cesión de la autoridad de los padres. Ello está de acuerdo con la doctrina moderna. Se admite hoy generalmente, en efecto, que la patria potestad es irrenunciable, porque entrañando una función y suponiendo un deber, la renuncia del padre supondría el incumplimiento del deber de protección que le está atribuido.

La doctrina francesa se había situado hace ya tiempo en esa línea: Josserand, así, señalaba que la patria potestad constituye una de las bases de la familia y es parte integrante del estado de las personas, por lo que no puede ser ampliada ni reducida por voluntad de los interesados y, sobre todo, no puede ser objeto de una abdicación por parte del padre (28).

(28) L. JOSSERAND: *Cours* cit., tomo I, pág. 537.

En la misma línea se había situado la jurisprudencia, declarando que los derechos de la patria potestad son de orden público y no pueden ser modificados por convenciones particulares hechas en el contrato de matrimonio o por los padres o el menor con un tercero, convenciones que serían radicalmente nulas (29).

El nuevo artículo 376, pues, recoge y confirma esos criterios ya difundidos en Francia.

Es de notar que el Código Civil portugués de 1966 ha consagrado también expresamente la irrenunciabilidad de la patria potestad (30).

Cabe en el Derecho francés, sin embargo, la delegación de la autoridad de los padres en los términos admitidos por los nuevos artículos 376-1 y 377 del Código Civil. Así, un Tribunal, cuando sea llamado a resolver sobre la guarda o educación de un hijo menor, puede respetar los pactos que el padre y la madre hayan concluido libremente entre ellos a ese respecto, a menos que uno de ellos pruebe tener motivos graves para revocar su consentimiento (art. 376-1). Y el padre y la madre, conjunta o separadamente, o el tutor autorizado por el Consejo de familia, pueden, cuando hayan entregado al hijo menor de dieciocho años a un particular digno de confianza, o a un establecimiento aprobado para este fin, o al Servicio de la ayuda social a la infancia, renunciar en todo o en parte al ejercicio de su autoridad (art. 377). Los apartados 2.º y 3.º del artículo 377, así como los artículos 377-1 y 377-2, desarrollan la posibilidad de delegación. El artículo 377-3 cierra el tema afirmando que no puede delegarse nunca el derecho de consentir a la adopción del menor (31).

E) *Efectos patrimoniales de la autoridad.*—Se consagra a tales efectos el capítulo II del nuevo título IX del libro I del Código Civil francés, que, bajo la rúbrica *De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant*, integra los artículos 382 a 387. Allí se encuentran las normas referentes a la administración y al goce de los bienes de los hijos sujetos a la autoridad de los padres.

a) *Administración de los bienes de los hijos:* ¿A quién corresponde la administración? Lo señala el nuevo artículo 383, en su apartado 1.º, al decir que la administración legal es ejercida por el padre con el concurso de la madre en el caso del artículo 389-1, y, en los otros casos, bajo control del Juez, por el padre o por la madre, según las disposiciones del capítulo precedente (recogidas ya en este estudio). El artículo 389-1, cuyo texto actual fue redactado por una Ley de 14 de diciembre de 1964, dice que la administración legal es pura

(29) Sent. de 16 de diciembre de 1930, recogida en Dalloz, tomo III, pág. 668.

(30) El art. 1.880 del nuevo Código Civil portugués afirma, en efecto, que los padres no pueden renunciar al poder paternal ni a cualquiera de sus derechos, sin perjuicio de lo que el propio Código dispone acerca de la adopción y tutela de los menores.

(31) Cfr. el art. 348 del Código Civil francés (redactado por Ley de 11 de julio de 1966) sobre consentimiento del padre y de la madre para la adopción del hijo; puede verse también F. VEGA SALA: *La reciente reforma de la adopción en Francia*, en "Anuario de Derecho Civil", 1967, págs. 565 y ss.

y simple cuando el menor es un hijo legítimo, cuyos padres viven, no están divorciados ni separados de cuerpos y no se encuentran en los casos previstos en el artículo 373 (aludido también anteriormente). Por otro lado, el artículo 389 (norma que, aunque perteneciente a otro capítulo del Código Civil —el de la tutela—, ha recibido también nueva redacción con la Ley de 1970) dispone que, si la autoridad es ejercida en común por los padres, el padre es administrador legal, mientras que, en los demás casos, la administración pertenece a aquél de los padres que ejerce la autoridad.

Es de notar que la Resolución 1.207 (XLII) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, aprobada el 29 de mayo de 1967 y a la que luego me referiré, recomendó a los Gobiernos de los Estados Miembros adoptar en las legislaciones nacionales como principio en esta materia el de que “ambos cónyuges tendrán iguales derechos y deberes en lo tocante a la administración de los bienes de los hijos menores, con las limitaciones legales necesarias para garantizar en todo lo posible que esos bienes se administren en interés de los hijos”.

b) *Usufructo de los bienes de los hijos*: El nuevo artículo 383, en su apartado 2.º, dispone que el goce legal pertenece a aquél de los padres que tenga la carga de la administración (32). El tradicional derecho de goce ha sido, pues, mantenido (33).

Cesa el derecho de goce: 1.º Cuando el hijo cumpla dieciocho años, e incluso antes si contrae matrimonio; 2.º Por las causas que ponen fin a la autoridad de los padres y especialmente por las que extinguen la administración, y 3.º Por las causas que implican la extinción de todo usufructo (art. 384).

Cargas del goce legal son: 1.º Aquellas que pesan sobre los usufructuarios en general; 2.º La alimentación, el sostenimiento y la educación del hijo, según su fortuna, y 3.º Las deudas que graven la sucesión recibida por el hijo, en cuanto aquéllas hubieran debido ser pagadas sobre las rentas (art. 385).

(32) No emplea la ley la palabra *usufruit*, sino la de *jouissance*, que era también la utilizada antes de la reforma. Sin embargo, la doctrina viene a identificar los dos términos; según Hubrecht, el derecho de *jouissance légale* es una suerte de usufructo que atribuye la facultad de disponer de rentas, frutos, intereses, cupones, alquileres, etc., que procedan de los bienes del hijo (*op. cit.*, pág. 87).

(33) El profesor Chevallier, antes también de la última reforma, observaba que, aunque hoy asombré el que los padres puedan apropiarse de bienes de los hijos, la regla es sabia; su resultado es dispensar a los padres de rendir cuenta del empleo que han hecho de las rentas del hijo; sin duda el derecho de *jouissance légale* priva al hijo de la capitalización del excedente de sus rentas sobre los gastos hechos en su provecho, pero si esas rentas provienen de la sucesión de uno de los padres, el derecho de *jouissance légale* completa la insuficiencia del derecho de sucesión entre esposos; y si proceden de una sucesión o liberalidad de alguien distinto de los padres, este derecho evita que se manifiesten entre los jóvenes hijos de la misma familia diferencias de fortuna demasiado sensibles; se trata, pues, de un derecho que debería halagar al espíritu democrático de la legislación francesa, pero lo que se produce es lo contrario: se preconiza su desaparición (J. CHEVALIER: *op. cit.*, pág. 130).

No tendrá lugar el goce en provecho de cónyuge sobreviviente que hubiera omitido hacer inventario (art. 386). El goce no se extiende a los bienes que el hijo pueda adquirir por su trabajo, ni a los que le sean dados o legados bajo condición expresa de que no sean gozados por los padres (art. 387).

F) *Responsabilidad civil de los padres*.—La Ley de 1970 ha venido a modificar el apartado 4.^º del artículo 1.384 del Código Civil francés, relativo a la responsabilidad civil de los padres.

La norma ahora derogada decía que el padre y, después del fallecimiento del marido, la madre, eran responsables del daño causado por sus hijos menores que habitasen con ellos. El precepto era consecuente con la concepción de la patria potestad como poder atribuido primariamente al padre y, subsidiariamente, a la madre.

Numerosos autores franceses ya clásicos, al interpretar la norma del Código Civil, equipararon la muerte del marido con todos los casos en que la vigilancia y educación de los hijos se encontrara confiada a la madre: por ejemplo, cuando se hubiera hecho la declaración de ausencia del marido, o cuando éste estuviese separado legalmente de la mujer, o cuando el marido se hallare en interdicción civil o hubiere partido para viaje de larga duración (34). Los autores modernos opinaron que, aun viviendo el padre, la madre sería responsable en el caso de que ejerciera el derecho de guarda (35). Y la jurisprudencia entendió también que, cuando la guarda estuviera confiada a la madre, aunque el padre siguiera ejerciendo la patria potestad, aquel simple derecho de guarda operaba la transmisión a la madre de la carga de la responsabilidad (36).

El nuevo apartado 4.^º del artículo 1.384, en la redacción que ha recibido con la Ley de 1970, afirma que el padre y la madre, en tanto ejerzan el derecho de guarda, son solidariamente responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos. La Ley ha buscado, pues, la concordancia entre esta norma y la que contiene el principio de autoridad conjunta de los padres (37); la responsabilidad solidaria de éstos queda hoy expresamente proclamada.

G) *Privación de la autoridad*.—La Sección IV del capítulo I del nuevo título IX del libro I del Código Civil, bajo la rúbrica *De la déchéance et du retrait partiel de l'autorité parentale*, se refiere a la privación y a la suspensión de la autoridad de los padres, recogiendo diversos casos y regulando sus efectos.

Pueden ser privados de su autoridad, por una disposición expresa

(34) Récamier, Touiller, Duvergier, Sourdat, Larombière y Aubry-Rau, cits. por GIORGI: *Teoría de las obligaciones*, trad. esp., Ed. Reus, Madrid, 1911, vol. V, pág. 397.

(35) *Vid. E. BLANC: La responsabilité des parents*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, París, 1953, pág. 74.

(36) *Vid. E. BLANCH: op. cit.*, pág. 73.

(37) Cfr. el apartado 1.^º del art. 2.048 del Código Civil italiano y el apartado 2.^º del art. 1.903 del Código Civil español. En relación con el Derecho italiano puede verse A. C. PELOSI: *op. cit.*, págs. 320-323; para el Derecho español, mi libro *La patria potestad*, cit., págs. 311-324.

de la sentencia penal, el padre y la madre que sean condenados como autores o cómplices de crimen o delito cometido sobre la persona de su hijo, o como coautores o cómplices de crimen o delito cometido por su hijo (art. 378, apartado 1.º). También pueden ser privados, sin condena penal, el padre y la madre que, ya por malos tratos, ya por ejemplos perniciosos de embriaguez habitual, mala conducta o delincuencia, o ya por falta de cuidados o de dirección, pongan manifiestamente en peligro la seguridad, la salud o la moralidad del hijo; cuando haya sido tomada una medida de asistencia educativa, pueden ser privados de su autoridad el padre y la madre que durante más de dos años se hayan abstenido voluntariamente de ejercer los derechos y cumplir los deberes que les confería el artículo 375-7; la acción de privación se interpone ante el Tribunal *de grande instance*, ya sea por el Ministerio Público, ya sea por un miembro de la familia o por el tutor del hijo (artículo 378-1 (38).

La privación así pronunciada afecta de pleno derecho a todos los atributos, tanto personales como patrimoniales, de la autoridad de los padres y se extiende, salvo que se determine otra cosa, a todos los hijos menores ya nacidos en el momento de la sentencia, implicando para el hijo dispensa de la deuda alimenticia, por derogación a los artículos 205 a 207, salvo disposición contraria en la sentencia de privación (art. 379) (39).

La sentencia, en vez de decretar la privación total, puede limitarse a pronunciar una retirada parcial de derechos, limitada a los atributos que especifique; también puede declarar que la privación o la retirada parcial no tendrán efecto sino con relación a algunos de los hijos ya nacidos (art. 379-1).

Al pronunciar la privación o la retirada del derecho de guarda, la jurisdicción que entienda deberá, si el otro parente ha muerto o ha perdido el ejercicio de la autoridad, ya designar a un tercero que asuma provisionalmente la guarda del hijo con la obligación de instar la organización de la tutela, ya confiar al hijo al Servicio de la ayuda social a la infancia; las mismas medidas podrá tomar la jurisdicción cuando la autoridad sea entregada a uno de los padres por efecto de la privación pronunciada contra el otro (art. 380).

Cabe aquí recordar, por lo demás, que uno de los padres puede ser excluido de la autoridad si se encuentra en alguno de los casos del artículo 373, a los que anteriormente me referí. En tales casos, e igualmente cuando uno de los padres fallece, la autoridad es atribuida por entero al otro (art. 373-1). Cuando no quede ya parente ni ma-

(38) La privación de la autoridad paterna a los padres indignos fue, desde el siglo pasado, regulada minuciosamente en Francia. Así, ya la Ley de 24 de julio de 1889, sobre protección a los niños maltratados o moralmente abandonados, contuvo extensas normas sobre privación de patria potestad y retirada total o parcial de derechos inherentes. Preveían también la privación de la guarda del hijo las leyes de 19 de abril de 1898 de 11 de abril de 1908.

(39) Cfr., para el Derecho italiano, A. C. PELOSI: *op. cit.*, págs. 338-344; para el Derecho inglés, M. CRAFFE: *op. cit.*, págs. 167-168; para el Derecho español, mi libro *La patria potestad* cit., págs. 327-340.

dre en condiciones de ejercer la autoridad, procederá abrir la tutela (art. 373-4).

H) *Recuperación de la autoridad.*—El nuevo artículo 381 del Código Civil francés prevé la posibilidad de que los padres recuperen la autoridad de que fueron privados (40). Admite, en efecto, aquel precepto que el padre y la madre que hayan sido objeto de una privación o de una retirada de derechos por una de las causas previstas en los artículos 378 y 378-1, podrán obtener del Tribunal, justificando que se dan circunstancias nuevas, que les sean restituidos, en todo o en parte, los derechos de que habían sido privados. La petición no podrá interponerse antes de haber transcurrido un año desde que sea firme la sentencia que impuso la privación o la retirada; si la petición fuera desestimada, no podrá renovarse antes de transcurrir un nuevo período de un año. No caben peticiones cuando el hijo haya sido *placé en vue de l'adoption* (41). Cuando la recuperación de la autoridad sea concedida, el Ministerio Público promoverá, si proceden, medidas de asistencia educativa (42).

III. CONCLUSION

La Ley francesa de 4 de junio de 1970 constituye realmente una de las más importantes reformas hechas al articulado del Código Civil. Con ella la institución de la patria potestad ha experimentado considerables modificaciones, que comienzan, como hemos visto, en el mismo nombre de la institución y alcanzan a numerosos aspectos de su temática.

En el orden terminológico, ¿está suficientemente justificada la supresión de términos que como el de *puissance paternelle* (o el de *patria potestad* y equivalentes) vienen designando tradicionalmente a la institución? No faltarán acaso quienes juzguen improcedente o innecesaria tal supresión. Los términos acuñados de antiguo y arraigados por un uso secular tienen, ciertamente, un valor. Y cabe, conservándolos, llenarlos de sentido nuevo (43). Es de notar que en el Derecho

(40) La Ley de 24 de julio de 1889, antes citada, dedicó ya un capítulo a la restitución de la patria potestad o de los derechos ligados a ella.

(41) Sobre el nuevo *placement en vue de l'adoption plénier* del Derecho francés, *vid.* el art. 351 del Código Civil, redactado por la Ley de 11 de julio de 1966; puede verse también F. VEGA SALA: *loc. cit.*

(42) Cfr., en Derecho italiano, A. C. PELOSI: *op. cit.*, pág. 317; en Derecho español, mi libro *La patria potestad* cit., págs. 340-342.

(43) Como decía Manresa, siguiendo precisamente al francés Laurent, "no hay obstáculo en que se exprese con un nombre antiguo un concepto nuevo" (J. M. MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*. I. E. Reus, Madrid, tomo II, 7.^a ed., rev. por F. Bonet Ramón, 1957, pág. 9); y, como observa Puig Peña, "son muchos los casos en los que las palabras del Diccionario jurídico subsisten en los labios de las gentes, aun habiendo cambiado de significado; y siendo constante el uso del término *patria potestad*, no hay razón fundamental para suprimirlo, siempre que la normación del

comparado pueden encontrarse diversas legislaciones que conservan el viejo término de *patria potestad* o sus equivalentes. Incluso algunas reformas recientes se han inclinado a esa conservación. Así, en Portugal, el Código Civil de 1966 habla de *poder paternal* (arts. 1.879 y ss.); y en Argentina, la Ley número 10.903 con las modificaciones del Decreto-ley número 5.286, del 20 de mayo de 1957, que cambió el texto del artículo 264 del Código Civil, donde se define la patria potestad, ha conservado el término tradicional, y la reciente e importante Ley número 17.711, de reforma parcial del Código, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 1968, no ha modificado este punto.

Sin embargo, la tendencia mundial de la doctrina y de las legislaciones en materia de patria potestad parece realmente orientarse hacia la sustitución de los términos tradicionales, juzgando que éstos ofrecen un excesivo matiz de *poder*. En la doctrina francesa, incluso un jurista de la línea conservadora, como el profesor René Savatier, afirmó —por cierto, en España— durante los mismos días en que se realizaba la reciente reforma legal de su país: “Las palabras repelentes de *obediencia*, de *potestad marital* y de *patria potestad* desaparecen del Derecho francés. El espíritu del legislador ha cambiado y se ha humanizado” (44). En cuanto a las legislaciones más recientes el Código Civil etíope de 1960, redactado por el profesor René David, no habla en su versión oficial francesa de *puissance paternelle* sino de *autorité de parents* (art. 204); y en nuestra misma España, la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967 no habla tampoco de *patria potestad*, sino de *deber de crianza y autoridad familiar en los padres* (epígrafe del art. 9.º); criterio seguramente acertado, con el cual se recoge la tradición del Derecho aragonés (hostil, como es bien sabido, al término romano *patria potestas*) y al propio tiempo se coincide con la orientación actual del Derecho comparado, demostrándose una vez más que muchas de las instituciones forales españolas son a la vez tradicionales y progresivas.

En todo caso, y cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la terminología de la patria potestad, lo cierto es que el cambio terminológico es ya un hecho en Francia. Y ante él cabe, por otro lado, preguntarse si la supresión del término tradicional ha perseguido —o ha traducido— la supresión de la institución misma. Un jurista francés de prestigio mundial, como el profesor David, ha podido afirmar, recién producida la reforma de 1970, que la noción de *puissance paternelle* del Código Napoleón ha desaparecido, reemplazada por una *autorité parentale* de inspiración muy diferente; de nuevo —añade— puede decirse, y con más motivo que en el pasado, que “en France, *puissance paternelle* n'a lieu” (45). Nótese, sin embargo,

instituto esté sintonizada con sus modernas concepciones” (F. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, tomo II, vol. II, pág. 146).

(44) R. SAVATIER: *La evolución actual del Derecho de familia* (Discurso pronunciado en la Universidad de Deusto el 8 de mayo de 1970), texto traducido por el profesor Ricardo de Angel Yagüez, Bilbao, 1970, s. p.

(45) R. DAVID: *Préface* a la obra de Crafte cit., pág. 10.

que lo que David da por desaparecido en Francia es, no la patria potestad en sí, sino la patria potestad del Código Napoleón. La institución en sí existe y subsiste en Francia, como en todos los países, pues constituye una función natural que no puede desaparecer, aunque sí esté en trance de desaparición su concepción como *poder* (46). Lo que el legislador francés ha hecho en 1970 es coronar la larga evolución que desde la promulgación del Código Civil se había ido produciendo y suprimir el nombre tradicional de la institución, modificando su sentido y su alcance, pero conservando en definitiva las facultades esenciales para el ejercicio de la *autoridad* que se sigue reconociendo a los padres sobre los hijos.

Aspectos importantes de la reforma son, como vimos, la privación de la condición de *jefe de la familia* al marido y la consagración del principio de autoridad conjunta del padre y de la madre. La supresión de la jefatura del marido puede parecer peligrosa, aunque se acomode a la evolución social y a la realidad de las costumbres: el profesor Savatier la combatió en el período de gestación de la reforma (47), pero el profesor De Juglart la juzga consecuente con el nuevo papel de la mujer en la sociedad contemporánea (48).

En cuanto a la autoridad conjunta, la novedad de la reforma es relativa. Ya antes de 1970 el principio estaba proclamado en el Derecho francés, como hemos visto, a través del artículo 213, pero se atenuaba con la declaración de que, durante el matrimonio, la autoridad era "ejercida por el padre en su calidad de jefe de familia"; declaración por la que prácticamente se aproximaba el Derecho francés a los ordenamientos (desde la *common law* inglesa al Derecho común es-

(46) "No sólo entre los esposos —observa el profesor Fraga Iribarne—, sino entre los padres e hijos, se ha ido relajando el principio de autoridad. Es más; cada vez menos los padres esperan, o los hijos se sienten obligados a cuidar de sus padres en la vejez, entendiéndose que esta función compete a las instituciones de seguridad social. Ello es consecuencia de la constante aceptación de los ideales igualitarios y de la mayor facilidad con que, en una época de aceleración histórica, se produce el conflicto de valores a apreciaciones entre las generaciones. Lo cierto es que, en general, hoy los padres propenden a sostener criterios menos rígidos y a ejercer un control menos autoritario de sus familias, en las que de hecho se toman más *decisiones de tipo democrático*" (M. FRAGA: *La familia española ante la segunda mitad del siglo XX*, Ediciones del Congreso de la Familia Española, Madrid, 1959, página 22).

(47) Advierte Savatier contra el riesgo de confundir lo que, según admite, es hoy una "feliz humanización del Derecho de familia", y lo que en cambio es "una disolvente claudicación de la disciplina familiar" (*La evolución actual del Derecho de familia* cit., s. p.). Sobre la condición del marido como jefe de familia, antes de 1970, *vid.* R. DAVID: *Le Droit français* cit., tomo II, pág. 28, núms. 60-62.

(48) Recuerda De Juglart la situación de la mujer en el Código Napoleón y la evolución posterior, señalando cómo aquélla se convirtió ya con la Ley de 14 de diciembre de 1964 en colaboradora de su marido en la administración de los bienes de sus hijos menores; el nuevo papel de la mujer en la familia es reconocido por la Ley de 4 de junio de 1970, cuyo aspecto filosófico y sociológico se evidencia por la nueva redacción del art. 213 del Código Civil, a cuyo tenor los esposos aseguran juntos la dirección moral y material de la familia (M. DE JUGLART: *Cours* cit., tomo I, vol. I, pág. 214, núm. 166).

pañol) en que la patria potestad de la madre es meramente subsidiaria; ahora, con la supresión de las palabras relativas a la autoridad exclusiva del padre durante el matrimonio, el principio de autoridad conjunta parece reforzado; el nuevo artículo 372 del Código Civil responde a tal principio.

La decisión del legislador francés a este respecto está, también en este punto, en línea con la tendencia del Derecho comparado. Ya en 1957 tuve ocasión de señalar modestamente que las legislaciones contemporáneas tienden a reconocer la patria potestad conjunta (49); ahora puedo añadir que en esa línea están varios cuerpos legales de la última década; así, el Código Civil etíope de 1960, que preceptúa en su artículo 240 que el padre y la madre son *conjuntamente*, durante su matrimonio, preceptores y tutores de sus hijos menores; el Código Civil portugués de 1966, que, en el caso de la filiación legítima, atribuye a los dos padres la guarda y representación del hijo (art. 1.879), aunque confiriendo unos poderes especiales al padre (artículo 1.881) y otros poderes especiales a la madre (art. 1.882); y la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967, que confiere la autoridad familiar sobre los hijos menores “a sus padres, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares” (art. 9.º).

Conviene observar que la tendencia del Derecho comparado a la autoridad conjunta está hoy respaldada por las Naciones Unidas, cuyo Consejo Económico y Social, en su resolución 1.207 (XLII) de 29 de mayo de 1967, recomendó a los Gobiernos “que adopten todas las medidas posibles para garantizar la igualdad del hombre y de la mujer en el ejercicio de los derechos y deberes de los padres” (50).

Por lo demás, de los aspectos concretos de la nueva regulación francesa sobre la autoridad de los padres, que en las páginas anteriores he tratado de exponer y comentar brevemente, algunos, como veíamos, pueden parecer acertados y otros no tanto. Creo, por ejemplo, que cabría considerar como novedades positivas, entre otras: la previsión de la hipótesis de desacuerdo entre marido y mujer en orden a los hijos; la regulación de la atribución de la autoridad sobre los hijos naturales reconocidos y la extensión de las normas que la regulan al caso de declaración de paternidad, dejando en éste a los Tribunales en último término posibilidad de encomendar la guarda a un tercero; la regulación e institucionalización de las relaciones

(49) En *La participación de la madre en la patria potestad* cit., pág. 111; en la misma obra se dedican a la patria potestad de la madre en el Derecho comparado las págs. 23 a 51. Más recientemente, sobre la tendencia a la igualdad del padre y de la madre en el Derecho inglés, puede verse M. CRAF FE: *op. cit.*, págs. 105 y ss.

(50) Para garantizar tal igualdad, la Resolución recomienda a las legislaciones nacionales adoptar diversos principios concretos, entre los que incluye el de que “la mujer disfrutará de iguales derechos y obligaciones que el hombre en lo que respecta a la guarda de los hijos menores y al ejercicio de la patria potestad sobre ellos, incluidos el cuidado, custodia, educación y mantenimiento” (recogido en el vol. *Derechos y deberes de los padres, incluida la guarda de los hijos*, Naciones Unidas, Nueva York, 1969, págs. 4-5).

entre el hijo y sus abuelos; la detenida regulación de las medidas de asistencia educativa; la declaración de la irrenunciabilidad de la autoridad de los padres y la admisión de casos concretos de delegación; o la regulación de la responsabilidad civil solidaria de los padres. Por el contrario, en el lado negativo de la reforma cabría tal vez anotar que algunas de sus innovaciones van demasiado lejos y que las normas han adquirido extensión y complejidad excesivas.

En definitiva, sin embargo, parece que hay que admitir que la reforma ha sido valiente y que ha tratado de coronar, en el tema de la autoridad de los padres, una evolución que desde mucho tiempo atrás se venía produciendo en la legislación, en la doctrina, en la jurisprudencia y en la realidad social de Francia.

VIDA JURIDICA

1. NOTAS CRITICAS

Introducción al Derecho mercantil (1)

I

Amablemente invitado por el ANUARIO DE DERECHO CIVIL a reseñar en sus páginas esta obra, me veo altamente complacido al poder afirmar, sin reservas, que nos encontramos ante una obra fundamental para la bibliografía mercantil española, la cual culmina de modo magistral la preocupación del autor, anteriormente apuntada (2), por dilucidar la naturaleza y el verdadero sentido de ese conjunto de normas reguladoras de relaciones jurídicas y de instituciones que denominamos Derecho mercantil. La obra de Jesús Rubio nos hace, además, concebir la esperanza de que constituya el primer volumen de una obra más extensa, en la que se han de comprender sistemáticamente todas las partes que integran un Derecho mercantil moderno.

Dedica el autor las dos primeras partes de su obra (integradas por nueve capítulos y por 444 páginas) al análisis del "Concepto del Derecho mercantil", según su planteamiento dogmático e histórico, así como desde la especial perspectiva que para ello atribuye el autor al estudio de sus fuentes de producción, concepto y fuentes del Derecho mercantil desde una especial perspectiva dogmática e histórica. Se plantea, con evidente minuciosidad y profundidad, la tarea de dilucidar el principio o principios en virtud de los cuales ciertas relaciones jurídicas pueden reputarse mercantiles, al lado de otras de igual naturaleza calificadas de civiles; de esclarecer el proceso en virtud del cual existe un conjunto separado de normas denominado Derecho mercantil, así como la de averiguar las razones que imponen o aconsejan la existencia de una legislación mercantil independiente, o de una ciencia jurídico-mercantil más o menos autónoma (págs. 10 y ss.). Todo ello, además, ante nuestro Derecho positivo consagrado en el Código de Comercio que no resuelve directamente aquellas cuestiones, sino que las deja abiertas y sin respuesta. Sobre este planteamiento, analiza el problema desde una perspectiva histórica, de exégesis del Derecho positivo, científica, de política legislativa y de eficacia docente (págs. 14-15), porque todos estos problemas están implicados o afectados unitariamente por la naturaleza del objeto de su investigación.

Comienza por analizar las tesis doctrinales que identifican Derecho mercantil con Derecho del comercio. Identificación que si históricamente es indis-

(1) JESÚS RUBIO GARCÍA-MINA: "*Introducción al Derecho mercantil*". Ediciones Nauta, Barcelona 1969, pág. 627.

(2) "*Concepto del Derecho mercantil*". R. D. M. 1947, 2, págs. 317 y ss., y "*Derecho marítimo y aéreo*". A. D. C. 1952, V (1952), 1, págs. 552-578.

cutida por la doctrina, no se planteó dogmáticamente hasta la separación del Derecho civil y mercantil que surge con la codificación napoleónica. Con la codificación se consagra la separación entre aquellos sectores del Derecho privado, por razón de la materia o del ejercicio impersonal de actividades abiertas a todos los sujetos: el acto objetivo de comercio, distinto de los actos civiles. Dicha separación plantea a la doctrina la necesidad de delimitar cuál es el verdadero sentido y el contenido de ese comercio que se constituye en elemento diversificador, lo cual permitió poner de manifiesto dos conclusiones: no todos los actos de comercio codificados corresponden al comercio en sentido económico; el legislador ha enumerado ciertos actos de comercio en sentido jurídico para deslindar su régimen jurídico frente al ordenamiento civil, razón por la que es necesario averiguar por qué han sido incluidos en los Códigos (pág. 23). Pues bien, partiendo de este planteamiento "objetivo", presente en el "Code" francés y en los Códigos que siguen su orientación, analiza el autor los tres grandes grupos de la doctrina que han pretendido fundamentar la especialidad de las relaciones mercantiles frente a las civiles, por razón de la "materia" sometida al régimen mercantil: 1) el Derecho mercantil es el Derecho del fenómeno denominado "comercio" por los Códigos (analizando y criticando brillantemente las tesis unitaristas de Thaller y de Rocco a la luz del Código de Comercio español); 2) el Derecho mercantil entendido como el Derecho adecuado al tráfico "en masa" (lo que le obliga a exponer y a criticar la conocida tesis de Heck); 3) y el Derecho mercantil como "Derecho de los negocios" (tesis de Hamel y Savatier).

Recoge a continuación el significado de los sistemas de "delimitación subjetiva" del Derecho mercantil, resaltando la génesis y la promulgación del Código de Comercio alemán en relación con el Código Civil, en los que, a pesar de las peticiones de la doctrina, la "influencia" de Goldschmidt impidió la unificación del Derecho privado e hizo triunfar la dualidad de Códigos (página 57). El H. G. B. consagra, pues, un Derecho mercantil excepcional para los comerciantes y especialmente para los grandes comerciantes, lo cual critica y no comparte Rubio, por razones que expone minuciosamente, y especialmente por el hecho de que con este proceder se atenta a la equidad al aplicar "un Derecho de grupo a la totalidad de los ciudadanos" (pág. 65). Lo cual constituye una profunda preocupación del autor, sobre la que volveremos más adelante. Por este camino subjetivista, y dentro de esta construcción "dogmática" de lo que es el fundamento del Derecho mercantil, se llega a las tesis que identifican Derecho mercantil con Derecho de la empresa, las cuales, en su opinión, no se percatan (se refiere fundamentalmente a la doctrina italiana) de que esta concepción va a tropezar gravísima e irreparablemente con un Derecho civil unificado, en el que la empresa significa un supuesto general a toda la actividad patrimonial que el Código regula.

Al llegar a este punto, describe y critica Rubio (con su profundidad y agudeza características) las diversas posiciones que identifican el Derecho mercantil con el Derecho de la empresa, tanto en Italia como en Alemania y Francia (págs. 74 a 90), y muy especialmente las mantenidas en el Derecho español vigente por Garrigues, Uria, Polo y Girón Tena. Sintetiza el Profesor Rubio las razones por las que le parece ahora, como le pareció hace veinte años, desaconsejable o inaceptable la tesis que identifica el Derecho mercantil

con el Derecho propio de las empresas (págs. 106 y ss.). Estas son: 1) porque hay empresas inasequibles al Derecho mercantil (empresa de la navegación, agraria, pequeñas empresas y empresas públicas); 2) porque el Derecho del trabajo es Derecho regulador de la empresa y queda fuera del Derecho mercantil; 3) y porque lo propio puede predicarse del Derecho fiscal. Por lo demás, entiende que centrar el Código de Comercio sobre el Derecho de la empresa hace deslizar a aquél hasta el Código único de las obligaciones (página 111). Finalmente se expone "frente al valor teleológico de la doctrina de las empresas" un nuevo argumento crítico "que no por antiguo ha perdido su eficacia": si los actos mixtos (que relacionan a empresas con quienes no son empresarios) se someten al Derecho mercantil, se aplicará a la generalidad de los ciudadanos un Derecho profesional defensor de los intereses de las empresas, a cuya formación los ciudadanos profesionales han sido ajenos, lo cual —en opinión del autor— atenta a la buena fe y a la justicia. Por ello mismo, los actos mixtos de relación entre empresarios y particulares deben quedar sometidos al Derecho común y no al mercantil, con lo cual pierde virtualidad el criterio delimitador especial de la actividad de la empresa, quedando profundamente menoscabada la esfera "sustantiva" del Derecho mercantil, "que quedaría limitada al estatuto del empresario y, todo lo más, a las relaciones exclusivas entre empresas". Ello impide a Rubio aceptar la conocida propuesta del Profesor Garrigues para promulgar una "trilogía" de Códigos para el futuro Derecho privado (págs. 116 a 119).

Por todo lo cual concluye el autor que el Derecho mercantil no es ni debe ser el Derecho de las empresas, aun cuando estima que un Derecho que intenta ser ordenamiento eficaz del tráfico "tiene que contar con la empresa como elemento *nuclear*" (pág. 121).

Es en el capítulo III de la primera parte de su obra donde el Profesor Rubio realiza el "Examen histórico del ordenamiento jurídico comercial" (páginas 132 a 196), una de las partes más profundas y, a mi modesto entender, más logradas de su obra. Y así vemos que si los romanos no conocieron la dualidad sistemática Derecho mercantil-Derecho común, fue porque no se dieron las circunstancias políticas, ideológicas y económicas que posteriormente la produjeron, a partir de la baja Edad Media en el Occidente europeo. A mediados del siglo XII se inicia un resurgimiento económico que es el comienzo de una evolución decisiva que ha de provocar la aparición del ordenamiento comercial. La reaparición de las ciudades determina una profunda transformación político-social, por el hecho de que el hombre se incorpora a ellas, "busca autonomía política, jurisdicción propia, en suma, libertad personal" (pág. 141), dando así origen a dos poderosos impulsos: el profesional y el político, que exigen romper las trabas y las restricciones vigentes en el Derecho señorial y en el Derecho común. Los mercaderes y artesanos asentados en las ciudades no sólo buscan nuevos cauces para su actividad profesional, sino que luchan por conseguir un poder que sea capaz de imponer un orden nuevo. Aparece así un "jus mercatorum" nacido en el mercado y perfeccionado y difundido a través de las grandes ferias. El Derecho de la "revolución comercial", que lleva a Rubio a afirmar que "el nuevo Derecho urbano, civil, es en su más directa expresión Derecho comercial" (págs. 144-145). En definitiva, según la conocida y sugestiva tesis de Rubio, el capitalismo co-

mercial y financiero es el que consolida y, en alguna medida, provoca la aparición del orden nuevo y con él la del denominado Derecho mercantil. De todo ello resaltan dos afirmaciones cardinales para el autor: el "jus mercatorum" no fue ni siquiera en sus comienzos un *Derecho de clase*, sino más bien un "Derecho de los sin clase"; y tan sólo un sector, y no ciertamente el más importante, de las instituciones del llamado Derecho mercantil afecta al "status" del comerciante y a la ordenación de su negocio; la mayor parte constituye Derecho general de tráfico (págs. 152-153). El "capitalismo" no es, resalta brillantemente el Profesor Rubio, una expresión simple del fenómeno puramente económico, sino una parte de la total existencia histórica de la época.

Posteriormente, la aparición e instauración del mercantilismo es una fase esencial para la recta comprensión del devenir histórico del Derecho mercantil: el Estado adopta los métodos capitalistas, aplicando a la economía pública los criterios de una buena gestión comercial; todos los estamentos sociales "comercian"; el Estado estimula la actividad comercial de todos sus súbditos; se dignifica al comerciante ("la noble profesión de comerciante"); las Ordenanzas de Luis XIV suponen la "aceptación y la consagración del nuevo Derecho del tráfico con validez para todo el territorio nacional".

Para el Profesor Rubio este profundo movimiento culmina con la estatificación, generalización y desprofesionalización del Derecho mercantil, cuyo momento —el de la codificación mercantil separada frente a la codificación civil— se produce lógica y significativamente cuando la revolución burguesa, rotas las trabas gremiales, pretende terminar con los privilegios de clase, impone la libertad de profesión y promulga el Derecho de la "buena fe y de la equidad" (pág. 157). Ello significa para el autor que: 1) el "Code de commerce" da al Derecho mercantil su carácter de Derecho general del tráfico extraprofesional, aplicable a comerciantes y a no comerciantes (pág. 158); 2) la expansión en la legislación civil de los principios e instituciones jurídico-mercantiles, que continuará a través del siglo XIX motivando la "comercialización del Derecho civil"; 3) lo cual produce, a su vez, la "retracción del Derecho civil", fenómeno que significa para Rubio el "traspaso al llamado Derecho mercantil de un número cada vez mayor de relaciones antes sometidas al común" (páginas 161-162); 4) de todo lo cual concluye el Profesor Rubio "... resulta con suficiente claridad que Derecho civil y Derecho mercantil no están ni han estado históricamente concebidos y dispuestos para regular zonas distintas —ni subjetiva ni objetivamente determinables— del tráfico económico" (página 163), porque el Derecho de obligaciones y de dominio sobre los bienes muebles ha constituido parcela común de ambos ordenamientos, aunque cada vez más invadido por el mercantil. El desplazamiento de las instituciones civiles por las mercantiles elimina la tradicional oposición entre ambas y vendrá a consagrarse un Derecho mercantil del tráfico que sea parte del Derecho civil, quizás al igual que lo son un Derecho de familia o un Derecho hipotecario (páginas 165-166).

Brillantes son las páginas dedicadas a la "crisis del Derecho mercantil tradicional" (págs. 167 a 182), como consecuencia de la crisis de la concepción liberal e individualista sobre las que se asentó el Derecho mercantil capitalista, lo que le permite analizar el Derecho económico del intervencionismo público sobre la concepción privada tradicional del Derecho mercantil. En una

obra tan completa, en la que, además, se examinan con gran minuciosidad estas cuestiones, quizá hubiera sido de desear un tratamiento o, al menos, una exposición —cuya ausencia se nota— de la reciente tendencia hacia una mayor “privatización” del tráfico económico impuesto por la ideología “neocapitalista” vigente, en general, en el Occidente europeo y muy especialmente de poderosas repercusiones sobre nuestro Derecho. Quiere decirse con ello que el Derecho económico que se inicia con la ideología del “período de entre-guerras”, que es el que el autor contempla, ha dado inequívocamente un poderoso salto atrás a consecuencia de la ideología “neo-liberal”, cuyo significado y efectos no cabe desconocer en una obra moderna o, simplemente, actual.

En el capítulo IV de la primera parte de la obra (págs. 197 a 240) sintetiza el Profesor Rubio sus conclusiones sobre la naturaleza y el contenido del Derecho mercantil. Después de la evolución minuciosamente expuesta, comienza por afirmar que “el Derecho mercantil no es sino el conjunto —el nuevo sistema— de normas nacidas de la mentalidad y de la economía de las ciudades y adecuado a su desarrollo a través del proceso del capitalismo. Capitalismo inicialmente comercial y financiero, más tarde industrial, que va inspirando y sustituye en la zona del Derecho patrimonial, en la disciplina de las relaciones económicas mobiliarias, al viejo Derecho común de origen romano-germánico”. El capitalismo al actuar sobre el sector del tráfico económico determinó el nacimiento de normas que por su origen y desarrollo al margen de los ordenamientos privados tradicionales, se mantienen fuera del Derecho común. La codificación decimonónica mantiene la dualidad de Códigos civiles y mercantiles sin justificación suficiente, sino por razones adjetivas (pág. 208), a pesar de que la “comercialización del Derecho civil se había producido *mucho antes* de la codificación general de comienzos del siglo XIX”. Por ello mismo, postula como producida “de facto”, ya en la época de la codificación, la unidad del Derecho privado, y postula razonadamente que “el Derecho mercantil supone, pues, una parte del Derecho civil, un sector fundamental del gran capítulo de aquel destinado a regular la vida económica”. Derecho especial y a la vez Derecho excepcional. Por lo cual propone una distribución de las instituciones mercantiles dentro del Derecho civil —como en éste ocurre con el Derecho de familia o hipotecario— atendiendo a su objeto (p. ej., Derecho de sociedades, de seguros, de títulos valores, a lo que podríamos añadir del Estatuto del empresario, del Derecho de la competencia, de transportes, bancario, etc.). En conclusión, el Derecho mercantil moderno es una parte del Derecho civil igualmente moderno.

Para demostrar la virtualidad de su tesis unificadora, Rubio analiza el sistema anglosajón, el Código suizo de las obligaciones, el Código civil italiano y las posiciones de la doctrina española en torno a la unificación del Derecho privado de las obligaciones, reconociendo, esto no obstante, las dificultades que han de superarse para consagrar la unificación del Derecho patrimonial privado (pág. 231). Y todo ello porque las especialidades del Derecho mercantil no han surgido “ratione commerci”, ni se han contenido dentro de su tráfico particular, sino que, por el contrario, han ido aplicándose rápidamente al sector entero de relaciones jurídico-patrimoniales de obligación y de disposición sobre los bienes, que el Derecho civil debe volver a regular unitariamente para disciplinarlas, no con arreglo a *unas pretendidas singularidades mercantiles*,

sino con carácter general y sobre fundamentos de equidad (pág. 235). Preocupación ésta altamente loable, que le conduce a afirmar que la unificación del Derecho de obligaciones no constituye simplemente el resultado de la generalización del Derecho mercantil de obligaciones, sino un medio hacia un ordenamiento más equitativo (pág. 237). En conclusión, para el Profesor Rubio debe abordarse la unificación del Derecho privado, dentro del cual el Derecho mercantil sería una parte del Derecho civil; y, a su vez, dentro de aquél las instituciones mercantiles se distribuirían por materias (cita: Derecho de sociedades, de seguros, de compraventa, bancario, bursátil, los *principios generales especiales* de alguna de aquellas relaciones e instituciones, evitando así el predominio de “intereses de grupo” y de “los intereses de clases” y las excepciones intolerables para el régimen de las transacciones generales) (páginas 238-240).

Por todo ello, y para evitar injusticias de clase (que parece deben perdurar si se mantiene una dualidad de Códigos), postula el Profesor Rubio la promulgación de un “Código único de Derecho privado, *sin perjuicio de la posibilidad de Leyes especiales* cuando una materia caracterizada lo exija. Porque del mismo modo que, como tantas veces se repite, la unidad formal no lleva necesariamente en sí la unidad sustancial, tampoco la variedad legislativa la impide. Y es esta unidad sustancial —acaba afirmando— la que en definitiva importa” (pág. 240).

La obra del Profesor Rubio aborda el estudio de otras cuestiones de gran complejidad e interés, en las que resalta la profundidad de su análisis. Estas —en las que no podemos detenernos— son: Derecho aéreo y Derecho marítimo (págs. 231 a 257), metodología jurídico-mercantil (págs. 258 a 270) y el resumen histórico de las fuentes y de la literatura mercantiles (págs. 273 a 415). De estas últimas resalta de la aportación del Profesor Rubio su afirmación de que las reglamentaciones de mercaderes fueron prontamente absorbidas por los estatutos de las ciudades medievales, circunstancia que le induce a manifestar reservas a cierta afirmación de la doctrina que postula el carácter estrictamente profesional de las normas “mercantiles” de la época. Con la aparición de los Estados nacionales, éstos —en líneas generales— se limitan a recoger y a sancionar las normas y reglas anteriores, buena muestra de lo cual son las Ordenanzas de Luis XIV, en las que “por primera vez aparece sistemáticamente agrupado y con valor nacional el *derecho de los mercaderes*” (página 287). Basta analizar el contenido de las fuentes europeas de la época —minuciosamente descrito por el autor (págs. 287 y ss.)— para comprender lo que de *ordenamiento predominantemente profesional y subjetivo* tuvo el llamado “Derecho mercantil” de la época. Véase, por ejemplo, el contenido de la Nueva y Novísima Recopilación” (“contienen una serie de autos y leyes dirigidas a los comerciantes y a su tráfico”, dice el autor en la pág. 289); o cuando al referirse el Profesor Rubio a las “Ordenanzas de Bilbao” de 1737 afirma que es obra de los “mercaderes bilbainos” y que contienen la “preceptiva, de carácter general, y comprende tanto el *comercio terrestre* como el *marítimo*” (pág. 295). La codificación consagra la especialización del Derecho mercantil al recoger el Derecho anterior contenido en las “ordenanzas” de Luis XIV, y culmina la determinación objetiva de la materia de comercio, aunque *sin producir una súbita sustitución del Derecho de los comerciantes*

por el Derecho de los actos de comercio (págs. 323-324). La influencia francesa es de capital influencia sobre los Códigos españoles, entre los cuales el de 1885 se propone fundamentalmente "liberar" definitivamente al Derecho mercantil del civil (pág. 331).

De indudable interés son las páginas (395 a 417) que dedica el Profesor Rubio al estudio de las fuentes del Derecho mercantil en relación con las que son propias del Derecho civil, con el propósito de averiguar cuál es el verdadero sentido y el alcance de la jerarquía de las primeras (Código de comercio y usos mercantiles) según el artículo 2.º del Código de comercio, así como el fundamento del llamamiento que hace este precepto a las reglas de Derecho común. En esta parte de la obra se abordan cuestiones de tanto interés como las siguientes: Ley mercantil y Ley común; razón y consecuencia de la primacía de los usos mercantiles sobre la Ley común; la aplicación analógica de la Ley mercantil; requisitos del uso de comercio para ser considerado como fuente del Derecho; valor del Derecho común como ordenamiento aplicable a la materia mercantil. Al examinar las fuentes incide resueltamente el autor en la actitud que niega (por razones éticas y políticas) el carácter de fuente del Derecho a las condiciones generales, cuya asimilación a los usos de comercio no comparte, a menos que la "cláusula" que contiene la condición general, propuesta unilateralmente por el empresario, sea repetida y aceptada hasta lograr conciencia y naturaleza de uso (págs. 410 y 414).

La cuarta parte de la obra se dirige a formular un minucioso análisis de la empresa. Parece partir el Profesor Rubio de que si bien existe una gran variedad de conceptos económicos de empresa, esto no obstante, su unidad en sentido económico le viene dada por la realidad misma del fenómeno y por la unidad del destino económico que reúne y coordina a sus elementos integrantes (pág. 453), razón por la cual puede obtenerse, al menos en principio, una formulación genérica de su concepto que sea válida para el Derecho (página 452). O sea, que puede obtenerse un concepto jurídico unitario de la empresa. En su opinión, los elementos integrantes de la empresa son: el elemento humano, un conjunto de bienes, su organización y un aspecto finalista (páginas 454-455). Desde este punto de partida inicia el Profesor Rubio el análisis de la teoría jurídica de la empresa, y dentro de ella de las distintas teorías formuladas para comprender su naturaleza jurídica: la empresa como sujeto de Derecho; como persona jurídica; la tendencia hacia la "personalización" de la empresa; como patrimonio autónomo y como conjunto de actividades y de bienes.

Elemento igualmente cardinal es el empresario. Pues bien: después de analizar las notas típicas que los economistas suelen resaltar como características para él (la dirección y el riesgo de la empresa) y de partir del dominante concepto jurídico de empresario, se preocupa de afirmar que aquellas notas suelen faltar en muchos casos para el empresario en su dimensión jurídica (p. ej., el poder de dirección en el menor comerciante o en las grandes sociedades anónimas, o el riesgo en el empresario oculto). No obstante lo cual, resalta acertadamente que el empresario es la persona individual o colectiva en cuyo nombre se ejerce la empresa (pág. 482). Pasa seguidamente el Profesor Rubio al análisis de la "empresa como establecimiento", es decir, el conjunto de cosas, servicios y relaciones de hecho de que el empresario se vale

para la producción de bienes y servicios con destino al mercado (pág. 497 y ss.). La empresa como "objeto de Derecho", acepción que ha sido objeto de múltiples teorías que el autor analiza: doctrinas que acentúan el elemento material (la empresa como "universitas", teorías atomistas); o el elemento inmaterial (teoría francesa del "fonds de commerce", teoría de la organización); todo lo cual se proyecta sobre las construcciones de la doctrina, el Derecho y la jurisprudencia españolas.

Finalmente nos llega la posición personal del Profesor Rubio sobre lo que es la empresa en el Derecho positivo español, porque, como el mismo afirma, su concepto no puede fijarse de un modo "doctrinal o abstracto", sino ser deducido ante todo del Derecho positivo (pág. 527). Pues bien: aunque pensamos que desde esta perspectiva, desgraciadamente, pocas luces podremos obtener, entiende Rubio que la empresa es una cosa o un objeto unitario de derecho, sobre cuyos elementos el empresario no posee un derecho de propiedad, sino una situación jurídica de disponibilidad. Mas lo que constituye el objeto propio no de la titularidad, sino de la propiedad exclusiva y absoluta del empresario, es la organización de la empresa; la organización entendida como conjunto objetivo de elementos coordinados para un fin productivo. La empresa es un bien en sí, resultado de la actividad organizadora del empresario. Organización que no identifica con la "idea organizadora" más o menos realizada, sino con "la organización ya llevada a cabo o reflejada en la disposición concreta de los elementos que en cada caso la componen". Por ello mismo, la empresa es un bien inmaterial, producto de la inteligencia organizadora del empresario, sobre el cual adquiere éste un verdadero derecho de propiedad.

La quinta parte de la obra (págs. 541 a 612) contiene un análisis profundo y exegético sobre el comerciante individual, cuya inclusión en la obra nos hace concebir la esperanza de que el Profesor Rubio habrá de continuarla hasta elaborar un tratamiento completo y sistemático de todo el contenido de la disciplina, lo cual, sin duda alguna, habrá de enriquecer de modo altamente estimable nuestra bibliografía mercantil, o como quizás sería más adecuado decir, según la concepción del autor, enriquecería nuestra bibliografía civil. Pues bien: si en esta parte muchas son las aportaciones estimables del Profesor Rubio, resalta la exégesis del artículo 1º del Código de Comercio, para destacar de ella que lo que define al comerciante no es la repetición de actos de comercio, sino el ejercicio del comercio en su acepción "socio-económica". Pero por ello mismo se ve obligado a reconocer que el proceso de expansión del Derecho mercantil califica de "comerciante" a ciertas personas, no por la naturaleza de la actividad, "sino por la de su modo de manifestarla, por la estructura de su organización, encaminada a producir bienes o servicios para el mercado" (págs. 549-550). Razón por la cual entiende que es necesario formular el concepto de empresario "comerciante" por exclusión. Por ello concluye que serán, en principio, comerciantes todos los titulares individuales de un establecimiento (empresa), con excepción de los empresarios agrícolas (afirmación ésta excesivamente rotunda y absoluta, que quizás no atienda suficientemente a una perspectiva de "lege ferenda", máxime a medida que el espíritu capitalista ha penetrado en ellos), de los artesanos (cuyo "estatuto", aprobado por Decreto de 28-II-1968, quizás le hubiera aclarado alguna duda); de los que ejercen profesiones liberales, y de ciertas formas de organización de las

empresas públicas. La habitualidad o profesionalidad y el ejercicio del comercio en nombre propio, requisitos para obtener la condición de comerciante, son tratados con igual profundidad y maestría, así como los relativos a la capacidad y a la habitualidad para el ejercicio del comercio (págs. 563 a 578).

Ya en la última parte del libro destacan poderosamente la atención las páginas (579 a 605), dedicadas por el Profesor Rubio al ejercicio del comercio por mujer casada, y, de entre ellas, las que, amplia y cuidadosamente fundamentadas, destina a demostrar que la autorización marital para el ejercicio del comercio puede ser sustituida por la autorización judicial, en virtud del mandato contenido en la Ley de 22 de julio de 1961. De la exégesis de esta Ley concluye el Profesor Rubio que si después de su promulgación continúan vigente los artículos 6 al 12 del Código de Comercio para los respectivos supuestos en ellos previstos, esto no obstante, cuando el marido niegue o revoque a su mujer la autorización para comerciar, incidiendo en mala fe o en abuso de derecho, podrá ésta solicitar del Juez la declaración de ineficacia prevista en la Ley de 1961. Si es ésta declarada, la mujer puede ejercer el comercio, si bien bajo los efectos patrimoniales previstos en el artículo 12 del Código de Comercio.

Esta apretada síntesis del contenido de la obra del Profesor Rubio no puede —ni pretende— dar al lector más que una idea muy somera de las innumerables cuestiones que en ella se abordan con profundidad. En algún caso, incluso, no me hubiera atrevido a intentar sintetizar la concepción del autor en pocas líneas, porque ello siempre es difícil y poco demostrativo de tan denso y profundo contenido, si no hubiera sido por la satisfacción de poder anunciar a los lectores del "Anuario" una excelente obra, como, por lo demás, suelen ser todas las del Profesor Rubio.

II

Pero por ello mismo no quiero cerrar esta ya larga nota sobre la "Introducción al Derecho mercantil" del Profesor Rubio sin, modesta y respetuosamente, formular ciertas *precisiones* que son, por lo demás, frecuentes entre colegas y juristas.

La primera se refiere al carácter "crítico" de la obra del Profesor Rubio. Pero entiéndase bien, no es que no sea loable, y aun deseable, que los juristas recojan y critiquen los unos las posiciones dogmáticas o exegéticas de los otros. Más bien ello es consustancial a la tarea del jurista honesto, hace progresar la Ciencia del Derecho, añade cierto "atractivo" a nuestra tarea, y, por todo ello, yo mismo lo he aprendido y practicado dentro de una escuela a la que me honro en pertenecer. Pero lo que no es tan habitual entre nuestros juristas es, por el contrario, acompañar o hacer preceder a las críticas científicas, dogmáticas o exegéticas, juicios personales subjetivos acerca de las *intenciones, prejuicios o temores* que han conducido a uno o a varios autores a defender o a postular una teoría o una actitud intelectual concreta, distintas o diversas del ánimo de buscar la solución correcta a un problema o cuestión determinada.

Por ello extraña el tono polémico de la obra cuando para explicar las "desviaciones" sufridas a juicio del autor por otras doctrinas, recurre a la

imputación de motivaciones subjetivas distintas del ánimo de búsqueda de la verdad, que ha de ser la guía de toda investigación científica.

En este sentido no podemos compartir algunas afirmaciones de Rubio como las siguientes:

1) Cuando atribuye a un sector de la doctrina el *deseo de buscar una salida a la doctrina de la empresa* (pág. 125), acudiendo a criterios objetivos que superen la insuficiencia de los puramente formales. Este "deseo" —por las palabras del autor— pudiera parecer un simple intento de salvar lo insalvable mediante construcciones artificiosas, lo que realmente no puede imputarse a las tesis criticadas. De otra parte, esta actitud criticada parece ser compartida por el propio Profesor Rubio, cuando en unas páginas anteriores reconoce que la expansión del Derecho mercantil permite calificar como comerciante a sujetos no por la naturaleza de la actividad, "sino por la de su *modo de manifestarse*, por la *estructura de su organización* encaminada a producir bienes o servicios para el mercado" (pág. 549). O sea, por los mismos criterios que apuntaran Wieland y Mossa y que el Profesor Rubio critica (pág. 112).

2) Cuando después de exponer las razones por las que no puede compartir la construcción de un eminentemente mercantilista y con el fin de criticar ciertas posiciones dogmáticas, afirma textualmente: "Pero tampoco es lícito cortar el problema de la determinación del Derecho mercantil *escamoteando la investigación* del ordenamiento positivo, del Derecho histórico y vigente, nacional y comparado, sustituyéndolo por una *nueva realidad científica*" (pág. 127).

En relación con ese pretendido ilícito escamoteo, Rubio acusa de apriorística y de cómoda la postura de algunos insignes mercantilistas con estas frases: "Precisamente por tratarse de una realidad histórica es por lo que debe tratarse *no apriorísticamente como tantas veces suelen hacer los que a pesar de ello no vacilan en proclamar su historicidad, sino históricamente*" (pág. 130.)

Y poco más adelante añade: "Porque cuando en ocasiones se habla de que el Derecho mercantil es un producto histórico y que sólo históricamente puede adquirirse su concepto, parece que con ello se excusa cualquier otra precisión. Ya que como tal producto histórico se considera contingente e inaprensible" (pág. 131).

3) Cuando al analizar la dicotomía "jus comune-jus singulare" propia del Derecho romano, afirma el autor que en este último término "*hubieran cobijado gustosos* nuestros modernos mercantilistas un especial Derecho mercantil" (pág. 133). Es claro, aparecen así los modernos mercantilistas movidos por una simple cuestión de gusto o deseo, ausente de toda objetividad científica.

4) Cuando al referirse a las críticas que la doctrina española formuló a la tesis del Profesor Rubio, que postulaba la identificación entre el Derecho mercantil y el espíritu capitalista (sin duda, uno de los aspectos más relevantes de su obra), afirma que tanto aquellas críticas como la oposición a su tesis fueron motivadas: "casi me atrevería a decir" (y lo dice) por *repugnancia*, y en concreto —según afirma literalmente— por el "*desagrado* que produce a muchos cultivadores de nuestra disciplina el pensamiento de que ésta se relacione con algo hoy tan desacreditado —cierto que mucho más en la *teoría* que en la *práctica*— como el régimen, los métodos o el *espíritu capitalistas*" (página 201); y añade, además, que la no aceptación de su tesis se debe

—según sospecha el autor— a la *mala prensa*, que hoy soporta unánimemente (en la teoría, claro está, pero no en la práctica, pienso yo), el capitalismo (página 202). Por todo ello se afirma literalmente que: “se quiere defender a nuestra rama (al Derecho mercantil, sin duda, por algunos de sus cultivadores, supongo) de tal reprobables adherencias con argumentos de *jurista práctico*” (páginas 202-203).

Parece que quienes no comparten la tesis del Profesor Rubio (o sea, los Profesores Garrigues y De Castro) lo hacen por “repugnancia”, por “desagrado” a sentirse identificados con algo “desacreditado”, por la “mala prensa” y, en consecuencia, se defiende la no identificación con argumentos de “jurista práctico”.

5) Cuando al referirse el Profesor Rubio a mi investigación propia y a los resultados a que conduce (aceptables o no, ¡por supuesto!) afirma literalmente: “Pero acaso al *advertir* que el Derecho mercantil se resuelve de esta suerte en un esquema profesional más, desapareciendo su entidad respecto al Derecho civil y su “autonomía” (sic)..., estima que junto al *status* del comerciante subsiste... en definitiva y más o menos abiertamente...”

Puedo asegurar al autor que los resultados de mi investigación no han estado nunca condicionados por la “advertencia” de evitar lo no querido, ni por el deseo de conseguir algo distinto de lo que resultase de la propia línea de investigación científica. No puedo por ello menos que recordarle aquí el temor que siente el Profesor Rubio (en otro lugar de su obra) cuando al intentar exponer las críticas que le formularon los Profesores De Castro y Garrigues, dice que siente una especial preocupación al recoger y compendiar las objeciones que le han sido formuladas, porque “es bien notorio el riesgo de desvirtuarlas, *incluso inconscientemente*, para facilitar su respuesta”.

6) Cuando al criticar las tesis del Profesor Girón Tena y después de afirmar que éste parte de un error histórico, dice Rubio textualmente: “El Derecho mercantil no ha sido nunca íntegramente —si esta afirmación *parece excesivamente radical* diré *casi nunca*— Derecho excepcional de los comerciantes. No se les ha aplicado fuera de su profesión y, en cambio, se ha extendido rápida y progresivamente, mucho antes del siglo xix, a quienes formando parte de cualquier sector social se ocupaban de mercancía” (pág. 98).

Estas palabras nos sugieren varias observaciones: o el Derecho mercantil ha sido o no ha sido Derecho excepcional; pero en una cuidada investigación histórica, como pretende ser la del Profesor Rubio, no puede decirse que no lo ha sido *casi nunca* para no *parecer excesivamente “radical”*; y si lo ha sido, ¿desde cuándo y hasta cuándo? Porque si no se demuestra lo contrario, no puede afirmarse que “los puntos históricos de partida (del Profesor Girón) no son totalmente exactos”, cuando, si no recuerdo mal, además, el Profesor Girón Tena no ha afirmado nunca que el Derecho mercantil regulara íntegramente lo que hoy denominaríamos “vida y actividad privada del comerciante”.

7) Igualmente, cuando polemizando con el Profesor Girón Tena, en torno a la consideración del Derecho mercantil como rama jurídica, afirma: “Volvemos aquí a encontrarnos con la *confusión* entre la concepción general del Derecho y de la naturaleza de sus normas como tal Derecho y la delimitación de un sector del ordenamiento positivo, producto histórico que se manifiesta y desarrolla por muy distintos motivos a los de su mejor análisis. Girón ofrece

aquí un *optimismo científico apriorístico* (sic) muy difícil de compartir". Para añadir a continuación el Profesor Rubio que "el Derecho del trabajo no se ha producido para que los laboralistas pudieran estudiarlo con más cuidado y exponerlo sistemáticamente en sus obras, sino por una serie de acontecimientos políticos, sociales y hasta bélicos, muy diferentes. Y, con toda la atención que a posteriori puede ponerse para su deslinde objetivo y su tratamiento y aplicación, no parece difícil convenir en que, antes de nada, el Derecho moderno del trabajo es *derecho del socialismo*" (pág. 182, nota 73).

Es evidente la discrepancia del Profesor Rubio con respecto al Profesor Girón. En relación con ella hay que observar que una cosa es que un Derecho especial surja como consecuencia de la aparición de ciertos fenómenos socio-económicos e ideológicos, y otra muy distinta el que toda la doctrina, al delimitar las ramas del Derecho, utilice determinados criterios dogmáticos, necesarios para el buen orden de su trabajo. No se trata de *optimismo científico apriorístico*, sino de simple dogmática jurídica. Tanto en los países socialistas como en los capitalistas, la doctrina y la legislación respetan la división del ordenamiento en distintas ramas: Derecho del trabajo, Derecho tributario, Derecho administrativo, Derecho civil, etc. Conocida es la polémica entre los juristas del bloque socialista sobre la conceptualización dogmática y sistemática del llamado "Derecho Económico" (V. Svoboda, Karel: "La notion du droit économique", Université de Nancy, 1966).

Por otro lado, situándonos en la perspectiva que parece adoptar el Profesor Rubio, creemos que hablar del *Derecho moderno del trabajo* de los países capitalistas como *derecho del socialismo* es actualmente un verdadero sarcasmo. El Derecho del trabajo, como disciplina, organiza y estudia la normativa de los fenómenos sociales surgidos alrededor del trabajo por cuenta ajena, tanto en el sistema capitalista como en el socialista. Pero, naturalmente, en cada uno de ellos el espíritu y los intereses últimos que protege son muy distintos, aun cuando Rubio conceda, cosa frecuente entre nosotros, que cada uno entienda el término "socialismo" según el matiz y las precisiones adjetivadoras que juzgue más adecuados (*loc. cit.*). Porque difícilmente podría llegarse a la conclusión de que el Ministerio de Trabajo de los respectivos Gobiernos capitalistas por sus competencias se dedica, forzosamente, a hacer "socialismo".

III

La segunda observación se refiere a la crítica que formula el Profesor Rubio a la doctrina de los actos en masa postulada por Heck. Cuestión no académica ni simplemente dogmática, sino, por el contrario, crucial para la comprensión de la dicotomía entre Código civil y Código de comercio, para la generalización de las instituciones mercantiles e, incluso, para aprehender el verdadero sentido de la futura unificación legislativa del Derecho de obligaciones. Pues bien, afirma el Profesor Rubio que la "repetición de negocios de compraventa, de comisión, de transporte, cualesquiera que sean su significación económica y sus resonancias jurídico-públicas, no han alterado sustancialmente ni las propiedades ni la disciplina *privada* de la relación".

Me asalta la duda de si esta afirmación es o no exacta a la luz de nuestro

Derecho positivo. Porque ¿acaso no se explican las especialidades del régimen jurídico de los contratos mercantiles frente a los civiles por el hecho de que los primeros son estipulados profesionalmente, o sea, en serie o en masa? ¿Cómo pueden, si no es por ello, explicarse, entre otras, las especialidades del régimen mercantil para la compraventa de esta naturaleza contenidas, por ejemplo, en los artículos 327, 336 y 342 del Código de comercio? ¿No será por la repetición profesional, o sea, en serie, de contratos de comisión por lo que aparecen en el Código de comercio los artículos 248 ó 255? ¿Puede realmente afirmarse que la repetición en serie de un mismo negocio jurídico, o sea, su uso habitual o profesional, no hace aparecer ciertas exigencias que alteran o modifican, más o menos profundamente, la disciplina privada mercantil de la relación frente a la civil? ¿Por qué propusieron los legisladores decimonónicos una regulación doble (civil y mercantil) para un mismo contrato, según que fuera acto aislado y esporádico para ambas partes, y otra diversa plagada de especialidades para cuando, al menos, una de sus partes se sirviera del contrato para desarrollar su actividad profesional?

IV

La tercera observación hace referencia a la profunda preocupación que al Profesor Rubio causa la mercantilidad, o sea, la naturaleza mercantil, de los actos mixtos. Preocupación que, procedente de un sector de la doctrina alemana anterior al HGB, llega a Vivante y a otros juristas clásicos y reitera el Profesor Rubio en gran número de páginas (p. ej., véanse las 63, 116, 119, 217, 235, 239 y 370). El pensamiento del autor quizás pueda sintetizarse diciendo—como lo hicieron algunos de nuestros clásicos—que es injusto aplicar un derecho creado por los comerciantes o por las empresas en su beneficio a quienes sin haber participado en su creación ni poseer aquel “status” se relacionan con ellos. Opina, por ello, que los actos mixtos deben ser reputados civiles y, por ende, quedar sometidos al Derecho civil y no al Derecho mercantil.

Pues bien, esta afirmación puede ser analizada desde una doble perspectiva: de “*lege data*” y de “*lege ferenda*” (el autor no nos aclara desde cuál de ambas se coloca).

Desde la primera, no parecen fundadas las preocupaciones del autor, dado que los contratos “mixtos” regulados en nuestro Código de comercio son mercantiles (quizás con la excepción de la compraventa), unas veces, por la simple presencia de un comerciante en una de las partes, y otras, por su destino o incardinación en el comercio, aunque, por supuesto, la otra parte no lo sea (*cfr.* arts. 239, 244, 303, 313, 349, 380 C. de C.). Piénsese, además, que en el sistema del artículo 2.º del Código de comercio los actos de comercio regulados en el Código y los de naturaleza “análoga” se someterán al Derecho especial mercantil, aunque no sea comerciante ninguna de sus partes, por lo cual serán mercantiles; o sea, al menos, no dejarán de serlo los actos “mixtos” por el hecho de que sólo sea comerciante una de sus partes.

Si, por el contrario, como parece, los escrúpulos del autor se proyectan, como puede presumirse, de “*lege ferenda*”, entonces la cuestión se complica aun más. Porque en su día, es decir, cuando se aborde la reforma legislativa

de nuestro Derecho privado, tales actos mixtos serán de naturaleza civil (como postula el Profesor Rubio), con lo cual, ya fuera del Derecho mercantil, no les serán de aplicación sus "egoístas" prescripciones en favor de la empresa, o, por el contrario, los contratos "mixtos" mediante cuya estipulación los empresarios mercantiles explotarán su actividad económica, se reputarán mercantiles y quedarán bajo el imperio de las empresas y de sus intereses, según la concepción y los temores del autor.

Pues bien, tanto en uno como en otro caso, y desde la perspectiva de "lege ferenda" que parece adoptar el autor, debemos formular algunas objeciones. Porque si, como él postula, se unifica el Derecho privado de obligaciones y, por ende, todos los contratos (mixtos o no) son civiles, no parece que por su simple "civilización" (valga la expresión) vayan a desaparecer las posibles injusticias, ya que, verosímilmente, en tal unificación prevalecerán las especialidades de régimen jurídico mercantiles, como ha ocurrido en otras legislaciones. ¡Para evitar este predominio, si se quiere ser consecuente con tales "temores", quizás debería predicarse una especie de "escalada" para controlar el poder legislativo, con el fin de asegurar que en la futura codificación no prevalecerán los egoísmos empresariales, cuyo poderío e influencia en los medios legislativos es evidente y sobradamente conocido en los sistemas capitalistas!

Pero es que, además, cuando el Derecho mercantil ya no es de formación autónoma, sino legislativa, deben perder rotundidad aquellos temores, al menos de "lege ferenda", o, quizás, ser trasladados de la creación directa de los empresarios hacia los órganos legislativos, al ser en éstos en los que los temores o los abusos normativos —si es que responden a la realidad— se han de generar, tanto si tales actos mixtos se califican de civiles como de mercantiles. Tampoco debe olvidarse en este sentido, para matizar tales temores, que en las más modernas Leyes europeas reguladoras de actos mixtos (p. ej., de transportes y de seguros) se establecen normas específicas de tutela en favor de quienes, sin serlo, contratan con los empresarios. Tendencia que es indispensable seguir en la futura regulación normativa de los "actos mixtos", tanto si estos se consideran mercantiles como civiles. Finalmente, parece que poco tienen que ver los abusos que con ocasión de los actos mixtos puedan suscitar las condiciones generales de la contratación impuestas por los grandes empresarios, porque aquéllos no han de desaparecer simplemente con declararlos civiles, sino mediante una enérgica y "social" previsión legislativa, que es igualmente necesaria tanto si en el futuro tales actos "mixtos" se reputan civiles como mercantiles.

En suma, no creo que los temores que siente el Profesor Rubio por la mercantilidad de tales actos se resuelvan simplemente declarando su naturaleza civil, como tampoco creo que deban necesariamente producirse injustos abusos si se admite o postula, en el futuro, claro está, su naturaleza mercantil. Todo dependerá de los intereses que predominen en el órgano legislativo que deba regularlos.

V

La cuarta afirmación se refiere a la relación existente entre empresa y empresario, considerados como elementos (no sólo como criterios) determinantes de lo que podemos continuar denominando (aunque sólo fuere "convencional-

mente") "materia mercantil". Vamos a intentar, aunque conscientes de la dificultad, sintetizar el pensamiento del Profesor Rubio, expuesto y disperso en multitud de páginas de su obra, señalando desde ahora que lamentaríamos profundamente incurrir en erróneas apreciaciones. Para evitarlo hemos esforzado al máximo nuestro estudio de la obra. Hemos huido de toda superficial consulta, cosa conveniente para comprender y para criticar.

Comienza el autor por decirnos que el Derecho mercantil no es ni puede ser el Derecho de las empresas, aunque el Derecho que intente ser ordenamiento eficaz y activo del tráfico "tiene que contar con la empresa como elemento nuclear" (pág. 121). No obstante lo cual, por razones que minuciosamente expresa, la empresa no podrá utilizarse "para acotar un Derecho especial mercantil del futuro" (pág. 123).

Veamos lo que es empresa para el Profesor Rubio. Puede considerarse como tal toda organización (de elementos humanos y de bienes) cuyo "objeto es el de atender a la producción, al cambio o a la circulación de bienes y servicios" (pág. 455). Mas como el concepto no "puede fijarse de un modo doctrinal o abstracto, sino ser deducido ante todo el Derecho positivo" (pág. 527), a la luz de él se concluye que la empresa es un objeto unitario de Derecho (página 529), resultado de la actividad organizadora del empresario y, por ende, "un bien en sí" (pág. 531). Lo que le conduce a asimilarlo a la categoría que la Ciencia del Derecho denomina dogmáticamente "bien inmaterial" (página 536). Bien inmaterial que puede identificarse con el *establecimiento mercantil o industrial principal* (págs. 527 y 538), cuya titularidad y disponibilidad corresponde al empresario (pág. 499), y que, a su vez, no puede identificarse con la actividad de éste (pág. 488 y ss.). La empresa presupone o tiene que referirse necesariamente a un titular: al empresario.

Analicemos ahora las relaciones existentes entre empresario y empresa, en la parte no meramente exegética, sino constructiva, elaborada por el Profesor Rubio. Pues bien, empresario es "aquella persona individual o colectiva en cuyo nombre se ejerce la empresa" (pág. 482), o sea, el sujeto de la actividad económica realizada por medio de una empresa. Si ello es así, ¿qué empresarios pueden ser calificados de "mercantiles" o son "comerciantes"? ¿Todos los que realizan una actividad de la naturaleza anteriormente descrita por medio de una empresa? ¿O existen sujetos que, realizándola, no adquieren tal condición o "status"? Veamos la respuesta. De "lege data" lo serán todos aquellos que ejerzan una actividad considerada *usualmente, socialmente*, como mercantil. Luego la naturaleza mercantil de la actividad es relevante para conferir la mercantilidad al sujeto que la realiza, con lo cual se incurre en la tautología que el Profesor Rubio denuncia en otros autores, al considerar empresarios mercantiles a los que realizan una actividad... "mercantil". Pero es que, además, el Profesor Rubio se ve obligado a reconocer la virtualidad de un fenómeno y de unos criterios determinantes de la mercantilidad de los empresarios, que reiteradamente ha negado y criticado cuando a ellos recurren otros autores (v. supra). Estos son:

1) La mercantilidad de ciertos sujetos, es decir, que éstos sean o no comerciantes, depende, según el Profesor Rubio, "del modo de manifestarse su actividad" y de "la estructura de su organización encaminada a producir bienes o servicios para el mercado". Luego se admite que la *estructura* y el *modo de*

manifestarse la actividad son circunstancias capaces de atribuir la mercantilidad a sus sujetos agentes.

2) Se afirma, además, que la "actividad empresaria (sic) como tal ha ido sometiéndose cala vez en más amplios sectores al Derecho privado del comercio". O sea, que la actividad económica realizada por medio de una empresa ha ido integrándose en el sector de la materia mercantil, y por ello mismo ha ido convirtiéndose en elemento atribuyente de la condición de empresario mercantil al sujeto que la realizaba. De donde se desprende que la empresa y su actividad, de alguna manera, son elementos de la realidad social sometida al Derecho mercantil. Conclusiones éstas que, al ser anteriormente formuladas por otros autores, son *agudamente* criticadas por el Profesor Rubio (v. páginas 113-114).

3) Pero es que además se afirma que la relación "imprecisa pero creciente entre la *empresa como mecanismo esencial del capitalismo* y el instrumental jurídico de que se sirve, aconseja formular el concepto de empresario *comercial por exclusión*". O sea que, como acabamos de ver, la empresa y su actividad son criterios relevantes para decidir qué empresarios son mercantiles, pero ¡cuidado!, no todos los empresarios que disponiendo de una empresa realizan una actividad económica deben ser mercantiles, porque algunos no lo son a pesar de ello. ¿Quiénes son, pues, incluidos y excluidos en la mercantilidad? Y si son excluidos, ¿cuál es su condición? ¿Habrá, pues, empresarios civiles y mercantiles, y en este caso, en virtud de qué criterios se les atribuye una u otra condición?

Veamos el pensamiento del autor: a) En principio, son "comerciantes todos los titulares de un establecimiento" (empresa en sentido objetivo); o sea, que la titularidad y explotación de empresa es relevante para calificar la mercantilidad del sujeto; o lo que es lo mismo, la empresa posee virtualidad indirecta para calificar la "materia mercantil"; b) Pero esta conclusión no es aplicable ni al empresario agrícola (¿por razones ontológicas?) ni a los artesanos (para cuya comprensión normativa hubiera ayudado al autor consultar el Decreto de 28-II-1968), ni a los profesionales liberales. Luego, en conclusión, la explotación de una empresa sirve para calificar la mercantilidad de su titular, salvo ciertos titulares que no poseen la condición de empresarios mercantiles (¿serán civiles?), con lo que aparecería de nuevo la "dicotomía" civil y mercantil (que el autor niega), porque el legislador les niega explícita o implícitamente esta condición. Por tanto, si los restantes empresarios son mercantiles (al lado de otros que no lo son) sometidos al "status" especial y, en consecuencia, sometidos al Derecho mercantil, ¿por qué se critica a quien llega a las mismas conclusiones, y por el mismo camino, antes que el Profesor Rubio, excluyendo la mercantilidad de los mismos empresarios, pero, además, distinguiendo "de lege data" y "de lege ferenda" las causas de tal exclusión? (v. pág. 114).

VI

La última cuestión, entre otras tantas, que debemos resaltar es la de las relaciones entre Derecho mercantil y Derecho civil. Como es sabido, para el Profesor Rubio el "Derecho mercantil supone, pues, una parte del Derecho civil, un sector fundamental del gran capítulo de aquel destinado a regular la

vida económica". Derecho especial y a la vez excepcional como pueden serlo, el Derecho hipotecario, el de aguas o el de minas (pág. 214). Lo cual le lleva a postular la unidad del Derecho privado, posición que estima más aceptable que *empeñarse* en mantener la tradicional oposición (sic) Derecho mercantil-Derecho civil" (pág. 219). Pero ¿qué queda dentro de la materia que, supongo, continuaremos denominando Derecho mercantil, aunque integrada en el Derecho civil? Un conjunto de instituciones delimitadas por su especialidad, o sea, una distribución de materias basada en el objeto, como el Profesor Rubio admite (págs. 218-219). Instituciones cuya peculiaridad genera la aparición de determinados *principios especiales* más o menos amplios (según el propio autor admite), según la extensión de la problemática a que afecten (pág. 217).

Pues bien, quizá hubiera sido conveniente que el Profesor Rubio hubiera analizado minuciosamente el contenido real y total de la "materia mercantil", con el fin de dilucidar su cohesión interna y poder delimitar el exacto alcance de sus afirmaciones. Así se comprende mejor, al menos para mí, lo que significa postular que el Derecho mercantil es simplemente una parte del Derecho civil, adscripción que no compartimos (¡y no por prurito de "independencia"!, ¡Dios nos libre de ella, cuando partimos de la unidad de los fenómenos sociales!), aunque aceptemos la tesis del Profesor Rubio como una formulación dogmática más.

Analicemos, pues, las instituciones que integran el Derecho mercantil, sea éste o no parte del Derecho civil y se formule o no en el futuro un Código único para el Derecho privado. Pues bien, el propio autor reconoce —aunque críticamente y a efectos dialécticos— que el Derecho mercantil después de sucesivas podas "quedará limitado al estatuto del empresario y, todo lo más, a las relaciones exclusivas entre empresas" (pág. 119). Veamos qué es lo que esto significa. Simplemente *la subsistencia de un sector del Derecho privado que se aplica exclusivamente en consideración a una profunda realidad social*: ciertos sujetos realizan por medio de una empresa una actividad económica, lo cual, por un lado, hace subsistir y, por otro, aparecer instituciones para ellos, que no se aplican ni afectan a los restantes sujetos de Derecho privado. ¿Cuáles son estas instituciones para los empresarios mercantiles? Pueden delimitarse, en nuestra opinión, las siguientes: 1) las relativas al "status" propio y exclusivo del empresario mercantil (llevanza de libros, inscripción en Registros especiales, régimen concursal especial, deber de lealtad en la competencia, prohibición de incidir en prácticas restrictivas o de abuso de dominio, derecho a fijar libremente las condiciones de su actividad o de su competencia económica y derecho a utilizar signos distintivos); 2) por ello mismo aparece o subsiste todo un sector del Derecho (mezcla de privado y de público) regulando minuciosamente las instituciones "especiales" exigidas para el ejercicio de tal actividad económica (Registros exclusivos para los empresarios, auxiliares de su actividad que generan un régimen jurídico especial para la representación que ostentan, un Derecho de la competencia o Derecho industrial con su amplio contenido incluso supranacional, un Tribunal especial para reprimir las restricciones de la competencia por ellos cometidas); 3) los relativos a las formas de organización colectiva para la explotación de aquella actividad (Derecho de sociedades, con su enorme complejidad, difícil de encastrar en las normas civiles y un moderno y progresivo régimen jurídico

para los "grupos de sociedades", imbuido de la preocupación de evitar los abusos que por ellos puedan cometerse; 4) las relativas a los contratos exclusivamente practicados entre empresarios (p. ej., agencia, licencias de varias clases, asistencia técnica, construcción de industrias "llaves en mano", que debilitan la pretendida capacidad organizativa del empresario, etc.).

Pues bien: si todo este sector del Derecho privado, que posee una perfecta cohesión interna, responde a una unidad y se aplica exclusivamente a unos sujetos (los empresarios mercantiles), quiere decirse que es "Derecho civil", al lado del "Derecho hipotecario", del "Derecho de familia y sucesiones" o de los "Derechos reales" (los cuales, fijémonos bien, se aplican a todos los sujetos de Derecho privado), no veo inconvenientes *dogmáticos* en admitirlo, siempre que se reconozca que constituye una parte del Derecho privado, especial o singular, si se quiere, *por razón de la materia*; que se aplica a unos especiales sujetos de Derecho privado que se diferencian de los restantes "ciudadanos" (personas físicas o jurídicas) sometidos al Derecho privado, precisamente por realizar, a diferencia de éstos, una actividad económica en forma profesional, o sea mediante una empresa; que, por ello mismo, quedan sometidos a un profundamente diverso "status" jurídico, del que los demás "ciudadanos" no participan, y, además, que para realizar aquella actividad utilizan o se sirven de contratos especiales no utilizables por los que no participan de aquel "status" especial.

VII

La obra del Profesor Rubio, eminentemente crítica para la doctrina mercantilista española, me sugiere unas últimas observaciones. La primera es de carácter general: en su mayor parte el estudio parece el fruto de una investigación realizada hace bastantes años y posteriormente puesta al día mediante adición de citas, de párrafos y de notas intercaladas. De ahí, posiblemente, procede la causa de algunas de las contradicciones de que adolece la obra. La segunda, se refiere a una cuestión que no deja de producir cierta extrañeza en una investigación jurídica bien cuidada como, en general, lo son las del Profesor Rubio. Su tesis identificando Derecho mercantil y capitalismo se formuló en 1947 y se reitera en esta obra, con su proverbial profundidad y, sin duda, con pretensiones de originalidad. Pero precisamente por ello llama la atención que en las obras del Profesor Rubio en las que dicha tesis se expone no se mencione ni cite la aportación del insigne mercantilista Ascarelli que la postuló, creemos que por primera vez, bastantes años antes que el Profesor Rubio (primero en la R. D. C., 1934, I, pág. 8, y posteriormente en sus "Lezioni", y finalmente en su "Corso di Diritto commerciale"). La tercera observación tiene igualmente relación con la actitud crítica del autor ante la doctrina mercantilista española. Cuando el Profesor Rubio expone las distintas tesis formuladas por ella en torno a lo que es la empresa (bajo la rúbrica "La doctrina española", pág. 550 y ss.), produce también cierta extrañeza que no resalte convenientemente la aportación del Profesor Fernández-Novoa ("Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", R. D. M., 1965, I, pág. 7 y ss.), expuesta con bastante antelación a la propia del Profesor Rubio, máxime si —además de su importancia— resaltándola convenientemente hubiera podido, por una vez, manifestar su coincidencia

con él en puntos esenciales de su propia concepción en torno a lo que es la empresa. Finalmente, produce cierta extrañeza que en una cuidada investigación jurídico-mercantil pueda afirmarse, como lo hace el Profesor Rubio, que las patentes de invención son *signos propios y distintivos de la empresa* (Cfr., pág. 536 de su "Introducción"). Afirmación ésta incomprensible, dada la actual elaboración de la doctrina extranjera e incluso de la española en torno a las patentes de invención.

* * *

Al recensionar en estas páginas la aportación del Profesor Rubio, valiosa, como todas las suyas, y que los estudiosos del Derecho mercantil confiamos en ver pronto extendida a otros sectores de nuestra disciplina, no me ha parecido sincero ocultar tras el elogio que la obra merece las observaciones y aún los reparos que su lectura me ha sugerido, las cuales, naturalmente dentro de los límites de esta reseña, someto gustoso a cualesquiera otros mejor fundados y que tienden a poner también de manifiesto la importancia de la obra.

MANUEL BROSETA PONT
Catedrático de Derecho mercantil
de la Universidad de Valencia

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

CARBONE, Vicenzo: «Il fatto danoso della responsabilità civile». *Pubblicazioni della Facolta giuridica dell'Università di Napoli. XCVII. Casa editrice dott. Eugenio Jovene. Napoli. 1969, 381 págs.*

1. La materia de la indemnización por daños había sido extrañamente desdeñada por los civilistas modernos. Desde hace algún tiempo la situación ha cambiado. La nueva revolución industrial, con su secuela de riesgos y accidentes, con sus industrias, máquinas y materias de creciente peligrosidad, ha colocado en primer lugar de importancia jurídica las cuestiones sobre la responsabilidad por los daños inferidos. Con el resultado reflejo del aumento de la bibliografía sobre el tema y del mayor valor científico de los estudios sobre el mismo publicados (1).

El libro reseñado se distingue y destaca por tratar del hecho dañoso en la responsabilidad civil, como un problema fundamental de la dogmática jurídica. Sus lectores no encontrarán mucha orientación práctica para la solución de los problemas concretos que puedan presentárseles en sus despachos. En cambio, podrán gozar con la altura desde la que se enfocan los problemas y con lo personal de la construcción que se nos propone. Tarea realizada mediante una previa aguda crítica de la doctrina común. Limpieza de viejas creencias jurídicas, basada en los propios e indiscutidos prejuicios. Lo que se nos revela sin ambages, aunque sea incidentalmente. Al referirse a la extensión del derecho a la indemnización de daños y perjuicios, nos dice que ello se hará según «el modo que el intérprete asigna en general a la sanción, esto es, según su concepción de la norma jurídica» (pág. 52).

2. El libro que nos ocupa es importante y denso de doctrina. Partiendo de las disposiciones del Derecho italiano (especialmente, arts. 2.043-2.059 C. c.), estudia las de otros Derechos, recoge, comenta y discute las opiniones de autores italianos y extranjeros; de éstos, particularmente las de alemanes, británicos, norteamericanos y franceses. Lo que se hace examinando también cuestiones laterales, aunque sin que se pierda la línea clara de la construcción defendida.

El requisito de la antijuricidad para la responsabilidad por daño se considera superado (págs. 59, 65, 159). Ha de basarse ella no en la culpa, sino en el hecho objetivo del daño, y la indemnización por daños ha de considerarse con autonomía completa (págs. 113, 123). Finalidad central de la construcción será la de la «despenalización total del Derecho privado (págs. 123, 128, 129,

(1) Véanse las citas, en SANTOS BRIZ: *Derecho de daños*, prólogo de Bonet Ramón, 1963, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 1970. RUBIO GARCÍA-MINA: *La responsabilidad civil del empresario*, 1971. GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho civil, Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, 1968. Además de las recogidas en el libro de CARBONE.

165, 338), en especial, mediante «la neutralización» del hecho dañoso (pág. 127) y el desentenderse del grado de culpabilidad para fijar el contenido de la indemnización (pág. 121, 129).

Consecuentemente, al entenderse que el ordenamiento se desinteresa por la conducta origen del daño (pág. 141), se combate la teoría denominada del «binomio» o de «la doble vía», según la que se distingue entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad resultante del riesgo o peligro creado (pág. 152). Para Carbone, el legislador adopta un sistema unitario, basado exclusivamente en el hecho dañoso (pág. 167); aunque policéntrico, teniendo en cuenta la pluralidad de imputaciones del hecho dañoso (págs. 154, 330). Tipificación («estandardización») de relaciones que conduce a una siempre menor relevancia de los estados subjetivos (pág. 173); con el resultado notable de que, para el autor, «tanto el dolo como la culpa en sentido estricto producen iguales efectos» (pág. 197).

La indemnización o responsabilidad por el daño se considera ha de tener carácter neutro y no puede ser más que «la reintegración de la situación patrimonial anterior» (pág. 237). De acuerdo con esta concepción, se excluye la posibilidad de atender al daño moral (pág. 243). Exclusión que se justifica con la siguiente reflexión dogmática: porque la indemnización por daño a los derechos de la personalidad, sin atender a las consecuencias patrimoniales, chocaría con la ya señalada afirmación de que la responsabilidad no se basa en la ilicitud, sino en el daño patrimonial (pág. 248).

Nota complementaria de la construcción examinada es la consideración del daño patrimonial desde un estricto (económico), punto de vista del titular del patrimonio. La que se muestra con nitidez al enfrentarse con el supuesto de la apropiación del uso de la cosa ajena. Cuando el dueño de la cosa, por ejemplo, del automóvil, del objeto precioso, del jardín, está en el hospital y, por ello, no podría usarlo, no cabe indemnización por el hecho sólo de la sustracción del uso (pág. 274). Se acentúa así la señalada situación de la persona del dañado; pues no se trata nunca de la represión de la conducta del que daña, sino sólo se tendrán en cuenta las concretas repercusiones económicas desfavorables para el titular del patrimonio (pág. 276).

Conforme siempre al criterio de «la despenalización» y de la enemiga a cualquier acercamiento de la indemnización a la pena privada, se rechaza la idea de la compensación de culpas y, en su lugar, se propone considerar como coautores (art. 2.055 C. c. cit.) al que daña y al dañado negligente; con lo que el dañado, que ha sido concausa del daño, «no podrá repetir aquella parte del daño que el mismo se haya causado» (pág. 334).

3. La elegancia y simplicidad de la construcción, la inteligencia y erudición con la que es defendida, son muy de admirar. Ello no impide que la lectura del libro de Carbone suscite dudas de cierta entidad sobre la posibilidad de su general aceptación.

No es previsible cuál sea la acogida que la dicha construcción haya de recibir en la doctrina italiana.

Habrá de suponer grave obstáculo para admitir su propuesta de eliminar, en general, el requisito de la ilicitud para la responsabilidad por daño, que el

artículo 2.043 del Código civil italiano hable de «un daño injusto» (2). Además, no sólo los conceptos de negligencia y diligencia (arts. 2.047, 2.048, 2.050, 2.051), sino que hasta el término mismo de culpa se emplea en el articulado de dicho Código, y precisamente en un título bajo la rúbrica de *Los hechos ilícitos* (arts. 2.053, 2.046, 2.055).

En fin, respecto de la responsabilidad por hecho dañoso, resultante del incumplimiento de las obligaciones —que Carbone considera conjuntamente con la responsabilidad por los demás hechos dañosos—, el Código italiano atiende y se refiere expresamente al dolo, a la culpa y a la gravedad de la culpa del deudor, cuyo incumplimiento resulta dañoso para el acreedor (arts. 1.225, 1.227, 1.228, 1.229).

El mismo autor parece consciente de que su construcción excede del marco estricto de las disposiciones legales italianas, pues nos dice: «no siempre el legislador (el italiano) ha logrado liberarse de la perspectiva tradicional, que bajo la evidente influencia penalista considera la indemnización del daño como sanción, como pena privada» (pág. 339).

4. Para el lector español no tendrá más que interés secundario la posible adecuación de la construcción de Carbone al Derecho italiano; le importará más, seguramente, considerar si ella corresponde, como pretende, a las exigencias de la realidad socio-económica del mundo moderno.

Es bien conocido el hecho que en el campo de la responsabilidad por daños han venido jugando —y quizás de siempre— dos tipos de valoración, el de la causalidad objetiva y el de la culpabilidad. Las concepciones yusnaturalistas, predominantes en la época primera de la codificación, derivan la obligación de indemnizar de la culpa o negligencia, de la acción u omisión causante del daño; aunque los Códigos, siguiendo la tradición jurídica, no dejan de recoger casos de responsabilidad objetiva. En la vida moderna, la preocupación por restañar los daños causados por los accidentes del trabajo, primero, y después los de automóvil, hace que domine la tendencia de unir la responsabilidad a la creación del riesgo. El carácter masivo y en ocasiones anónimo de estos accidentes, la misma conveniencia de las empresas y el deseo de evitar el desamparo de las víctimas, conduce a que los daños sean indemnizados mediante los seguros y los servicios de seguridad social. Nueva situación, que lleva a simplificaciones excesivas o apresuradas, como las de decir que los seguros desplazan la responsabilidad aquiliana, que la responsabilidad objetiva ha venido a ocupar el lugar que tuviera la subjetiva. Preponderancia numérica, que no puede borrar la existencia y peculiaridad de los daños ocasionados por dolo y culpa; los que, por ello, tienen en las leyes una específica sanción. Respecto de los mismos daños causados por accidentes, las legislaciones, al lado de la exigencia del seguro, atienden a que exista dolo y negligencia, y hasta al grado de culpabilidad (3). En nuestro Derecho,

(2) Artículo 2.043. *Risarcimento per fatto illecito*.—Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

(3) Puede verse, en general, FRIEDMANN: *Law in a Changing Society*, capítulo 5, *Tort and Insurance*, 1.^a ed., 1950, «abridged edition», 1964. CARBONE, por su parte, cita el artículo 43 del Código suizo de obligaciones (cuyo párrafo primero dice: El juez determinará el modo y la extensión de la reparación según las circunstancias y la gravedad de la falta), página 199, y el

la Ley de uso y circulación de vehículos de motor (24-XII-1962), establece, al lado de la responsabilidad por riesgo, cubierto por el abono de las primas del seguro obligatorio y la subsidiaria del Estado (art. 45), debido a que éste consiente la creación del peligro, la responsabilidad penal y civil de la persona que ocasiona el accidente, teniendo en cuenta su culpa o negligencia (arts. 2, 3, 5, 39, 44).

No obstante las críticas de Carbone, la «doble vía» es la que parece seguir la mayoría de las legislaciones. Ello es conforme a la política social, que utiliza la sanción de la culpa y negligencia para evitar que, sin ella, crezca el número de accidentes y daños, y que atiende a la conciencia social, la que exige sea satisfecho el dañado a costa del culpable o descuidado en exceso. Además, se ha señalado por la doctrina que la redistribución de riesgos y su socialización no debe eliminar la consideración específica del dolo y la culpa, pues ello sería contribuir indebidamente a la despersonalización, a la pérdida del sentido de la responsabilidad, a la que desgraciadamente conduce la sociedad de masas (4).

La exclusión hecha de la responsabilidad por daño moral puede justificarse en el Derecho italiano por el desdichado y lamentado artículo 2.059 de su Código civil (5) o por una concepción ultra-materialista de las normas civiles. Lo que no parece permitido hoy, en la ciencia jurídica, es el justificarla acudiendo al viejo «método de inversión» (6).

En el cuidado examen hecho por el autor se olvida el carácter doble, personal y patrimonial del daño. La carencia de utilidad directa o inmediata que el objeto dañado tenga para su dueño no parece motivo suficiente para

43 Congreso de Juristas Alemanes, que se expresa en favor de una proporcionalidad entre la gravedad de la culpa y las repercusiones patrimoniales a indemnizar, página 397, nota 185. En el sentido tradicional de tener en cuenta dolo y culpa pueden, además, citarse las leyes más modernas: por ejemplo, el Código civil helénico de 1946 (art. 914 y sig.), el Código civil de Etiopía (art. 2.027 y sig.) y el Código civil de Portugal de 1966 (art. 483 y sig.).

(4) VALLET DE GOYTISOLO: *Sociedad de masas y Derecho*, 1969, en general, especialmente página 143 y siguientes; *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*, 1971, página 131 y siguientes.

(5) Véase, por ejemplo, la crítica de DE CUPIS: *I Diritti della personalità, Trattato di Diritto civile e commerciale*, IV, tomo I, 1959, página 51. El Tribunal Supremo español supo superar prejuicios y seguir el buen camino desde la sentencia de 6 de diciembre de 1912.

(6) Recuérdese (véase lo citado antes, en 2, pár. 4) que aquí su razonamiento se reduce a decir que la exclusión de la responsabilidad por daño moral se impone, porque ello chocaría con una construcción «a priori» del autor.

Proceder semejante se utiliza respecto a la compensación de culpas (véase lo citado antes, en 2, pár. 6), en la que para mantenerse fiel a la construcción propia, que suprime la especialidad de la responsabilidad por culpa, se acude a la fórmula artificial de la coautoría: haciendo, por ejemplo, autor de la mutilación sufrida, al ser atropellado por un automóvil, a la misma víctima, por ser ésta un peatón que marchaba (contra lo dispuesto) por la derecha de la carretera. Lo que en el Derecho italiano (art. 2.055) llevaría, parece, a sorprendentes y complicadas situaciones. El dañado, que también fuera culpable por descuido, es considerado obligado a indemnizarse a sí mismo, y al fingirse que se paga, también a sí mismo, es cuando tendrá acción de regreso contra el culpable y podría reclamar una indemnización. Piénsese, todavía, en el supuesto de que el daño se considere causado por sólo la culpa de la víctima.

exonerar de indemnizar al que con dolo o culpa ha causado el daño. No basta alegar que la indemnización no puede significar enriquecimiento para el dañado. El valor sustraído con el daño o la privación del uso no es el de la posibilidad concreta del goce del objeto, sino el de la posibilidad objetiva de su utilización y disposición. El sordo y el ciego sufren un daño patrimonial con la sustracción de la radio o televisión de su propiedad. Quien está en el hospital sufre un daño con el uso ajeno de su automóvil (7).

No debe olvidarse que el patrimonio, los bienes y valores económicos que constituyen su contenido sirven de garantía de todas las obligaciones del titular y que le proporcionan una esfera de libertad y poder económico. La liberación de indemnizar al que daña supone concederle un beneficio injustificado. El que puede resultar en perjuicio de los acreedores. El que, en todo caso, trae consigo una violación de la esfera patrimonial del titular, que requiere una satisfacción (8).

La preocupación por la «despenalización», por lograr con ello una concepción «civilísima» de la indemnización por daños, es justa y elogiable. Demasiado tiempo los cultivadores del Derecho privado han tenido abandonada esta materia. Mas la reacción puede resultar excesiva. La responsabilidad civil por hecho penable sigue siendo civil, aunque sea regulada en un Código penal. Los campos de lo civil y de lo penal son distintos, pero no inconexos (9). No conviene desconocer la unidad de una institución, aunque esté regulada en diversos textos legales, aunque se haya hecho con medios o notas consideradas propias de diferentes disciplinas. En los textos legales civiles, especialmente en los más modernos (no pueden cerrarse los ojos ante el hecho), abundan las «penas privadas».

5. Mérito del libro reseñado es resaltar la preocupación moderna por la protección del dañado, y ello, en ocasiones, sin tener en cuenta la existencia de culpa o negligencia. Lo que no es razón para desatender la valoración de la conducta de quien por su acción u omisión causa el daño o perjuicio. Igualmente habrá de tomarse en consideración quien resulte beneficiado por lo ocu-

(7) Con la construcción de Carbone se favorece injustificadamente a quien causa el daño. Quien sustrae el uso de la cosa de quien está en el hospital, no tiene justificación para aprovecharse de su uso gratuitamente. La indemnización es debida; con ella se evita un enriquecimiento sin causa.

Además, con la dicha construcción, se beneficiarían sin motivo las casas aseguradoras y los seguros sociales; pues, con ella, no se atiende, al parecer, a la existencia de una pluralidad de causas, a lo que llaman en los Estados Unidos «collateral sources».

(8) Se olvida generalmente la relación entre la libertad personal (posibilidades de hacer y no hacer) y el patrimonio; aunque ya la señalara PUCHTA: *Cursus der Institutionen*, II, *System and Geschichte der römischen Privatrechts*, 1881, pár. 224, pág. 136. El que está en el hospital y al que le han sustraído el uso de su cosa, ha quedado privado de muchas posibilidades respecto a ella; por ejemplo, arrendarla, prestarla al amigo. Además, de la misma satisfacción de saber que está a su disposición. Con lo que la alteración de la situación pacífica del patrimonio está en otra relación con la personalidad, desconocida por Carbone.

(9) Confirmación de lo dicho nos la ofrece CARBONE. Siguiendo «conceptos desarrollados por la doctrina penalista», propone abandonar los dos términos de la dicotomía tradicional del supuesto de hecho de la responsabilidad (conducta y daño) y sustituirlos por los de conducta, evento y daño (página 284 y sig.).

rrido, incluso cuando éste sea un tercero ajeno al hecho mismo de la acción u omisión dañosa (p. ej., causado en su defensa, por su estado de necesidad o por requerir auxilio). Lo que precisamente ha sido tenido en cuenta en la normativa penal española (art. 20, 2º, C. p.).

El libro de Carbone, se acepten o se rechacen todas o algunas de sus conclusiones, ofrece indudable interés. Pueden señalarse, como indiscutibles valores positivos, su amplia y cuidada erudición, los comentarios críticos a la obra de los autores y las agudas observaciones sobre la legislación italiana o de otros países; en fin, suscita o impone la reflexión sobre temas y problemas antes poco estudiados.

C. B.

CARNEVALI, Ugo: «La Donazione modale». Milano. Dott. A. Giuffrè, editore. 1969, 300 págs.

El libro de Carnevali sobre la donación «sub modo» es una aportación monográfica muy importante respecto de esta difícil figura jurídica. No sólo recoge con cuidado la literatura jurídica italiana y extranjera (1), sino que conforme a la mejor tradición jurídica italiana examina con agudeza los intrincados problemas dogmáticos que, directa e indirectamente, plantea la donación modal.

La materia estudiada se ordena de manera que revela ya la posición del autor, respecto a la naturaleza de la figura jurídica considerada. La introducción se centra en la crítica de la estimación del modo como elemento accidental en el negocio jurídico. Después, en el capítulo II, se trata a fondo de la donación modal y el contrato a favor de tercero, viendo la situación del beneficiario como tal tercero. Los capítulos III y IV tienen por objeto la acción por incumplimiento de la carga, el cumplimiento de la carga y el valor de los bienes donados. El capítulo V, el más extenso de la obra, se ocupa de la función del «modo», y, con ello, de la naturaleza específica del negocio de donación modal. Concluye el libro con un capítulo consagrado a la acción de resolución por incumplimiento de la carga.

La riqueza de contenido de esta monografía hace prácticamente imposible resumirla en una nota bibliográfica. Ni siquiera será fácil destacar las directrices del pensamiento del autor. Por ello, con todas las reservas y aun a costa de que se pierdan sus matices, puede señalarse que Carnevali se enfrenta primero, vigorosamente, con las teorías más generalizadas sobre el modo y va demontando cuidadosamente sus argumentos, y que ya después de haber puesto al desnudo los fallos de las teorías sobre el carácter accidental del modo y de las de la doble causa y causa mixta, pasa a exponer su propia concepción. Entiende que la donación de verdadero carácter modal tiene, ciertamente, una causa gratuita, pero que, en su contenido, se dan prestaciones

(1) Amplia referencia a la doctrina alemana, francesa, belga y anglosajona. De la española cita a LÓPEZ-VILAS, *Sobre la distinción entre legado e instituciones modales*, A. D. C. XIX (1969), página 608-609, en página 62, nota 9, y a TORRALBA, *El modo en el Derecho civil*, 1967, en página 21, nota 33.

«correspectivas». A tal efecto distingue con cuidado entre la estructura del negocio (negocio gratuito) y su función («correspectividad de prestaciones»). Conforme a esta construcción, entiende que no deben calificarse como donaciones modales aquellas en las que la carga consiste en una prestación sin contenido patrimonial o en una prestación en favor del donatario.

La concepción de la donación modal, tan extremadamente restrictiva, como las respuestas dadas por nuestro autor a la problemática que dicha figura implica (forma; adecuación de prestaciones; facultades y obligaciones de donante, donatario y beneficiario; legitimación para las acciones, imposibilidad e ilicitud del modo; colación y reducción; revocación por el donante; acción pauliana, resolución, etc.) incitan a un amplio y detenido diálogo. Ante la indicada imposibilidad de entablarlo, y con la muy limitada finalidad de advertir su interés, se ha creído oportuno recoger al azar alguna de las observaciones que la lectura de la obra ha ido sugiriendo.

Entre las aportaciones interesantes del libro está el estudio de la situación del beneficiario del modo a la luz de la doctrina del contrato a favor de tercero; del mismo parece resultar que se construye la situación del beneficiario como adquirente de un derecho a exigir el cumplimiento de la carga, desde el momento de la aceptación del beneficio. Con ello se da la impresión de no haberse tenido en cuenta el supuesto posible de que el donatario se haya reservado (explícita o implícitamente) la facultad de exigir el cumplimiento y no quiera que ella corresponda al beneficiario.

Muy sugestivas son también las páginas dedicadas al estudio del ejercicio de la acción pauliana en el caso de la donación modal. Entre las soluciones de las cuestiones propuestas, una de ellas origina especial extrañeza. Donación de un inmueble con la carga de dar a un tercero un cuadro que pertenece al donatario. Los acreedores —se afirma— podrán satisfacer sus créditos sobre todo el valor del inmueble y, además, también sobre el valor del cuadro. Esta respuesta —dice Carnevali— deja «a primera vista muy perplejo». La justifica, sin embargo, con otro ejemplo: Tizio vende a Caio un inmueble y conviene con éste en que el precio le sea pagado a Mevio, «donandi causa»; en cuyo caso los acreedores podrán satisfacerse tanto sobre el valor del inmueble como también con el del precio. Concluyendo, entonces, que no ha de tratarse más duramente, en paridad de condiciones, al adquirente a título oneroso que al adquirente a título gratuito (págs. 247-249). La señalada perplejidad primera de Carnevali parece más justificada que su posterior explicación. Conforme a la doctrina generalmente admitida, y que creo no superada, la acción revocatoria, en cualquier caso, determina la ineficacia de los negocios jurídicos perjuiciales al deudor y, con ello, al restablecimiento del «*statu quo ante*», y ella no tiene carácter penal ni puede suponer un acrecer injustificado del patrimonio embargable del deudor, a costa del patrimonio de un tercero. Ineficaz o invalidada la venta del inmueble hecha por Tizio a Caio, el inmueble vuelve al patrimonio de Tizio, pero no el precio. Este precio corresponde al patrimonio de Caio, y Caio puede repetirlo de Mevio por falta de causa, acción que, en su caso, podrán ejercitarse los acreedores de Caio. En el supuesto de la donación modal, la revocatoria hace ineficaz la donación, pero el cuadro o la acción para reclamar el cuadro queda fuera del poder revocatorio de los

acreedores del donante, pues el cuadro o la acción sobre el mismo corresponde al patrimonio del donatario (2).

En general, sin embargo, este libro contiene soluciones agudas, prudentes y bien razonadas. Advierte de los peligros de la «Begriffsjurisprudenz», tiene en cuenta el juego de los intereses y pondera la importancia de los resultados equitativos.

Entre las muchas lecciones que nos puede dar este libro excelente hay una implícita, de gran utilidad para el jurista español; me refiero a la cuestión de la regulación legal del modo. ¿Es posible, oportuna, fácilmente realizable?

Los juristas romanos parecen tuvieron en cuenta las cláusulas modales para dar flexibilidad a las figuras del testamento y la donación, atendiendo a la «mens» y «voluntas» de testador y donante.

El Derecho común condensa su criterio sobre el modo en la definición de Bártholo («moderatio dispositionis») y, más concretamente, respecto a la donación «sub modo», como «donatio fecho so otra manera» (P. 5, 4, 6); la doctrina de la época la entiende eficaz, en cuanto pueda interpretarse la disposición «ob aliquam causam finalis» (3). Nuestro Código civil, siguiendo el modelo del Código francés, deja un ámbito casi ilimitado a la interpretación y a la labor de los tribunales en sus disposiciones sobre donación bajo gramaven o condiciones impuestas al donatario (arts. 619, 647, 651).

En cambio, el artículo 793 del Código civil italiano de 1942, en sus cuatro párrafos, conforma la donación modal en un esquema legal estricto. ¿De modo suficiente, satisfactorio? ¿Debe seguir el legislador español el ejemplo del Código italiano? El estudio de Carnevali ofrece buenas razones para dudar respecto a una respuesta afirmativa. Califica la disciplina establecida por dicho artículo 793 de incompleta e insuficiente (págs. 199, 277); acude para completarla al propósito, a la interpretación de la voluntad del donante (págs. 214, 222, 224). En especial, hacen reflexionar las siguientes frases: «Un juicio sobre el sistema francés no puede ser más que positivo. La solución que da al problema examinado, precisamente porque sustraída al influjo de las construcciones teóricas abstractas —del resto, tan extrañas a la mentalidad francesa— se muestra plenamente adecuada a la tutela del propósito del donante (página 265).

C. B.

(2) Art. 1.295 C. c. español; a la misma conclusión parece puede llegar conforme al artículo 2.901 del C. c. italiano.

(3) La cuestión fue tratada repetidamente por la doctrina antigua, por la aragonesa, castellana y catalana; en el comentario de HERMOSILLA se citan unos veinte autores (ed. 1634, I, fol. 25 vto. 254 vto.).

FACULTE INTERNATIONALE POUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT COMPARÉ. ISTITUTO DI DIRITTO COMMERCIALE E COMPARATO: «*Evolution et perspectives du Droit des Sociétés. Alla lumière des différentes expériences nationales*». Ouvrage publié sous la direction de Piero Verrucoli. Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1968. Tomo I, 463 págs. Tomo II, 450 págs.

Esta obra recoge los trabajos llevados a cabo en una sesión especial de la Facultad Internacional de Derecho Comparado de Estrasburgo, organizada en Pisa, septiembre 1965, en colaboración con el Instituto de Derecho Comercial y Comparado «L. Mossa», de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa. Proyectada dicha sesión por el Vicedecano de la Facultad Internacional, don Felipe de Solá Cañizares, a la muerte de éste, los profesores participantes se esforzaron en llevar a buen término dicha sesión, entendiendo honrar así la memoria del colega difunto.

Cada uno de los cuatro temas propuestos fue tratado por los ponentes, con plena libertad en su desarrollo y modo de entenderlo, sobre los Derechos belga, italiano, español, suizo, italiano y norteamericano; también sobre el Derecho alemán, aunque sólo se publica una de las tres ponencias presentadas. El estudio propiamente comparativo se realiza en las ponencias de síntesis, debidas al grupo de trabajo compuesto por colaboradores del Instituto de Derecho Comercial y Comparado «L. Mossa», a saber, el profesor Piras y los asistentes de la Universidad de Pisa, Ruffini, Mazzoni, Giorgieri, bajo la dirección del profesor Verrucoli.

El primer tema era «Sociedad y asociación, sociedad y empresa». Se publican los estudios de Baugniet, Casanova, Duque, Houin, Parker, Patry, Sandrock y Verrucoli. El segundo, sobre «El problema de los tipos de sociedades», fue estudiado por Baugniet, De Martini, Duque, Hemard, Manne, Miglioli, Parker, Patry y Pennington. El tema tercero trata de «La sociedad anónima puesta a prueba. Exigencias y perspectivas de reforma». Se recogen los trabajos de Bürgi, Ferrara, Ferri, Jauffret, Manne, Renauld y Wedderburn. El cuarto y último tema, «Los grupos de sociedades», ha sido objeto de las ponencias de Bernini, Duque, Manne, Patry, Pennington, Renauld, Rodière y Sandrock.

Conforme a la finalidad de los estudios recogidos, ponencias destinadas a su discusión en una reunión de trabajo, no pueden ellos tener el exigente carácter de monografías científicas, son, en todo caso, muy estimables contribuciones a la literatura jurídica sobre el Derecho de sociedades, y, de por sí, la condición de especialistas renombrados de los elegidos para ellas, garantizaban el buen resultado, la adecuada selección de los datos recogidos y la agudeza de las observaciones. De aquí su interés para todos aquellos que se ocupen de la materia. Interés acrecentado por las ponencias de síntesis. En ellas, aparte de buenos resúmenes de lo dicho en las ponencias particulares, se ha logrado destacar con acierto las tensiones de carácter político, social y económico existentes hoy, en todos los países, sobre la adecuación, entendimiento y reforma de lo legislado sobre sociedades.

R.

FERNANDEZ ALBOR, Agustín: "El agio arrendaticio. En torno a las primas por arrendamiento de vivienda". Editorial Tecnos. Madrid, 1969. 207 páginas. (en 4.º).

El catedrático de Derecho penal, don José A. Sainz Cantero, en el Prólogo con el que avalora este libro, recuerda y hace suyo el dicho de que «no se puede dominar el Derecho penal sin saber Derecho privado» (p. 15). Los cultivadores del Derecho civil suelen tener presente que no se puede conocer bien el Derecho privado sin atender a la normativa penal. Estrecha conexión de lo penal con las instituciones civiles, que ha hecho que en Francia, tradicionalmente, y no sin sus buenas razones (aunque haya que admitir entonces unas normas penales de Derecho público), se considere el Derecho penal como una rama del Derecho privado.

El tema del agio arrendaticio no puede separarse del de la aplicación de la Ley de Arrendamiento Urbanos; y, en efecto, la Ley de 27 de abril de 1946, que declara la ilicitud de tal agio, tiene por finalidad evitar que la legislación especial arrendaticia sea esquivada fraudulentamente en alguna de sus normas. El comentario de dicha Ley de 27 de abril, al que se acompaña un estudio comparativo de la legislación extranjera, constituye el contenido del libro que se reseña.

Una valoración del mismo, y bastante elogiosa de sus aportaciones, se hace en el prólogo citado, por la pluma autorizada del profesor Sainz Cantero.

De la lectura del libro no resulta clara cuál sea la posición del autor sobre el criterio con el que se debe aplicar la Ley de 1946. De modo insistente y repetido se advierte de la peligrosidad de los llamados delitos económicos, de los criminales de «cuello blanco», y en el capítulo final, «A manera de conclusión», parece muy de acuerdo con que se pida «un tratamiento más enérgico contra los delincuentes de este tipo de infracciones» (p. 190). Postura severa que no resulta armónica con su inclinación en favor de que se admita en general la excusa del error de Derecho, respecto al agio arrendaticio (p. 152-154), error que se presume general, dado lo poco conocida que se nos ha dicho fuera y es la Ley de 1946; excusación del agio que se completa defendiendo la aplicación del «principio de no exigibilidad de la conducta legal», «en los supuestos muy frecuentes de propietarios que no ven en sus rentas o alquileres de viviendas una subida acompañada con el ritmo de la vida, en ocasiones lo cobrado por alquiler apenas alcanza para pagar las contribuciones de los inmuebles» (p. 156).

R.

HERNANDEZ GIL, Antonio: «Metodología de la ciencia del Derecho».—I. Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión.—II. Algunas corrientes generales del pensamiento. El estructuralismo y la ciencia jurídica. Madrid, 1971, 407 páginas y 462 páginas.

1. Los juristas españoles tenemos una especial deuda de gratitud con el profesor Hernández Gil. Ha robado tiempo a sus ocupaciones profesionales, y seguramente a su descanso, para ofrecernos ordenado y decantado el ingente caudal de datos de su *Metodología*. Información amplísima, bien resumida,

expuesta en claro y ordenado lenguaje. De modo y manera que, sin trabajo, el más ajeno a las lecturas filosóficas pueda gustar y tomar gusto a los saberes filosóficos de la mayor actualidad. Con lo que se incita y anima al estudio por cuenta propia. Tarea esta que, en el segundo tomo, se nos facilita con una bibliografía escogida, en las lenguas más asequibles al lector español.

La obra que nos ocupa no cabe clasificarla, sin más, como propia de la Filosofía del Derecho. Al modo que lo hicieran ciertos filósofos con el Derecho, Hernández Gil considera el suceder de las teorías filosóficas desde el punto de mira del hombre de leyes, probando y comprobando su interés y significado para la ciencia del Derecho.

El Derecho no es tan sólo técnica o el arte del manejo hábil de las leyes en defensa del cliente de turno. Los juristas romanos, que tenían los pies bien asentados en el suelo, gustaban repetir, «*Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*» (D., 1, 1, 10 § 2; J. 1, 1, § 1); no es el Derecho un conocer aislado o aislable, está viviendo en y haciendo vivir a la sociedad y la cultura de cada época; es un saber y un hacer muy serios, para la comunidad y para cada hombre. El jurista que merezca el nombre de tal, el que siente su propia y peculiar responsabilidad, no puede quedarse en lo que Hernández Gil califica bien de «devaneos» metodológicos. Ha de buscar las raíces profundas y últimas de su quehacer. Esta inquietud escrutadora nos aparece como el motor íntimo de los dos libros publicados de la *Metodología*.

2. La obra reseñada se ha programado en tres volúmenes. El tercero —no publicado— llevará el sugestivo título de «Nueva evolución de las posiciones y de las direcciones metodológicas. La tensión formalismo-antiformalismo».

El primer tomo es una reimpresión de «*Metodología del Derecho (Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)*», es decir, de la agotada primera edición (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945). En el «Prefacio a la segunda edición de este volumen», se nos cuenta «que fue una obra de juventud impulsada por el sistema a oposiciones a cátedras de Universidad».

Se ha venido criticando el segundo ejercicio de estas oposiciones. Tuvo sus razones antaño. Ahora no tiene sentido exigir al joven opositor que adopte una posición personal sobre concepto, método y fuentes del Derecho, cuando todavía se sabe y se le sabe aprendiz en el oficio. La *Metodología del Derecho* nos viene a probar una vez más que no hay regla sin excepción. Sobre su contenido y valor no es cosa de hablar aquí. Ya lo ha dicho todo el buen éxito tenido y el interés que conserva a los veinticinco años de su primera publicación.

Una queja suscita la reimpresión. En la edición de 1945 se encontraba un «Índice alfabético de autores». Ahora ha desaparecido. ¿Por qué causa? Era útil y, a falta de un índice de materias, podía en ocasiones facilitar el hallazgo de la cita buscada.

El segundo tomo de la obra es nuevo y con intrínseca novedad. Ofrece grandes alicientes al lector, e introduce en un campo poco transitado por el gremio de los juristas. Le pone en contacto directo con las corrientes filosóficas más atractivas y llamativas, más a la moda; de las que posiblemente ha

oído hablar mucho, pero sabe poco. En efecto, va examinando las corrientes generales del pensamiento moderno que se denominan: fenomenología, existencialismo, dialéctica marxista, sociologismo, neopositivismo o positivismo lógico, lógica formal y semiótica, y, muy en especial, detenida y extensamente, el estructuralismo (II, págs. 201-462).

Dificultad y atractivo de la exposición de esas corrientes generales del pensamiento, acrecentada porque sus representantes se ocupan poco o nada de los fenómenos jurídicos y del Derecho (excepto la de la fenomenología). La tarea del autor se centra por ello en inviend el Derecho, la ciencia jurídica, conforme a esas diversas concepciones del mundo, del vivir y del razonar. Arriesgada aventura intelectual, cuyo alcance y sentido quizás pueda revelarnos alguna frase de la obra: «el saber científico incorpora criterios de la filosofía y, sobre todo, tiende a producir vibraciones filosóficas» (II, pág. 416); «el inquirir filosófico, lejos de ser una evasión, puede ser también el vehículo idóneo para la profunda penetración en la realidad» (II, pág. 157).

Relatos y comentarios de teorías, escritos con talante de espectador sereno e imparcial. Con defensa, eso sí, del carácter verdaderamente científico de la ciencia del Derecho, frente a negativas y dudas. Actitud general de alejamiento respecto a confrontaciones de escuelas y también favorable a la aceptación parcial de ciertas aportaciones de las diferentes o contrarias teorías. Modo de proceder que puede verse, mejor que con explicaciones, en algunas citas como ejemplo.

«Si la lucha del positivismo lógico y el análisis del lenguaje contra la metafísica no ha llegado a demolerla, parece, al menos, que sólo tiene aptitud para la subsistencia la metafísica reformada de la fenomenología y del existencialismo» (II, pág. 186).

«Tantos siglos de historia del pensamiento especulativo —que encierran cúmulos de intentos valiosos, aunque nunca concluidos ni concluyentes, de rectificaciones, de cambios y de superaciones— no parecen preocupar gran cosa a los que de nuevo acuden a la especulación, salvo en la hipótesis extrema de esa especie de moderno excepticismo que se resigna a aceptar como única filosofía la historia de la filosofía» (II, pág. 317).

«El derecho en acción, sobre el que indispesablemente ha de empezar el análisis, es una versión de las estructuras potenciadoras que, identificadas, cumplen el papel de todo solidario que va a verse luego comprobado en el sentido a que responde el derecho en acción. Esta es la peculiaridad del análisis estructural» (II, pág. 448).

«Los juristas deberíamos aprovechar el estructuralismo para llevar a cabo hasta donde sea posible la fijación de lo jurídico, en cuanto tal, abriendo una vía para el examen de las condensaciones estructurales de esta clase contempladas en sí mismas» (II, pág. 451).

3. Visto de nuevo el primer tomo y comparado con el segundo, los lectores habrán de preguntarse si el autor, pasados veinticinco años, mantiene incambiadas sus antiguas opiniones. En el «Prefacio» a la reimpresión se nos dice sobre ello cautamente: «El adentramiento profundo en esos cometidos (profesión del abogado, función universitaria, tareas de la investigación científica) ha dado lugar más a la confirmación que a la discrepancia»

(I, pág. 22). En efecto, parece mantenerse lo dicho en la conclusión octava, en favor del pluralismo o sincretismo (I, pág. 405); mientras que parece debilitarse la esperanza en el Derecho natural. En la primera edición se decía: «Se cuenta con una filosofía del Derecho iusnaturalista; ha de tenderse hacia una ciencia del Derecho del mismo tipo» (pág. 380). La reimpresión ha suprimido las palabras «del mismo tipo» (I, pág. 404). En el segundo tomo, el excepticismo parece extendido al Derecho natural. Se dice: «En los dominios del derecho positivo podrían citarse diversos ejemplos de criterios metodológicos que han dado lugar a abundante literatura sin que hayan experimentado realizaciones comparables a la teorización. El ejemplo más característico sigue siendo, a nuestro juicio, la doctrina del derecho natural que aun excediendo en mucho el ámbito metodológico también se desenvuelve en él y son escasas las repercusiones científicas y prácticas (las realizaciones) que han conseguido» (pág. 359).

4. La excursión filosófica a la que el profesor Hernández Gil nos invita es provechosa y grata. Tanto que nos deja sabiendo a poco, con la miel en los labios; muchas veces le pediríamos más detalles, un desarrollo más completo, que se expongan y comenten otras direcciones filosóficas influyentes en España y fuera de España; pensemos entre los más conocidos autores, en, p. ej.: Ortega, Zubiri, el joven Marx, Tайлhard de Chardin. Posiblemente, estos descos se verán satisfechos en el esperado tercer tomo de la obra.

El señalado provecho de la obra publicada puede considerarse en un doble aspecto. Para los más de nosotros los juristas, puede ser causa de enriquecimiento cultural, acicate para nuevo discurrir y, también, para que advertidos del significado de términos y tendencias doctrinales modernas se eviten ligerezas, soletismos y errores. Por contraste, también puede ser útil. Puede hacer patente, destacándolo sobre las sombras confusas de esas «algunas corrientes generales del pensamiento», aquello en que se centran las propias o esenciales preocupaciones del jurista. Este no se encuentra encerrado en una torre de marfil, está en el mundo, experimenta o sufre los vaivenes de las ideas de la vida dominantes en cada tiempo y lugar. Mas, por el carácter que le imprime la naturaleza de su oficio, resulta inmune a los fervorines por las sucesivas modas filosóficas.

Los juristas pueden entretenerte, y con provecho, en el filosofar. La naturaleza de su menester les encierra en un círculo mágico bipolar; aquí, el del orden, la seguridad, la posibilidad y el formalismo; enfrente, el de la equidad, la justicia, la amplitud del poder judicial (justicia de cadi), y las consideraciones finalistas y morales. Con la condición de no poder reposar sobre solo uno de los cuernos del dilema. La grandeza y servidumbre de este su duro oficio reside, precisamente, en su deber de «prudentia», conjugar y armonizar el blanco y el negro, las más altas aspiraciones, Justicia y bien común, con las miserias e inevitables concesiones o claudicaciones impuestas a las leyes por las exigencias de las realidades sociales del momento. Peculiaridad del quehacer jurídico, que origina las específicas dificultades de su consideración filosófica y lo vario de los métodos propuestos y ensayados para el conocimiento y aplicación del Derecho.

5. Hemos, por todo lo dicho, de felicitarnos cálidamente por la importante contribución al saber jurídico que suponen los dos tomos publicados

de *Metodología de la Ciencia del Derecho*, y quedamos esperando, con el máximo interés e impaciencia, la publicación del tercer tomo de la obra.

C. B.

HERNANDEZ JUAN, Diego: «La resolución del contrato por obras». Colección Nereo. Madrazo, 157. Barcelona, 1969. 288 págs. (en 4.º).

La Ley de Arrendamientos Urbanos concede al arrendador la facultad de pedir la resolución del contrato de arrendamiento urbano, sea de vivienda o local de negocio, en los casos que el inquilino o quienes con él convivan causen dolosamente daños a la finca y de que, sin el consentimiento del arrendador, lleven a cabo obras que modifiquen la configuración de la vivienda o local de negocio o debilite la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción. Esta disposición, que constituye la causa séptima del artículo 114 de la Ley, es la materia objeto del libro reseñado.

Como se observará, el título de la obra resulta sincopado en exceso. Trata, no de la resolución de cualquier contrato, sino tan sólo de la del contrato de arrendamiento, y se ocupa de su resolución, además de en el supuesto de obras inconsentidas, también en el de los daños dolosos.

Su contenido, casi por completo, está formado por los textos de sentencias del Tribunal Supremo y de Audiencias Territoriales sobre las cuestiones que suscita el mencionado precepto. Comienza con unas palabras introductorias y referencia a los antecedentes de la causa 7.ª del artículo 114; las secciones en que se ordena la jurisprudencia van acompañadas a veces de comentarios breves.

Pocas disposiciones legales han dado lugar a tantos pleitos y preocupaciones como ese artículo 114, en su causa séptima. De aquí, el gran interés de este libro para los profesionales del Derecho, para propietarios e inquilinos.

También, para el legislador futuro, podrán ser de utilidad las prudentes observaciones del autor sobre los resultados de la tan repetida disposición.

R.

MISEROCCHI, Luigi A.: «La verbalizzazione nelle società per azioni». Pubblicazione dello Istituto di Diritto commerciale comparato A. Straffa dell'Università Bacconi di Milano. Padova. Cedam. Casa Editrice dott. Antonio Milani, 1969. 295 págs.

La oportunidad del tema es el mérito primero de esta obra. Son bien escasos los estudios sobre las actas y el levantamiento de actas; penuria, mayor todavía, respecto de las sociedades, sobre las que se encuentra la cita sólo del artículo de Ferrara, en 1957, sobre el acta de la asamblea de la sociedad por acciones. Y ello, a pesar de la importancia práctica cotidiana de las cuestiones sobre la redacción y el valor jurídico de las actas.

Se parte de la base de toda la problemática, y ello se hace procurando

afirmar el trabajo en un concepto seguro del levantamiento del acta. Después de examinar críticamente las distintas posiciones doctrinales, se la define como «el procedimiento, realizado por un funcionario público provisto de competencia general o especial, o por un particular cuya legitimación deriva de la Ley o del acuerdo de los interesados, y constituido, al menos, por dos fases, ligadas entre sí por un vínculo funcional y temporal, consistente: *a*) en el esclarecimiento de determinadas declaraciones o hechos presentes al que levanta el acta; *b*) en la redacción de un documento, público o privado —el acta—, que contiene el resultado de los esclarecimientos antes citados, documento que no constituye, sin embargo, forma de los mismos hechos o declaraciones» (p. 39).

El libro continúa con el examen del contenido del acta de la asamblea; el acta deberá ser autosuficiente, de modo que muestre la validez de las deliberaciones o, si se prefiere, de modo que permita un control «*ex post*» sobre la regularidad, o carencia de ella, del procedimiento deliberativo. Después, más en concreto, se va tratando del acta de la asamblea ordinaria redactada por un particular, del acta de la asamblea redactada por notario, de las consecuencias de la falta de acta o de la redacción irregular del acta, de la necesidad de levantar acta de la asamblea en primera convocatoria declarada desierta, del acta y deliberaciones de la asamblea de los obligacionistas, del acta y deliberaciones del consejo de administración, del acta y deliberaciones del comité ejecutivo y del acta de las reuniones y deliberaciones del consejo sindical.

El libro, como es natural, se ha redactado atendiendo en primer término las disposiciones del Derecho italiano; ello no obstante, puede ser consultado útilmente por juristas de otros países, por la seriedad con la que se enfocan las cuestiones dogmáticas y también por haberse tenido en cuenta para ello el estudio de muchas legislaciones extranjeras (las de Alemania, Argentina, Colombia, Chile, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Honduras, Noruega, Perú, Portugal, Suecia, Venezuela).

R.

NAVARRETE, Jaime: «El reenvío en el Derecho Internacional privado». Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1969. 207 págs.

La cuestión del reenvío ha podido adjetivarse de delicia y desesperación de los especialistas del Derecho Internacional privado. Todo dificulta llegar a un resultado aceptable para el común de los juristas: diversidad de opiniones sobre el concepto y naturaleza de la regla de conflicto, choque entre las concepciones nacionalistas y universalistas, condición abstracta de las normas de Derecho Internacional privado que dificulta la consecución de resultados conformes a la equidad, y, todavía, las dificultades propias del reenvío, es decir, las cadenas de reenvíos con distinto alcance y el reenvío mutuo o peloteo de normas.

El doctor Navarrete se ha enfrentado con el tema del reenvío, demostrando en dicha tarea valentía y deportividad admirables. Tiene para ello la mejor preparación. Su libro muestra un estudio cuidadoso de un caudal amplísimo, prácticamente exhaustivo, de la literatura jurídica sobre la materia

y, también, de la legislación y jurisprudencia de numerosos países. En base al estudio crítico de las teorías, disposiciones legislativas y resoluciones judiciales más importantes, nos propone su propia solución de la cuestión del reenvío.

Sienta, ante todo, el principio de que son fines del Derecho Internacional privado, el procurar la solución justa de los casos y el lograr la uniformidad o armonía en todos los Estados de las soluciones judiciales sobre el mismo caso. En base a dicho principio, afirma que debe admitirse el reenvío, atendiendo el juez a todas las reglas conflictuales de un circuito de reenvío y, con ello, aplicar en definitiva el derecho material del sistema jurídico del que se ha considerado la regla de conflicto. Esta conclusión podría llevar a que: «el Derecho material aplicable conforme a ella, invalide la relación social en cuestión, declare nulo un matrimonio que sería válido bajo otro Derecho, &c.». Este resultado, continúa el doctor Navarrete, «no es conveniente», porque conforme a la idea de justicia hay que «ayudar a las partes o interesados». A tal efecto, se agrega, una regla correctora de la anterior general, y conforme a aquélla: «el juez deberá aplicar el Derecho material anterior que valide la relación o juridice los hechos».

¿La teoría del doctor Navarrete nos ha resuelto el viejo e intrincado problema del reenvío? Intentar contestarla impondría volver a examinar aquí las más de las cuestiones que implica el reenvío. En todo caso, no puede silenciarse una duda que suscita inmediatamente la lectura de este libro. ¿Por qué se estima que será siempre más justa, mejor ayuda a partes o interesados, aplicar la ley que declare válido un acto o negocio y que no lo será aplicar la ley que los declare inválidos?

Piénsese en los casos de un matrimonio, un testamento, una venta, una donación, que son declarados válidos por un Derecho que atiende para declarar su validez sólo al cumplimiento de formalidades externas, y que, por su parte, otros Derechos los consideran inválidos, porque tienen en cuenta, por ejemplo, la incapacidad de las personas, el engaño o dolo, la coacción o la fuerza, el error inducido, el fraude y el abuso.

En tales supuestos, es probable que las partes, una de ellas, los terceros interesados, habrán de pensar que es más justo, mejor ayuda a determinadas personas, mas conforme a la equidad y a una concepción equitativa del Derecho, aplicar el sistema jurídico que declara la invalidez de aquellos actos o negocios.

C. B.

SALINAS QUIJADA, Francisco: «Derecho civil de Navarra». Tomo primero. «Introducción». Pamplona. Editorial Aranzadi, 1971, 437 págs.

Es cosa bien sabida que el cultivo de este género literario de la recensión bibliográfica debe su origen, en no pocas ocasiones, a las gratas exigencias que impone la amistad; y, al recordarlo ahora, debo reconocer también gustosamente que es ésta, sin duda, otra de las buenas obras que la amistad produce. Pero no siempre —claro está— tomamos la pluma a tal efecto movidos tan sólo ni principalmente por ese estímulo, aun en los casos, como el pre-

sente, en que nos unen vínculos amistosos con el autor del libro. Quiero decir —y lo diré con toda sencillez— que si un día alenté a Salinas Quijada a escribir la obra recién aparecida, extremo del que ha dejado constancia en su nota preliminar, ahora es para mí motivo de gran satisfacción darla a conocer desde las páginas de esta revista para mí tan querida, y estimo que con ello realizo un verdadero servicio.

Con ahorro de ditirambos al uso, me satisface decir que se trata de una obra desde hace años esperada y que se nos ofrece —tal es mi parecer— en el momento más oportuno. Ciertamente, se echaba en falta en la literatura jurídica navarra un estudio sistemático del Derecho civil propio, que sirviera a la vez para iniciación del estudiante universitario, guía habitual de los profesionales y plataforma de despegue en los trabajos de investigación científica. A esos varios menesteres atiende la obra que reseñamos, aparecida —como ya he dicho— en el momento más oportuno. Y es que acaba de publicarse también una obra de excepcional importancia, titulada: «Derecho foral de Navarra. Derecho privado (recopilación privada)». Es el fruto de diez años de trabajo de juristas insignes: García Granero, Nagore, Aizpún, D'Ors, López Jacoiste, Arregui, Santamaría Ansa y el propio Salinas. Esta obra, aprobada como anteproyecto oficial por la Comisión Compiladora del Derecho Civil de Navarra, ha salido a información pública, que finalizará el 15 de octubre de 1971; representa una aportación valiosísima y cabe esperar que se convierta, con ligeras enmiendas, en el texto de la Compilación. Pues bien, el libro de Salinas podrá ofrecernos —ya los ofrece en éste primer volumen introductorio— los textos de esta Compilación privada y, probablemente, también los textos de la oficial, que confiamos pueda promulgarse en fecha próxima.

Salinas distribuye este primer tomo de su libro —que abarca las clásicas materias de una Introducción al Derecho civil— en diez capítulos, redactados en estilo sobrio y diáfano, como pedía la naturaleza de la obra, y con exhaustiva bibliografía. Con buen sentido, a mi juicio, se ciñe a los temas específicos del Derecho civil de Navarra, sin otra referencia a doctrinas generales que la indispensable para la digna presentación de esos temas. Merecen especial mención —por su intrínseco interés y por el tratamiento del autor— las siguientes cuestiones: el Derecho civil de Navarra como sistema jurídico y sus principios generales; la naturaleza jurídica en el orden civil de la Ley de 16 de agosto de 1841, con que finaliza el capítulo dedicado al Derecho escrito en su consideración histórica; las puntualizaciones sobre la costumbre contra ley, el Derecho supletorio y la doctrina científica; la evolución, a lo largo de casi un siglo, del criterio que debe inspirar la tarea compiladora; la problemática en torno a la aplicación y extinción de las normas.

Como hace notar en su prólogo Sancho Rebullida, este libro constituye una obra de plena madurez, pues si es verdad que su autor lo ha redactado en pocos meses, no es menos cierto que lo ha hecho a lo largo de treinta años de entrega generosa al estudio del Derecho navarro y de producción monográfica fecunda e incesante. Pocos juristas como Salinas estaban capacitados para acometer una obra tan necesaria y útil por lo que se refiere al conocimiento del Derecho que en ella se estudia y que, además, ofrece un ejemplo digno de ser tomado en cuenta por los cultivadores de otros Derechos forales.

Sólo cuando dispongamos de manuales y tratados que expongan sistemáticamente estos Derechos, habremos alcanzado una etapa importantísima para el futuro del Derecho civil español, pues sólo entonces podrá realizarse el indispensable estudio de los diversos Derechos hispanos.

Editorial Aranzadi hace alarde, una vez más en esta ocasión, de su pulcritud y esmero en la publicación de obras jurídicas, y nos anuncia que a este primer volumen seguirán otros dos: el segundo, sobre personas y bienes, y el tercero, sobre familia y sucesiones. Por mi parte, a Dios le pido que ayude a Francisco Salinas a completar este trabajo suyo tan importante y oportuno.

AMADEO DE FUENMAYOR

SCHIZZEROTTO, Giani: «*L'Arbitrato rituale nella giurisprudenza*». *Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata. Diretta dal Prof. Mario Rotondi dell'Università di Milano (13)* Edizone Cedam. Padova, 1969. 426 págs.

La colección sistemática de jurisprudencia comentada, que dirige el profesor MARIO ROTONDI, ha sido mencionada varias veces en este Anuario. Su buen éxito lo evidencia la publicación de este número trece de la colección.

Tema del libro reseñado, según su título, parece ser el arbitraje de Derecho; mas, sin duda, por su conexión con el mismo en el Derecho italiano, se hace referencia también al contrato preliminar de arbitraje (cláusula compromisoria) y al arbitraje de equidad.

El índice de la obra es el siguiente: Naturaleza jurídica del arbitraje, los contratos compromisarios, los árbitros, relaciones entre la competencia ordinaria y la arbitral, la cuestión de la legitimidad constitucional del juicio arbitral, el procedimiento arbitral, el laudo, el depósito del laudo y el decreto del juez, los medios de impugnación, la impugnación, la revocación. Facilita el manejo de la obra, un buen índice analítico.

Cada tema se trata mediante una breve introducción, seguida de cita literal del considerando de la oportuna sentencia. Proceder normal, que a veces se rompe; señalándose sólo la cuestión o siguiendo al texto de la sentencia algunas frases de comentario.

La cita de los textos jurisprudenciales se limita a la parte de los mismos considerada oportuna; no se hace referencia a los antecedentes de hecho, con lo que en ciertos casos no se logra conocer debidamente la trascendencia de lo resuelto.

R.

SINISCALCO, Marco: «*Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*». Milano. Dott. A. Giuffre editore, 1969. 176 págs.

Se estudia la cuestión de la irretroactividad de las leyes en materia penal, dentro del tema general de las disposiciones intertemporales. Consideradas éstas como «Localización en el tiempo de las situaciones jurídicas», se en-

tiende que, en las leyes penales, dicha localización se encuentra en «el momento del delito cometido». Respecto de las leyes penales se destacan dos peculiaridades.

La primera, que una regla de la «Constitución republicana italiana establece: «Ninguno puede ser castigado más que en virtud de una ley que entró en vigor antes del hecho cometido» (art. 25, 2.º). Precepto que tiene las notas de heteronómico y limitativo del poder del legislador y de que ha de considerarse como de mero sentido programático.

Para determinar la irretroactividad de las leyes penales, se ha destacado como otra peculiaridad la importancia de la distinción entre disposiciones sustantivas y disposiciones procesales. A las primeras les será aplicable la regla de la irretroactividad, pero no a las segundas. ¿Dónde establecer entonces el límite entre unas disposiciones y las otras? Autores norteamericanos han dicho que la distinción es artificial e ilusoria; como «remedy» se entienden las más variadas instituciones (así, la compensación, la prescripción, la culpa concurrente) y, además, hay que tener en cuenta la admisibilidad de los diversos medios de prueba y su valoración.

De todos modos, el criterio de relatividad sin límites —añade— sería esquematizar con exceso el problema. La investigación hermenéutica no se ha desarrollado en una sola dirección. Es posible que el legislador utilice la distinción de leyes sustantivas y de leyes procesales, y defina lo que por ella entiende. Es posible que se refiera a una y otra categoría, limitándose a su expresa referencia; y, entonces, habría que proceder a su interpretación. También puede darse que el legislador establezca, en orden a determinada institución, una disciplina compleja, relacionada con las categorías de leyes sustantivas y de leyes procesales.

Como resultado final, se nos dice que habrá de considerar las *funciones* que las disposiciones individuales alcanzan en el interior de la norma-regla de conducta. Se atenderá a «la desventaja sustancial» que pueda resultar para el acusado, al posible despojo de un «derecho sustantivo», comprendiendo en ello las disposiciones procesales que resulten en su beneficio. No estando, por tanto, justificada —termina— la exigencia de distinguir las leyes en sustantivas y procesales, para aplicar rígidamente y siempre una disciplina diversa, en Derecho intertemporal.

R.

REVISTAS

A cargo de
Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano
Antonio Manuel Morales Moreno
Ignacio Solís Villa

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

ESPINAR LAFUENTE, Francisco: *El derecho como garantía*, RGLJ, julio-agosto 1970, págs. 23-97; septiembre 1970, págs. 238-278.

Se sientan las bases de una nueva visión del Derecho, que el autor califica como teoría social formal. La dimensión esencial del Derecho es su aspecto de garantía, teniendo su base principal en una realidad social que está en continua transformación. Frente a la consideración del Derecho como un fenómeno de opresión o de mando, se muestra al Estado como deudor de la Ley no en el sentido de que tenga un deber ético de cumplir sus propias normas, sino como un deber de hacer cumplir a todos, del modo más objetivo posible, las leyes en vigor, incluso aquellas que afecten a los grupos de mayor importancia socio-política; consecuentemente, los individuos y grupos serían los acreedores del Derecho.

VILLAR ROMERO, José María: *El desuso de las normas jurídicas*, RDP, julio-agosto 1971, págs. 709 a 715.

Según palabras del propio autor el desuso de la ley tiene una virtualidad evidente tratándose de la costumbre, de los principios generales del Derecho y de la doctrina legal; también en varias de las legislaciones forales y especialmente en las de Aragón y Galicia. Y por lo que respecta a la ley, no obstante lo dispuesto en el artículo 5 del C. c., no puede negarse que en determinadas circunstancias puede conducir el desuso a una privación real de efectos obligatorios de la norma escrita.

2. Derecho de la persona

GOMAA, Nooman M. K.: *La réparation du préjudice causé par les malades mentaux*, RTDC, enero-marzo 1971, págs. 29 a 60.

Estudio de la responsabilidad civil de los enfermos mentales sobre el cambio introducido por la Ley de 3 de enero de 1968, que establece el prin-

cipio de responsabilidad de dichas personas frente al principio contrario adoptado anteriormente por la jurisprudencia.

KAYSER, Pierre: *Les Droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*, RTDC, julio-septiembre 1971, págs. 445 a 509.

Tras de una introducción sobre el concepto de los derechos de la personalidad, se pasa a estudiar su clasificación —excluyendo los derechos a la vida, a la integridad física, al honor, al trabajo, a la salud y al descanso—, equiparando unos a los derechos reales y otros a los de crédito. El derecho de autor y el de inventor es objeto de una mención aparte. Finalmente, se aborda el régimen de estos derechos, tratándose de sus caracteres, así como de su protección.

MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: *La Ley de libertad religiosa y su incidencia sobre el Código civil*, RDP, octubre 1971, págs. 954 a 987.

Tras una panorámica general en torno al tema, se estudia la elaboración legislativa de la libertad religiosa. Se sigue analizando las materias del Código civil afectadas por esta Ley, para concluir estudiando el artículo 42 del Código civil como cuestión de Derecho constituyente.

OVERSTAKE, Jean-Francis: *Le contrat de mariage des incapables*, RTDC, enero-marzo 1971, págs. 1 a 28.

Comentario sobre la aplicación del principio *hobilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* en el ordenamiento francés a raíz de las leyes de 13 de julio de 1965 sobre régimen matrimonial y de 3 de enero de 1968 sobre los mayores de edad incapacitados.

3. Derechos reales

ARREGUI LUCEA, MIRÓ GIBERT: *Los planes de extensión turístico-residencial en el área metropolitana de Madrid*, RDU, marzo-abril 1971, págs. 13 a 35.

Se estudia el área metropolitana de Madrid, el Plan General de Ordenación urbana del Área Metropolitana de Madrid, las normas para la tramitación y aprobación de los planes de extensión turístico-residencial, la zonificación, la red viaria, las obras de urbanización, los servicios urbanos y las normas de tramitación.

BOLEA FORADADA: *La infracción de las normas de construcción y urbanismo*, RDU, mayo-junio 1971, págs. 57 a 76.

Conferencia pronunciada el 5-V-1971 en la clausura del ciclo organizado por el Colegio de Abogados de Zaragoza sobre Derecho urbanístico. Se estudia la infracción urbanística, la relación entre el índice de especulativo

y este tipo de infracciones, las infracciones urbanísticas y el principio de igualdad, las infracciones urbanísticas y el silencio administrativo, los órganos encargados de velar por el cumplimiento de las normas de urbanismo; las medidas preventivas, las sanciones, las responsabilidades, la anulación y revocación de acuerdos en materia de urbanismo.

DÍEZ-PICAZO, Luis: *Los límites del Derecho de propiedad en la legislación urbanística*, RDU, mayo-junio 1971, págs. 13 a 33.

Conferencia pronunciada el 4-V-1971 en el Ciclo de Conferencias sobre Urbanismo celebrado en Valencia, en la que el autor presenta una nueva visión del derecho de propiedad, a la luz del artículo 61 de la Ley del Suelo, como atribución a los particulares de las facultades de gestión y explotación de los bienes con el fin de obtener su rentabilidad óptima y su mayor beneficio social posible.

FERRARO, Doménico: *Algunos aspectos relevantes de la Ley urbanística italiana de 6 de agosto de 1967*, RDU, marzo-abril 1971, págs. 49 a 78.

Se estudia el valor de la aprobación del acuerdo de adopción del plan regulador general de urbanismo elaborado por cada Ayuntamiento, los poderes del presidente de la República sobre la aprobación del plan, la naturaleza de la licencia de construcción, las líneas y las prescripciones de zona y la eficacia de la variante del Plan Regulador General. El artículo contiene además un comentario final del profesor D. Rodella.

FUENTES BODELÓN, Fernando: *La usucapión de aguas públicas como mito y como realidad jurídica*, RDN, julio-diciembre 1970, págs. 129 a 204.

El presente trabajo contiene la parte fundamental de la tesis doctoral del autor. Se inicia exponiendo la evolución histórica de la prescripción de aguas públicas, dentro de la cual se señala el criterio restrictivo que en cuanto a la misma mantiene un proyecto de reforma de la Ley de Aguas, redactado por el Ministerio de Obras Públicas y el Instituto de Estudios Políticos, y al que diversos organismos han formulado observaciones; a continuación se ofrece una visión del Derecho comparado y se estudia la regulación positiva en nuestro ordenamiento, con un amplio uso de la doctrina del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado. La parte final va dedicada al estudio del título justificativo de la usucapión, distinguiendo entre una titulación normal (acta de notoriedad) y otra excepcional, dentro de la que se incluye la sentencia judicial, el expediente de dominio y los procedimientos administrativos especiales para concentración parcelaria y ciertas comunidades de regantes.

GUAITA, Aurelio: *Organización administrativa del urbanismo*, RDU, enero-febrero 1971, págs. 21 a 44.

Conferencia pronunciada el 12-V-1970 en Las Palmas, con motivo de las VIII Jornadas Canarias, en la que se trata, en relación con el urbanismo, de la organización que quería establecer la Ley del Suelo, la creación del Ministerio de la Vivienda, el Consejo Nacional de Urbanismo y Ordenación del Territorio, la Organización provincial o insular del urbanismo y el papel encomendado en el mismo a los Ayuntamientos.

PASCUAL GIMENO, Salvador: *El suelo urbano*, RDU, mayo-junio 1971, págs. 35 a 56.

En esta conferencia, pronunciada el 5-V-1971 en el Ciclo de Conferencias sobre Urbanismo celebrado en Valencia, se exponen los siguientes temas: necesidad del suelo urbano; influencia de los planes de urbanismo en el suelo urbano; urbanización y servicios públicos; régimen actual del suelo; impuestos y tasas sobre el suelo urbano; solares en playas y promociones urbanísticas; solares propiedad de la Administración; la repercusión del suelo en el coste de la vivienda; la nueva ordenación del suelo; los sistemas de polígonos por la Gerencia de Urbanización del Ministerio de la Vivienda; el sistema por expropiación forzosa; el sistema de municipalización o nacionalización del suelo; el sistema de pago del solar con obra sobre él.

PASTOR RIDRUEJO, Félix: *La propiedad urbanística y su legitimación: planes y licencias*, RDU, enero-febrero 1971, págs. 45 a 69.

El autor aboga por una mayor seguridad en el tráfico de los derechos urbanísticos mediante la concesión de una mayor protección al tercero de buena fe por lo que se refiere al ajuste de las obras realizadas a la licencia concedida, así como mediante un mayor respeto de los derechos adquiridos a la hora de introducir cambios en este sector del ordenamiento.

4. Obligaciones y contratos

BATIFFOL, Henri: *La "crise du contrat" et sa porté*, Arch. de Philos. du Droit, XIII, 1968, págs. 13 a 30.

Se constatan límites que progresivamente han ido contradiciendo la idea de contrato (individualista) imperante en el siglo XIX, límites como reglas imperativas en materia contractual, control de la ilicitud de la causa, contratos de contenido impuesto, obligación de contratar o de hacerlo con persona determinada, intervención de los Tribunales en la integración del contrato, estipulaciones en favor de tercero.

A la luz de estos hechos se analiza el tema de la libertad contractual (contrato de adhesión), contrato de contenido prefijado por la ley). "La

libertad se ejercita incluso en la adhesión voluntaria a un sistema organizado", sobre todo, reconocido el carácter racional o razonable de la regulación propuesta. El contrato de contenido prefijado (ej., matrimonio) no es verdadero contrato (la determinación de sus efectos y conclusión de los mismos no está predeterminada por la voluntad).

Se señala un progresivo objetivismo contractual expresado en la interpretación constructiva, condiciones esenciales de validez señaladas por la ley, producción de efectos respecto a tercero.

GÓMEZ CALERO, Juan: *La prestación exorbitante y su posible incidencia en la relación arrendaticia urbana*, RDP, octubre 1971, págs. 925 a 953.

En el estado actual de nuestra legislación no es posible identificar plenamente "prestación imposible" y "prestación exorbitante", en orden a sus efectos sobre la relación obligatoria. Es relevante la distinción entre "prestación exorbitante originaria" y "prestación exorbitante sobrevenida". Cuando se produce la primera puede lograrse la anulación del negocio jurídico a través de la doctrina del error *in substantia*. Cuando la segunda tiene lugar se puede lograr la extinción de la obligación a través de la cláusula *rebis sic stantibus*, que se sobreentiende.

En el ámbito de la relación arrendaticia urbana podría llegar a constituir prestación exorbitante la obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato, en cuyo caso los imperativos del Derecho impondrian un aumento de renta. También en este ámbito puede constituir prestación exorbitante la obligación del arrendador de hacer las reparaciones necesarias para conservar la edificación arrendada en estado de servir para el uso convenido; en tal caso se puede emplear como correctivo para liberarle la doctrina del abuso del Derecho.

DE LOS MOZOS, José Luis: *La donación en el Código civil y el problema de su naturaleza jurídica*, RDP, septiembre 1971, págs. 803 a 821.

La donación aparece regulada en el Código civil como un contrato traslativo de cosas, en los artículos 618 ss., funciona como un título para la transmisión de la propiedad, y para su perfección requiere, juntamente con la aceptación del donatario, el cumplimiento de la forma legalmente prescrita como requisito esencial. Esta regulación, referida a las donaciones *inter vivos*, no prejuzga ni excluye la subsistencia de donaciones *mortis causa*, ni implica el que a ellas haya que aplicar el régimen de las primeras. Tampoco se excluye el concepto de donación, a la donación manual de cosa mueble, ni a la llamada donación liberatoria, aunque una y otra presentan sus naturales especialidades.

Son extrañas a la donación y quedan por tanto fuera de este campo, la donación como causa y la donación como acto de liberalidad. En el primer caso su existencia se revela indirectamente, pero aparece patente en el propio Código; en el segundo se configuran particulares figuras concretas

de Derecho de familia o de sucesiones, que alcanzan una tecnificación propia y una función específica, aunque en el fondo de las mismas quede subyacente el *animus donandi*. La que no queda claramente comprendida por ninguna parte es la llamada donación obligatoria.

RIEG, Alfred: *Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX siècle*. Arch. de Phil. du Droit, XIII, 1968, págs. 31 a 49.

Estudio del contrato en la teoría del negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*). El sustrato del negocio es la voluntad (filosofía del s. XVIII y XIX). Polémicas sobre voluntad y declaración.

Análisis del elemento constitutivo del contrato (voluntad, declaración). La fuerza de la voluntad contractual se encuentra primero en ella misma, posteriormente en la ley (BRINZ, ZITELMANN, ENNECCERUS).

Hay autores, como SAVIGNY (voluntarismo), que extienden el dominio del contrato más allá del Derecho de obligaciones (Derecho internacional, contratos reales, contratos de familia), mientras que otros lo restringen.

STOYANOVITCH: *La théorie du contrat selon E. B. Pachoukanis*, Arch. de Philos. du Droit, XIII, 1968, págs. 89 a 98.

El contrato es producto de la infraestructura de cambio económico, modo de producción capitalista. La crisis del contrato clásico y anuncio de su próximo fin se producirá el día en que la producción económica, regulada por las leyes del mercado, sea reemplazada por una producción totalmente planificada y el cambio por equivalencia por una distribución según las necesidades de cada cual.

La presencia del Estado en el contrato no es sino la de la clase dominante, que quiere que las operaciones de cambio se desarrollen en paz.

VILLEY, Michel: *Preface historique à l'étude des notions de contrat*, Arch. de Philos. du Droit, XIII, 1968, págs. 1 a 11.

Nuestra teoría del contrato no está elaborada por juristas, sino por un grupo de filósofos de la Europa moderna, partiendo de unas ideas fundamentales (primero, la voluntad del individuo; más tarde, la del Estado, representada en la Ley). Influyen moralistas: respecto a la palabra dada (Evangelo), llamada al honor (Neoestocismo) y filósofos: Hobbes, Locke, Kant...

Frente a esta noción idealista, otra realista: Aristóteles, el Derecho romano y el Derecho musulmán. El Derecho romano se instaló en la observación de las cosas (*negotia*), y por tanto, describe el mundo de los negocios tal como son.

5. Derecho de familia

CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *La capacidad del adoptante*, RDN, julio-diciembre 1970, págs. 75 a 128.

El autor, conocido por los estudios dedicados a la adopción, examina en éste un punto concreto de la última reforma de 4 de julio de 1970: la capacidad del adoptante en su doble aspecto de capacidad civil y requisitos de edad, prescindiendo del estudio de las prohibiciones. Se exponen las principales regulaciones extranjeras y se analiza la evolución histórica del Derecho español, para entrar de lleno en la Reforma de 1970. En cuanto al requisito de que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles, se recoge la opinión de algún autor que cree que con ello se modifica el régimen establecido en 1958, pues no podrán adoptar no sólo los comprendidos en el artículo 32 del Código civil, sino tampoco el concursado y el quebrado. Se juzgan acertadas las reducciones de la edad mínima para adoptar y de la diferencia mínima de edad, así como el apartarse de otros sistemas al no establecer un tope máximo de diferencia de edad, pues la aprobación judicial vendrá a impedir aquellas adopciones que por ese motivo, no establecido expresamente, puedan considerarse no convenientes según las circunstancias. Es elogiable la supresión de los requisitos de edad cuando se trata de adoptar al propio hijo natural.

CHARTIER, Yves: *Domicile conjugal et vie familiale*, RTDC, julio-septiembre 1971, págs. 510 a 581.

Tras una consideración inicial de los conceptos de domicilio conyugal y de vida familiar, se pasa a estudiar la determinación de aquél, su definición y la obligación de cohabitar que recae sobre los cónyuges. Una segunda parte de este trabajo se dedica a los problemas jurídicos planteados por el desarrollo de la vida familiar fuera del domicilio conyugal.

DE LA MARNIERRE, E. S.: *Les techniques d'interprétation de la loi*, RTDC, abril-junio 1971, págs. 231 a 249.

Con referencia a la aplicación de la reforma de los regímenes matrimoniales, llevada a cabo por ley de 13 de julio de 1965, el autor se ocupa sucesivamente del derecho de la mujer a disponer de sus propios bienes, de la separación judicial de bienes, de la naturaleza jurídica de los frutos de los bienes propios y de los salarios de los cónyuges, y de la modificación del régimen económico matrimonial en interés de la familia.

MAURICE, René: *Les effects de la parenté et de l'alliance en ligne collatérale*, RTDC, abril-junio 1971, págs. 250 a 278.

Se estudian los efectos inter vivos y los efectos mortis causa. Dentro de los primeros, los de orden personal y los de orden pecuniario. En los segundos, las relaciones de reciprocidad y las relaciones de concurrencia.

PLANCHUELO ARIAS, Emilio: *Estudio jurídico-sociológico del régimen familiar en las comarcas lúcenses*, RDN, julio-diciembre 1970, págs. 233 a 259.

Frente a la compañía familiar tal como la regula la Compilación, de difusión escasa, existe otra forma usual, cuyo origen está en las mejoras que, con ciertas obligaciones y condiciones, se hacen en testamento o capitulaciones matrimoniales; en otras comarcas tiene un carácter más bien moral que jurídico. Se señala el progresivo decaimiento de los capítulos matrimoniales, que, no obstante, siguen conservando una importancia relativa en determinadas zonas, dentro de las cuales, las de la montaña ocupan por lo general los últimos puestos, en contra de lo que a primera vista pudiera pensarse. Se estudia el modo habitual de dotar y la tendencia contraria al salario familiar de los que conviven en la casa.

SISTACH, Luis M.: *Reflexiones ecuménicas en torno a la legislación española que regula el matrimonio civil*, RGIJ, septiembre 1970, págs. 279 a 292.

Nuestro ordenamiento ha venido manteniendo un criterio restrictivo en cuanto a qué entiende por no "profesar la religión católica" a efectos de contraer matrimonio civil, sobre todo en el caso de que uno de los contrayentes hubiere pertenecido a la Iglesia Católica. El Decreto de 22 de mayo de 1969, que modifica el Reglamento del Registro Civil, de conformidad con la Ley reguladora de la libertad religiosa, viene a facilitar notablemente dicho matrimonio. Después de exponer la evolución histórica, el autor enjuicia la Reforma, encontrándola positiva en general, si bien cree que en algún punto resulta aún insuficiente, sobre todo al exigir junto a la declaración del interesado una notificación al Párroco, que en algún supuesto puede incluso suponer una mayor coacción moral que la existente bajo el régimen anterior.

VICENTE TORRALBA, O.: *Las recompensas entre las masas patrimoniales y la depreciación monetaria*, RCDI, mayo-junio 1971, págs. 553 a 564.

Lo más frecuente es que las recompensas se realicen en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Esta circunstancia lleva en sí misma implícito un problema grave, que se proyecta sobre la práctica de las recompensas: la depreciación monetaria. Se analiza este problema, llegando el autor a esta conclusión: "Parece que resulta más conforme con el espíritu que inspira el Código la consideración de las deudas entre las masas patrimoniales como deudas de valor, ya que ello no repugna a la *mens legislatoris*, sino que, por el contrario, parece ser la solución concorde con ella".

II. DERECHO HIPOTECARIO

BONILLA ENCJNA, Juan Francisco: *Nacimiento de los derechos susceptibles de trascendencia registral. El consentimiento como requisito previo al procedimiento de registración*, RCDI, mayo-junio 1971, págs. 531 a 551.

Se estudia el consentimiento sustantivo y el consentimiento formal en el sistema hipotecario español. Respecto al consentimiento sustantivo se advierte: "No cabe una adaptación a nuestro sistema del consentimiento sustantivo ni desde el punto de vista civil ni desde el hipotecario". En cuanto al consentimiento formal llega a paralelas conclusiones, analizando los tres supuestos en que se afirma su existencia: Modificaciones de entidades hipotecarias, hipotecas voluntarias unilateralmente constituidas, consentimiento ante la cancelación (art. 82 L. H.).

CRISTÓBAL-MONTES, Angel: *Dos presupuestos de la disminución de la garantía hipotecaria*, RCDI, mayo-junio 1971, págs. 565 a 643.

El trabajo contempla el problema de la relación entre los artículos 1.215 y 1.894 del Código civil venezolano, perecimiento y deterioro de bienes hipotecados, insuficiencia de la garantía hipotecaria.

CHICO ORTIZ, José María: *Las urbanizaciones, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad*, RCDI, mayo-junio, págs. 481 a 529.

Se hace, en primer término, una consideración de los problemas derivados del derecho urbanístico, en donde considera, las consecuencias registrales a tener en cuenta por la existencia de planes de ordenación, las consecuencias registrales de la falta de planes de ordenación y qué debe entenderse por urbanización. A estas consideraciones siguen otras sobre la urbanización dentro de la Ley del Suelo, la urbanización en el Derecho turístico y la urbanización privada.

III. DERECHO MERCANTIL

3. Cosas mercantiles

MULLERAT BALMAÑA, Ramón M.: *La obligación de reseñar el nombre del autor junto a las marcas distintivas de productos químicos, farmacéuticos y análogos*, RDP, septiembre 1971, págs. 821 a 823.

Se analiza la necesidad que impone el ordenamiento jurídico español de hacer figurar junto a las marcas relativas a productos químicos, farmacéuticos, medicinales o veterinarios, el nombre del autor, según el artículo 128, párrafo 1º del Estatuto de la Propiedad Industrial.

Este precepto se expresa en estos términos: "En las marcas denominati-

vas que se apliquen para distinguir productos químicos, farmacéuticos, medicinales o veterinarios se hará constar el nombre del autor o del solicitante, con la debida autorización de aquél, sin que esto impida que la denominación quede reivindicada".

4. Obligaciones y contratos

JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael: *El préstamo con garantía de título representativo de mercancías depositadas*, RDM, abril-junio 1970, págs. 233 a 261.

Como antecedente necesario para llegar a un concepto de la institución, se caracteriza previamente el título representativo en sí, con amplias referencias al Derecho histórico español y a los principales ordenamientos extranjeros. El autor sostiene que dicho título contiene un derecho real de naturaleza posesoria, que no afecta por tanto al dominio, y que fundadamente con relación a nuestro sistema en la figura de la posesión mediata. Termina señalando los caracteres esenciales de dicho préstamo que se reduce en esencia a ser un contrato bilateral, oneroso, consensual, no formal y perteneciente a la zona "inalienable" del Derecho mercantil actual.

LATOUR BROTONS, Juan: *Contrato y subcontrato de distribución*, RDP, julio-agosto 1971, págs. 715 a 720.

Estudia el contrato de distribución, destacando su naturaleza jurídica, elementos personales, contenido y elementos formales, así como el subcontrato de distribución.

6. Derecho marítimo

DUQUE, Justino F.: *Notas sobre la publicidad del naviero*, RDM, abril-junio 1975; págs. 173-231.

El objeto del presente trabajo es estudiar la influencia de la publicidad en la atribución al naviero o al propietario del buque de las responsabilidades surgidas en torno al mismo. Después de exponer la situación del Derecho comparado, se examina el sistema español distinguiendo dos aspectos: A) Publicidad registral. Es insuficiente, pues no acoge todas las figuras jurídicas mediante las que un no propietario explota como naviero un buque y por otra parte no es apta para señalarnos a una empresa como explotadora de un buque concreto y determinado. B) Publicidad al margen del Registro. El término se emplea aquí en un sentido lato, incluyendo cualquier medio por el que los terceros tienen un conocimiento efectivo del hecho de que el propietario no explota el buque, siendo otro el naviero. Frente a estos terceros no responde el propietario de los créditos derivados de la navegación, excepto en el caso de que redunden en beneficio del buque. Se plantea el autor si a este conocimiento efectivo puede equipararse el presunto, obtenido a través

de medios de comunicación a la generalidad, respondiendo que no, pues el tercero siempre podrá probar que a pesar de ellos no conoció la verdadera situación. Tras estudiar la influencia de la publicidad en la delimitación de responsabilidades entre naviero y porteador con relación al cargador, se aborda el problema de los acreedores extracontractuales; a éstos en principio quien sea el propietario le es indiferente, pues siempre responde el naviero y únicamente la existencia de privilegios marítimos supone una excepción a esta regla. Se señala también la irrelevancia de la publicidad en las relaciones internas entre naviero y propietario.

IV. DERECHO NOTARIAL

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Documento en Roma*, RDN, abril-junio 1970, págs. 51-84.

Tras una caracterización precisa de los diversos oficios entre los que se repartía la función documental en Roma, se estudian los sistemas de contratación y su relación con el documento, manteniéndose que el verdadero precedente de la intervención notarial en los documentos se encuentra únicamente en la actuación del magistrado, y no en la de otros funcionarios que, a pesar de sus denominaciones más próximas a las actuales, sólo tenían una función meramente material.

V. DERECHO PROCESAL

1. Parte general

ORIOL Y URQUIJO, Antonio María: *El centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y la reforma de la Justicia*, RGLJ, octubre 1970, páginas 439-505.

La L.O.P.J. de 1870, a pesar de su bondad intrínseca, ha quedado desfasada en muchos puntos respecto de las necesidades actuales. La urgencia de la reforma es algo en que existe unanimidad, por ello se ha acometido animosamente, existiendo ya tres anteproyectos de Leyes de Bases que afectan respectivamente a la Ley Orgánica de la Justicia y a los Códigos procesales civil y penal. Se ha procurado la intervención de todos los organismos interesados, mediante la petición de informes y opiniones, algunas de las cuales se exponen como especialmente significativas. A continuación se trazan las líneas generales de la reforma, que en síntesis son: 1.º) Elaboración detenida (los primeros trabajos se remontan a 1959). 2.º) Coordinada y total, pues se ha buscado la máxima armonía entre los tres anteproyectos. 3.º) Respeto al Derecho tradicional español, aunque completado allá donde sea insuficiente por las aportaciones de la ciencia y el sentir general de la sociedad. 4.º) Independencia, exclusividad y eficacia de la función jurisdiccional. 5.º) Aumentar las facultades del Juez en el proceso, si bien se deja un margen de ac-

tuación a las partes, que por otra parte cuentan con un sistema adecuado de garantías. 6.º) Mayor efectividad del principio de igualdad ante la Justicia.

RUIZ-JARABO Y BAQUERO, Francisco: *Homenaje a una Ley centenaria (La Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870)*, RGLJ, octubre 1970, págs. 359-438.

Se comienza exponiendo las dificultades y vicisitudes que atravesó a lo largo del siglo XIX la reforma de la organización judicial y la influencia decisiva que tuvo en la aprobación de la L.O.P.J. la Revolución de 1868. Acto seguido se pasa a examinar la sistemática y directrices fundamentales de la Ley, haciendo especial referencia al principio de independencia y separación de la Magistratura, en su doble aspecto de protección frente a presiones externas e internas al mismo poder judicial. Se concluye resaltando la figura de Montero Ríos como artífice de la Ley.

TABOADA ROCA, Manuel: *Los poderes generales para pleitos: facultades que otorgan y actividades procesales que no autorizan*, RDN, julio-diciembre 1970, págs. 7-73.

Como premisa esencial se delimitan los conceptos de representación, mandato y poder, pasándose inmediatamente al estudio especial de esta última figura y de las diversas actuaciones procesales que autoriza el poder general, distinguiéndolas de aquellas otras en las que es necesaria una cláusula especial, tales como avenirse en conciliación, renunciar a la acción, allanarse, interponer recursos extraordinarios, recusar a Jueces y Magistrados y otras varias. Se hace notar cómo en otros casos el poder ha de ser especialísimo, es decir, otorgado en el momento en que sea necesario utilizarlo, siendo inoperante que se haga antes en previsión de esta hipótesis; tal es el caso del poder para pedir la suspensión del curso de los autos, a partir del Decreto de 2 abril 1924. Finalmente se señala cómo determinadas actividades han de ser realizadas precisamente por las partes, y no con o por Procurador. También se estudian los problemas que presenta la representación procesal de las personas jurídicas.

2. Procesos especiales

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Síntesis del Derecho procesal de insolvencia español*, RGLJ, octubre 1970, págs. 506-559.

Este trabajo reproduce con ciertas ampliaciones otro que el autor publicó en un libro-homenaje destinado a ofrecer una visión sintética del Derecho concursal de los diferentes países europeos. En él se expone de un modo sucinto y global el Derecho español sobre esta materia; en diferentes apartados se estudia el concurso de acreedores, la quiebra y la suspensión de pagos, así como las modificaciones que estos tipos básicos sufren al aplicarse a sociedades civiles o mercantiles.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
- AD = Anuario de Derecho (Panamá).
- AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
- AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
- AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
- AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
- BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
- BDIC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
- BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba Argentina).
- BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).
- BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
- BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
- BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
- BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
- BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
- BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
- ODA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
- CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
- CLJ = The Cambridge Law Journal.
- CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).
- DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- DM = Derecho (Medellín, Colombia).
- ED = Estudios de Derecho (Antioquia).
- EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F = El Foro (Méjico).
- FG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).

- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor, Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- RFL = Revista del Foro (Lima).
- RFP = Revista da Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).
- RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
- PGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).

- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
RJD = Revista Jurídica Dominicana.
RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
RLJ = Revista de Legislaçao e Jurisprudência (Coimbra).
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlin).
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
RS = Rivista delle Società (Milán).
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commerciael (París).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart)

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS COMENTADAS

1. Obligaciones en moneda extranjera, responsabilidad contractual y devaluación.

(S. T. S. de 30 de enero 1971.—*Lita, S. A. c. Banco de Bilbao, S. A.*)

1. *Los antecedentes del pleito.*—La Sociedad demandante, que venía dedicándose al envasado y estuchado de leche en polvo y de otros productos similares, para su posterior distribución y venta en nuestro país, previa importación de los mismos desde Holanda, había comprado con las correspondientes licencias administrativas, a una cooperativa holandesa, denominada Nationale Cooperative Zuivelverkoopcentrale, doscientos mil kilogramos de la mencionada mercancía, por un importe total de 414.000 florines holandeses. Para pagar esta suma, la Sociedad actora, el día 15 de noviembre de 1967, solicitó y obtuvo del Banco demandado la emisión por éste de un cheque. Este cheque fue librado por el Banco de Bilbao, con cargo al Amsterdam Rotterdam Bank de Amsterdam, por un importe de 413.500 florines. Según los antecedentes de hecho del pleito, el cheque, aunque entregado materialmente a Lita, S. A., fue ya extendido en su origen a la orden de la Nationale Cooperative Zuivelverkoopcentrale, a quien “Lita, S. A.”, se lo remitió.

Aunque en el momento de la emisión del cheque “Lita, S. A.” carecía de fondos en su cuenta corriente con el Banco, hizo de manera inmediata un importante ingreso en ella, que cubría prácticamente el contravalor del cheque en aquella fecha.

El cheque de referencia fue cobrado en Amsterdam el día 22 de noviembre de 1967. El día 19 la moneda española había sido devaluada, en virtud de un Decreto dictado en aquella fecha. Al establecerse una nueva paridad de la peseta, se modificó el cambio oficial que regía para el florín holandés, que el 15 de noviembre de 1967, cuando se realizó la emisión del cheque, era de 16,697 pesetas por florín, en tanto que el día 20 era ya de 19,371 pesetas por florín.

En los antecedentes de hecho del pleito se señala que el Banco presentó la correspondiente documentación al Instituto Español de Moneda Extranjera con posterioridad al 19 de noviembre de aquel año.

El pleito surge alrededor de los hechos que sucintamente se han expuesto en las líneas anteriores. El Banco había cargado en la cuenta corriente de la Sociedad actora la cantidad de 8.027.933 pesetas como equivalente o contravalor de los 413.500 florines holandeses establecido al cambio de 19,371 pesetas.

"Lita, S. A.", formuló su demanda solicitando que se condenara a la entidad demandada a abonarle la cantidad de 1.108.185 pesetas en que se cifraba el importe de las diferencias de cambio. La argumentación básica de la parte actora era que, dado el régimen de libertad de comercio y de tenencia de divisas, existente para las entidades bancarias, la Sociedad demandada debía haber tenido ya en su poder, al expedir el cheque de autos, las necesarias divisas en el Banco contra el cual expedía dicho cheque. Si efectivamente existían ya tales divisas en su poder, el Banco de Bilbao se enriquecía indebidamente en perjuicio de la Sociedad actora, puesto que él las había adquirido por un precio inferior al que posteriormente le cobraba. Y si, por el contrario, la Sociedad demandada no poseía aquellas divisas, había dejado transcurrir seis días sin adquirirlas, bien en el mercado libre o bien haciendo la oportuna reserva en el Instituto Español de Moneda Extranjera. En este caso, tal negligencia y tal demora sólo a ella le eran imputables y por lo tanto sólo ella debía sufrir los perjuicios que de la misma se derivaban, indemnizando a la demandante los daños que como consecuencia de ello se le habían ocasionado.

La demanda fue estimada en ambas instancias y el T. S. declaró no haber lugar al recurso de casación.

Como fundamento de su resolución consignó el Tribunal los siguientes considerandos:

a) "En el recurso no se utiliza la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su consecuencia, los hechos que declara probados la sentencia recurrida han quedado firmes en casación, entre los cuales figuran los siguientes: 1.º Que la Sociedad actora y hoy recurrida, titular de licencia de importación referente a una partida de leche en polvo, que había comprado a determinada entidad holandesa, para el pago de esa mercancía, adquirió en el Banco demandado y hoy recurrente, Sucursal de Las Palmas de Gran Canaria, con fecha 15 de noviembre de 1967, un cheque por importe de cuatrocientos trece mil quinientos ochenta y seis florines holandeses, moneda que ya poseía el Banco, el cual cheque fue librado por el propio Banco, con cargo a la cuenta que mantenía con su corresponsal de Amsterdam, y a la orden de la empresa vendedora, y que entregó a la Sociedad actora el mismo día 15 de noviembre de 1967, en calidad de divisas cotizables ya negociadas. 2.º Que en la indicada fecha, el Gerente de dicha Sociedad, en su condición de tal, suscribió impreso del Banco demandado por el que éste, en nombre y por cuenta de aquélla, comunica al Instituto Español de Moneda Extranjera, que ha adquirido en el Mercado de Divisas la antes referenciada cantidad de florines holandeses para atender al pago de la mercancía importada, e ingresó en la cuenta corriente que dicha Sociedad tenía en el Banco demandado cantidad bastante para completar el cargo de la recepción de los florines. 3.º Que la Sociedad actora no difirió lo concertado, que no hubo anterior o posterior solicitud por su parte de aplazar la formalización global de la operación de divisas de que se trata. 4.º Que el valor de cotización oficial del florín holandés en la fecha de libramiento y entrega del cheque era el de diez y seis con seiscientos noventa y siete pesetas por florín, y que con fecha veintiuno del citado mes y año, el Banco dicho cargó en la cuenta de la Sociedad actora el importe del mismo a razón de diez y nueve con trescientas setenta

y una peseta por florín, valor de cotización oficial en ese día de dicha moneda."

b) "Tales hechos probados ponen de manifiesto la intrascendencia o inocuidad del tema que se plantea en el recurso en torno a cual sea la concepción jurídica de la operación de divisas en cuestión, pues se trate de una compraventa, comisión mercantil, o de convención que tenga ese doble carácter, es lo cierto que, en todo caso, tales divisas fueron facilitadas por el Banco a su cliente y adquiridas por éste el día 15 de noviembre de 1967, fecha de la expedición y entrega del cheque, por lo que, y como correctamente estima la resolución impugnada, tal operación de divisas habría de liquidarse con base en el cambio oficial del florín holandés en la expresada fecha, y no con el que tenía el día 21 del mismo mes y año, que fue el aplicado por el Banco, siendo intrascendente, a tal efecto, que el Banco cumpliera a su debido tiempo la obligación de comunicar al Instituto Español de Moneda Extranjera la operación de divisas realizada, ya que la Orden de veinticinco de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, que regula el funcionamiento del Mercado de Divisas, en su norma décima impone tal obligación a las entidades bancarias con funciones delegadas, no a los clientes de los mismos, aparte de que la sentencia recurrida declara, sin impugnación eficaz en el recurso, que la entidad demandada, confiada en una estabilidad de la moneda nacional, prolongada desde el año mil novecientos cincuenta y nueve, se descuidó en cumplir su obligación de intermediaria autorizada para operar en el Mercado de Divisas, notificando la adquisición de la moneda extranjera, objeto de la demanda, con notorio retraso, después de dictarse el Decreto de diez y nueve de noviembre de mil novecientos sesenta y siete sobre nueva paridad de la peseta."

c) "Por cuanto se deja precedentemente expuesto, decaen los tres motivos del recurso, todos ellos formalizados por el cauce del número primero del citado artículo mil seiscientos noventa y dos, toda vez que, y como con pleno acierto se aprecia en el noveno Considerando de la sentencia de primer grado aceptado por la recurrida, la responsabilidad del Banco demandado viene establecida, más que por haber incurrido en negligencia en el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo mil ciento uno del Código Civil, por haber cobrado mayor precio por las divisas vendidas a la actora que el fijado por el cambio oficial en el día de su adquisición."

2. *La calificación de los hechos y de los negocios litigiosos.*—La sentencia que acabamos de transcribir contempla un supuesto que presenta un evidente interés teórico y práctico por situarse en el centro de una serie de problemas de honda repercusión en toda la teoría general de las obligaciones. Estrictamente planteada, la cuestión litigiosa se reduce a determinar quién de las dos partes litigantes debía soportar las consecuencias onerosas que la devaluación oficial de la peseta producía. Supuesto —como se da— que el riesgo de devaluación debiera asumirlo el Banco demandado, era preciso además averiguar la razón o el fundamento jurídico para adoptar una decisión semejante. La sentencia del Tribunal Supremo que comentamos nos deja, sin embargo, con la miel en los labios, como vulgarmente suele decirse. Dicho sea con toda clase de respetos, no llega a profundizar en una materia que hubiera requerido tal vez un análisis más minucioso. En el comienzo del

considerando segundo nos dice el T.S. que los hechos probados "ponen de manifiesto la intrascendencia o la inocuidad del tema que se plantea en el recurso, en torno a cual sea la conceptualización jurídica de la operación de divisas". Parece que se quiere decir con ello que la total certidumbre o la evidencia de los hechos hace innecesaria cualquier calificación jurídica. Entendida así, la afirmación es insostenible. Cualquiera que sea la certidumbre o la contundencia de los hechos, la calificación de tales hechos desde un punto de vista jurídico es un plus añadido a ella, que entraña un juicio sobre el ajuste de tales hechos con los supuestos hipotéticos de las normas jurídicas y con las categorías conceptuales convencionalmente admitidas por la doctrina y por la propia jurisprudencia como premisas del razonamiento y de la decisión (!).

La calificación, en el caso que nos ocupa, parecía además necesaria por dos tipos de razones. En primer lugar, porque sólo a través de ella era posible establecer el modelo o el criterio para medir las obligaciones de las partes y su consiguiente responsabilidad. Además, porque no había sido la misma la calificación sostenida en las sentencias dictadas por los órganos inferiores.

El juez de primera instancia había calificado la naturaleza jurídica del negocio que unía a los litigantes como un *contrato de compraventa*, caracterizado por la especialidad de la cosa que constituyía su objeto, que era dinero o divisas. Al mismo tiempo, según el juez, existía una comisión mercantil, en la medida en que el Banco se había encargado de gestionar la situación de la moneda comprada en el país elegido, evitando el desplazamiento de numerario. Partiendo de esta inicial calificación del negocio como un contrato de compraventa, el juez de instancia razonaba que tal compraventa estaba no sólo perfeccionada, sino ya consumada, el día 15 de noviembre de 1967. Esta perfección y esta consumación del contrato hacían que, aunque no existieran normas contractuales expresas relativas a la determinación del precio, fuera preciso entender que debía consistir en el precio de la divisa el día del contrato, por aplicación del artículo 1.448 del Código Civil (2).

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia no sólo ensayó un examen de la cuestión en la dirección antes apuntada —determinación del precio en un contrato de compraventa—, sino que, introduciendo un giro en su razonamiento, extendió la obligación del demandado, fundándola en la línea de la responsabilidad contractual. Como comisionista, el Banco venía obligado, parece que se piensa, a adquirir la divisa necesaria y a notificar o comunicar

(1) Vid. LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, 1960, páginas 199 y sigs.

(2) El artículo 1.448 del Código Civil dice que «también se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, Bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, Bolsa o mercado, con tal que sea cierto». Prescindiendo ahora de la exactitud de la calificación del negocio como compraventa, tema sobre el que más tarde volveremos, parece claro que la aplicación del artículo 1.448 del Código Civil tropezaba con dificultades de otro tipo. El artículo 1.448 del Código Civil presupone un pacto contractual expreso de referencia al mercado, que en nuestro caso no existía. Aunque se quisiera sobreentender el pacto —«precio corriente»— siempre subsistiría la dificultad del señalamiento del día. Sobre el tema vid. RUBINO: *La compravendita*, Milán, 1962, págs. 259 y sigs.

tal adquisición al Instituto Español de la Moneda Extranjera. El Banco se había descuidado en cumplir con su obligación de intermediario autorizado para operar en el mercado de divisas. Notificó la adquisición de la moneda extranjera con notorio retraso, después de dictarse el Decreto de 19 de noviembre de 1967. Y este retraso es el que genera su responsabilidad.

La Audiencia Territorial de Las Palmas aceptó sólo parcialmente los considerandos del Juzgado. Aunque llegó en definitiva a la misma solución, lo hizo siguiendo un camino en buena parte distinto. Para la Audiencia, la acción esgrimida en la demanda era una acción de resarcimiento de daños, dimanante del artículo 1.101 del Código Civil y del artículo 250 del Código de Comercio. Había existido un retraso o un cumplimiento tardío, imputable a "conducta comercial inadecuada de la sociedad demandada", siendo, además, el término esencial. Este retraso y esta insuficiencia se habían producido "en el curso de la comunicación estadística y controladora de petición de moneda o instancia al IEME", pero también en la "unidad del negocio jurídico", probado como estaba que el mandato de pago o cheque se había entregado a Lita, S. A., el 15 de noviembre de 1967 en calidad de divisas cotizables o negociadas y se había abonado, recibido y admitido en Amsterdam el día 20 de noviembre del propio año.

Sobre estas bases se articularon los motivos del recurso, que eran tres. En el primero de ellos alegaba el recurrente la interpretación errónea del artículo 1.101 del Código Civil, en relación con el artículo 1.104 del mismo cuerpo legal y con los artículos 244, 251 y 252 del Código de Comercio. A juicio del recurrente, el hecho de haberse impuesto la condena como consecuencia de una responsabilidad por daños y perjuicios en que había incidido en virtud de culpa o negligencia, exigía, conforme al artículo 1.104, examinar cuál era la diligencia debida por él, pues esta diligencia tendría que ser la que reclamaría la obligación. En opinión del recurrente, la relación que ligaba a las partes constitúa una comisión mercantil, de la cual no podía derivar para él ninguna responsabilidad, por cuanto que sus obligaciones habían sido cumplidas y además puntualmente cumplidas.

El motivo segundo alegaba la inexistencia del "término esencial", del que había hablado la Audiencia. Y el motivo tercero señalaba que si algún daño se le había producido a la compañía actora, tal daño tenía carácter fortuito, inevitable e imprevisible y había sido debido a un "factum principis", pues había sido una disposición del Gobierno la que había ordenado la devaluación y la nueva paridad de la peseta. De ello se desprendía —a juicio del recurrente— la inexistencia de la necesaria relación de causalidad entre el comportamiento del deudor y el daño alegado, toda vez que la única causa adecuada, que podía ser considerada como fuente generadora del repetido daño, era un acto y una decisión del Gobierno.

Con estos antecedentes puede comprenderse mejor la sentencia comentada, pero se comprende también mejor la evasión que en ella se produce respecto de los capitales, temas que en el pleito y en el recurso se encontraban planteados.

Aun cuando el Tribunal Supremo no profundiza, como decíamos, en la materia, parece desprenderse del texto de la sentencia que se aparta del criterio de la Audiencia y, en cambio, participa más del criterio del Juzgado. En el considerando tercero se lee lo siguiente: "Como con *pleno acierto* se aprecia

en el noveno considerando de la sentencia de primer grado, la responsabilidad del Banco demandado viene establecida, más que por haber incurrido en negligencia del cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1.101 del Código Civil, por haber cobrado *mayor precio* por las divisas *vendidas* a la actora que el fijado por el cambio oficial en el día de su adquisición." Este planteamiento merece alguna revisión e induce a algún comentario.

3. *Daños por incumplimiento contractual y cobro de precio excesivo en una compraventa.—Acción de indemnización y acción de enriquecimiento.*—Como hemos puesto de relieve en las líneas anteriores, todo el debate suscitado en el litigio al que pone fin la sentencia que comentamos parece haber girado en torno a dos planos diferentes y entre sí bastante alejados. Uno de estos planos se encuentra constituido por la tesis, que parece cara al T. S., de que la operación realizada por Lita, S. A., con el Banco de Bilbao, S. A., fue una pura y simple compraventa (compraventa de divisas o compraventa de un cheque) y de que el Banco vendedor había percibido, como consecuencia de dicha compraventa, un precio excesivo ("mayor precio"), hecho que le obligaba a restituir la diferencia. El segundo plano de discusión es la segunda tesis, que afloró en la demanda y fue recogida en los razonamientos de la Audiencia de Las Palmas. Lita, S. A., había sufrido un *daño* en su patrimonio, daño del que era responsable el Banco de Bilbao, que venía por ello obligado a indemnizarlo. Aun cuando en las sentencias de los Tribunales de instancia y en la propia sentencia de la casación ambas tesis quieren aparecer como compatibles entre sí, es decir, como fundamentos intercambiables que permitan llegar a una misma solución, es preciso destacar que carecen entre sí de interna coherencia. Cada uno de los puntos de partida conduce a unas conclusiones diferentes, que son, además, entre sí, incompatibles. Efectivamente: si la operación era una compraventa y el vendedor había percibido en concepto de precio una cantidad superior a aquella a la que tenía derecho, lo que se había producido en rigor era, al menos parcialmente, un cobro de lo indebido, de tal manera que la acción se dirigía a obtener la restitución y era, rigurosamente hablando, una "condictio indebiti" o, si se entendiera que la "condictio indebiti" sólo es viable cuando el "indebitum" ha sido realizado por error, una acción general de enriquecimiento (3). En definitiva, ello significa que el Banco no tenía derecho a percibir la cantidad cobrada, que había obtenido una atribución injusta o sin causa y que debía en esa medida restituir. El planteamiento es completamente distinto en tema de daños. Si la sociedad actora había experimentado un *daño* en su patrimonio, este daño sólo podía haberse producido en la medida en que la cantidad percibida por el Banco hubiera sido justamente cobrada. La incidencia de culpa es lo que convierte a esa disminución patrimonial en un *daño indemnizable* (4). La obligación del Banco no nacería entonces como un deber de restitución, sino como un deber de reparación o de indemnización. Cabría preguntarse si lo que se ejercitó en la demanda fue una acción o fue otra y si los principios

(3) Vid. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. 2.^o Barcelona, 1956, págs. 602 y sigs. También BARBERA: *L'ingiustificato arricchimento*, Nápoles, 1964.

(4) Cfr. DE CUPIS: *Fatti illeciti*, Milán, 1961, págs. 17 y sigs.

procesales de la congruencia de las sentencias permitían alterar libremente el planteamiento articulado por las partes. Es decir, si una u otra "ratio" actuaban como "causae petendi", configuradoras de la acción ejercitada, o eran simplemente utilizadas como fundamentos o alegaciones de derecho, a los que pudiera aplicarse la máxima "iuria novit curia". Es éste un tema procesal que en este momento carece para nosotros de interés especial y que no vamos a abordar. El problema civil—de fondo—estriba en analizar, lo más cuidadosamente que sea posible, la hipótesis que se estudia para extraer de ella la más cumplida calificación.

Situados ya en este terreno, creemos que ninguna de las dos vías apuntadas—compraventa, daños por incumplimiento contractual—parece la adecuada. No puede hablarse de compraventa de un cheque ni cabe configurar la operación concertada por los litigantes como una compraventa. La compraventa es un contrato obligatorio por virtud del cual una de las partes se obliga a entregar a la otra una determinada cosa existente a cambio de un cierto precio en dinero o signo que lo represente. En algún momento parece haber aflorado la idea de que el negocio era una compraventa de divisas—pesetas por florines—. Prescindiendo de que un contrato semejante no es nunca en rigor una compraventa, sino un contrato de cambio de moneda, en nuestro caso el contrato no tiene esa configuración, porque Lita, S. A., no recibió una moneda extranjera, sino solamente un título valor extendido a cargo de un Banco holandés y a la orden de la cooperativa vendedora. Tampoco cabe hablar de "compraventa de un cheque". Respecto de un cheque ya creado, cuando es transmitido por su portador a un tercero, a cambio de un precio, el esquema de la compraventa puede ser aplicable, aunque más exacto parece pensar que en tal hipótesis lo que existe es un negocio de cesión de derechos o un endoso si el título es a la orden. El convenio de creación del título no guarda, sin embargo, con la compraventa ninguna similitud (5).

Tampoco parece aplicable el esquema de la acción de indemnización de daños contractuales. En este punto los razonamientos del recurrente, que el Tribunal considera innecesario examinar, parece que estaban bien fundados. El Banco demandado había cumplido sus obligaciones contractuales. Había emitido el cheque, que fue además pagado a los pocos días al portador legítimo, y había cumplido con su obligación de notificar a la Administración Pública los hechos, en acatamiento de la legislación especial sobre moneda extranjera. Los daños, por consiguiente, no podían derivar de un fenómeno de incumplimiento. ¿Derivaban acaso de un posible cumplimiento tardío o de un supuesto de mora? Sobre este punto habían incidido las afirmaciones de la Audiencia Territorial de Las Palmas, quien había señalado que hubo "retardo o insuficiencia en la ejecución obligacional—término esencial—o cumplimiento tardío imputable a conducta comercial inadecuada de la sociedad demandada". En alguna medida el T. S. acepta también esta tesis. La acepta, en primer lugar, al reiterar expresamente la declaración de la sentencia recurrida de que el Banco se descuidó en cumplir sus obligaciones.

En rigor, no parece que pueda hablarse de una responsabilidad por daños

(5) Cfr. GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1962, pág. 726, y Rev. D. Merc. 1954, II, pág. 7. BONELLI: *La teoría dello check*, R. D. Com., 1914, I, pág. 297, y BOUTERON: *Le cheque*, París, 1924.

y perjuicios del Banco demandado. Como antes hemos señalado, esta responsabilidad por daños y perjuicios sólo podía tener su base en un fenómeno de retardo o de mora, ya que de incumplimiento en sentido estricto, dados los hechos probados, no puede hablarse. Una responsabilidad por retardo o por mora tropieza con muy graves dificultades. Por supuesto, la obligación que asumió el Banco de Bilbao frente a Lita, S. A., no era una "obligación con término esencial" (6). Ni el giro de un cheque en florines ni las posteriores gestiones del Banco frente a la autoridad administrativa estaban sometidas a ningún término y mucho menos a un término esencial. Para el acreedor era indiferente que se realizaran, por ejemplo, el día 17, el 19 o el 25, y era indiferente un retraso de tres, de cinco, de ocho o de diez días. Tampoco cabía hablar de mora, pues la mora, aparte el vencimiento de la obligación, exige una intimación o una interpelación dirigida por el acreedor al deudor, que en nuestro caso no había existido (7).

Pero es que, además, para que pueda hablarse de una responsabilidad por daños y perjuicios es menester que exista una relación de causalidad adecuada entre el incumplimiento contractual del deudor—omisión de prestación, retardo, etc.—y los daños experimentados por el acreedor. En nuestro caso esta relación de causalidad directa no existe y el nexo causal se interrumpe y se quiebra a virtud del hecho de un tercero, que es aquí un "factum principis". El retraso en el cumplimiento de la comisión no produce al comitente ningún daño, como no sea el que pueda afectar a sus relaciones con el tercero frente a quien la comisión se desempeña, no teniendo los cambios en el mercado de divisas prácticamente ninguna fluctuación si la alteración sobrevenida fue debida exclusivamente a una circunstancia imprevisible y ajena por completo al círculo de las partes. Se trataba obviamente de una circunstancia inevitable. Si era o no previsible es algo en lo que en la sentencia no se hace hincapié, aunque puede recordarse que en diferentes ocasiones había sido oficialmente desmentida la medida por el propio Gobierno y que se produjo de modo que ocasionó algunas sorpresas, no obstante los rumores que corrían.

Generalizado además el problema llevaría a pensar que un comisionista a quien no se ha señalado plazo para la ejecución de una comisión es responsable de las elevaciones del precio de adquisición de los objetos o de la elevación del costo de la ejecución de la comisión.

4. *La emisión del cheque como negocio jurídico unilateral y las relaciones subyacentes.*—Vista la inutilidad de los caminos antes esbozados, para llegar a una solución correcta en el punto que nos ocupa parece oportuno reconstruir la calificación de los diferentes hechos, actos y relaciones que entre las partes han mediado. Hay, al parecer, dos relaciones de carácter previo: una es la relación existente entre el Amsterdam Rotterdam Bank y el Banco de Bilbao, que es una relación entre bancos por virtud de la cual el

(6) Sobre el término esencial, vid. FERNÁNDEZ Novoa, *Término esencial*, en A. D. C., 1954, págs. 937 y sigs.

(7) Cfr. BENATTI: *La costituzione in mora del debitore*, Milán, 1968. Aparte de ello, el fundar la responsabilidad del banco en el retardo o en la mora, supondría alterar el esquema de la responsabilidad tasada del deudor moroso —interés moratorio—, haciéndole pechar con el riesgo de devaluación.

segundo de los bancos citados tiene abierta una cuenta corriente en el primero y está autorizado a disponer de ella mediante la emisión de cheques o de talones; otra es la relación entre Lita, S. A., y la cooperativa holandesa, que es una clara relación de compraventa, en la cual la cooperativa es acreedora del precio y Lita, S. A., deudora de dicha suma. Es dentro de este contexto donde debe estudiarse la emisión del cheque, su incidencia en las previas relaciones jurídicas interpartes y las relaciones subyacentes que lo justificaron. La emisión del cheque es un negocio jurídico de carácter unilateral. Se realiza por medio de una declaración unilateral de voluntad del Banco de Bilbao. Por virtud de esta declaración unilateral de voluntad el Banco librador del cheque se constituye en deudor del tomador del mismo y este último adquiere un derecho de crédito. Esta obligación del librador del cheque frente al tomador es una obligación autónoma e independiente del conjunto de las anteriores obligaciones.

Efectivamente: por virtud de la emisión del cheque se constituyó una obligación del Banco frente a la cooperativa holandesa, obligación que era, como antes decímos, autónoma e independiente de la que ligaba frente a la misma cooperativa a Lita, S. A. La cooperativa, en caso de falta de pago del cheque, hubiera podido accionar libremente contra el Banco. El Banco no hubiera podido oponer a esta acción ninguna excepción derivada de las relaciones básicas o subyacentes. La obligación del Banco hubiera tenido que hacerse efectiva incluso en los supuestos de insolvencia sobrevenida (v. gr., quiebra o suspensión de pagos) de la persona por cuya cuenta o por cuyo encargo el Banco actuaba.

Quiere, pues, decirse que la obligación o deuda del Banco se superponía, por decirlo así, a la obligación, todavía subsistente, de Lita, S. A., como entidad compradora de una mercancía y deudora del precio de la compra. En el conjunto de estas obligaciones anteriores la emisión del cheque y la promesa, que en dicha declaración de voluntad se encontraba implícita, parecen constituir una "delegación pasiva" y una "delegación promisoria". Es una delegación pasiva porque el Banco se constituye en deudor del acreedor y lo hace por invitación del deudor inicial. Es una delegación promisoria porque el Banco cumple la invitación no realizando inmediatamente una prestación, sino emitiendo una promesa. No había, sin embargo, genuina asunción de deuda, pues el deudor inicial no quedaba liberado. Se produce una forma de acumulación o, si se quiere, una asunción acumulativa (8).

Como quiera que el pleito se plantea en la línea de las relaciones entre el Banco y Lita, S. A., se hace preciso estudiar cuál fue la causa subyacente de la emisión del cheque y de la promesa de pago que el cheque implicaba. Desde este punto de vista, es acertada la calificación del fenómeno como una "relación de comisión". El Banco actuaba como un comisionista, en la medida en que realizaba un acto jurídico por cuenta y por encargo de otra persona. Por virtud de esta relación de comisión, el Banco tenía derecho a percibir un precio por su servicio y a quedar indemne o a ser resarcido de los gastos, desembolsos y daños que el cumplimiento de la comisión le hubiese irrogado (cfr. art. 28 del C. de C. y arts. 1.728 y 1.729 del C. C.). El crédito

(8) Vid. BIGIAVI: *La delegazione*, Padua, 1943; PACCHIONI: *Delegazione passiva e assegno bancario*, R. D. Com., 1910, II, pág. 770.

del Banco, después de haberse efectuado el pago del cheque, frente a Lita, Sociedad Anónima, es un crédito de reembolso. Por consiguiente, cualquier acción de Lita, S. A., frente al Banco, por entender haber pagado mayor cantidad de la debida, no es nunca una acción de resarcimiento de daños, sino una "condictio indebiti" o una acción de enriquecimiento sin causa.

Si el crédito del Banco frente a Lita, S. A., era el crédito de reembolso de un comisionista o mandatario, parece claro que tal crédito debería ser igual o equivalente al desembolso que para el Banco hubiera supuesto el cumplimiento de la comisión. En nuestro caso concreto esto hubiera exigido un examen, que en el pleito no se hace, de la relación de provisión de fondos entre el Banco de Bilbao y el Amsterdam Rotterdam Bank. Esta provisión de fondos podía ser de dos tipos diferentes: o bien el Banco de Bilbao tenía previamente constituido un depósito de florines en el Banco librado, o bien el Banco librado había autorizado al Banco librador para girar contra él sin previo depósito. En el primer caso, me parece claro que el desembolso del comisionista es el importe del nominal en florines del cheque, medido por su antiguo cambio o cotización, pues éste era el coste que tal suma de dinero había representado para él. En cambio, la cuestión era diferente si el Banco giró sin suficiente provisión, pues en tal hipótesis la reposición en la cuenta tendría que haberse hecho mediante florines obtenidos al nuevo cambio. Sólo en estos términos parece que el asunto puede encontrar una solución justa. La cuestión podía suscitar únicamente dificultades de prueba. En principio estas dificultades de prueba pueden dar lugar a dos soluciones. De acuerdo con la primera, era al Banco a quien correspondía justificar el mayor desembolso, y no habiéndolo hecho su cliente podía lícitamente reclamar contra la factura. En tal caso sólo una aceptación "a posteriori" del cargo a cuenta hubiera dejado la situación inatacable. La segunda solución consistía en imputar la carga de la prueba al actor en el pleito, considerando como hecho constitutivo de su demanda el carácter objetivamente indebido del cargo en cuestión. En este caso hubiera correspondido al actor la necesidad de probar la anterior adquisición y depósito de las divisas por el Banco. En la necesidad de optar por una u otra solución, me inclino por la primera, lo que en definitiva significa llegar a la misma solución de nuestros Tribunales, aunque por otros caminos. En rigor corresponde al comisionista la justificación de sus gastos y desembolsos. Un simple cargo en cuenta, sin justificación, es una arbitraría compensación que no puede invertir la carga de la prueba. Quizá por ello gran parte del problema deriva de la defectuosa manera cómo el Banco operó. Para producir el cargo que verificó debería haber acompañado un justificante de su corresponsal que acreditara la inexistencia de saldo y la posterior adquisición. Sólo así su pretensión hubiera resultado justificada.

Hasta aquí hemos partido de la hipótesis de que el derecho del mandatario o del comisionista a quedar indemne de los quebrantos y gastos que le produzca la ejecución de la gestión es equivalente al importe de estos quebrantos y gastos. Conviene, sin embargo, preguntarse—para llegar hasta el final del problema—qué ocurre cuando un mayor gasto tiene su origen en hechos imputables al propio comisionista. La cuestión, como antes he dicho, no es de incumplimiento o de retraso en la ejecución de la gestión (v. gr., se retrasa en comprar la mercancía y ésta sube de precio), sino de retraso o defectuosa manera de proceder en la producción del gasto. Aunque, rigurosa-

mente hablando, el tema no es de "responsabilidad", la culpa entra en juego con el mismo alcance que en aquella materia. La culpa no origina aquí un deber de resarcimiento, sino una limitación del derecho del mandatario al reembolso (cfr.: 1.728, "con tal que esté exento de culpa el mandatario", y 1.729, "sin culpa ni imprudencia del propio mandatario").

En cualquier caso la hipótesis examinada tenía, como al principio destacamos, un gran interés. Demuestra, una vez más, que los asuntos y los pleitos no pueden zanjarse sin tratar de profundizar en sus entresijos, pues todos ellos son susceptibles de plantear agudos problemas. Es verdad que muchas veces existe un defecto en su inicial planteamiento, del que son culpables los litigantes y sus abogados, que es muy difícil que los Tribunales puedan rectificar. Aun en este caso merece recordarse el aforismo "iura novit curia", que tantas veces, con menos oportunidad, se esgrime. Es verdad que en los razonamientos jurídicos existe siempre solapada una vaga intuición de justicia. Sin embargo, cuando las sentencias están llamadas a formar un cuerpo de doctrina ello es probablemente demasiado poco.

LUIS DÍEZ-PICAZO

2. El contenido de las servidumbres constituidas por signo aparente.

*(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de
18 de mayo de 1970)*

SUMARIO: 1. Los hechos que dieron lugar a una situación de conflicto de intereses y la posición de los juzgadores.—2. El signo aparente de servidumbre como expresión de su existencia y protección en el tráfico jurídico.—3. El signo aparente en cuanto título constitutivo de la servidumbre.—4. El contenido y el alcance de un signo aparente de servidumbre.

1. Los hechos que dieron lugar a una situación de conflicto de intereses y la posición de los juzgadores.

Los copropietarios de una finca urbana en Barcelona demandan al propietario de la finca contigua y entablan una acción negatoria de servidumbre como consecuencia de la obra nueva que implica la apertura de un hueco o puerta hacia un pasillo que, si bien era de uso recíproco y común, el demandado sólo podía utilizarlo en parte y conforme a una situación de hecho anterior, tan sólo practicable por las dos puertas que tenía sobre dicho pasillo en su parte cubierta, y temporalmente en cuanto a su ejercicio, ya que su uso únicamente podía ejercitarse durante los días laborables, con exclusión de los días festivos y domingos.

Según los dos copropietarios demandantes, la situación de hecho así establecida procedía de que ambas fincas eran el resultado de la segregación de una misma finca matriz, perteneciente a un solo dueño, del cual habían adquirido por compraventa una de las partes en que se dividió la finca, la que tenía tres huecos o salidas al pasillo común, por lo que, en base al artículo 541 del Código Civil, tales signos aparentes habían dado lugar a la constitución de una servidumbre de paso, a pie y con vehículos.

Que si bien el demandado, igualmente por compraventa, había adquirido la otra parte de la finca, con dos huecos o salidas al pasillo común, no obstante procedió a iniciar obras, demoliendo prácticamente la construcción anterior, edificando de nuevo el inmueble y abriendo otro hueco de salida y paso al pasillo en la parte a cielo abierto en la que anteriormente no existía.

Entablado pleito, el Juez de Primera Instancia reconoce que los actores tienen derecho a una servidumbre de paso, en su forma más amplia, por tres aberturas al pasillo común, en base a lo dispuesto por el artículo 541 del Código Civil, por haber adquirido dichos actores la referida finca de su anterior propietario mediante segregación de la matriz, y que si bien el demandado

dado tiene a su vez derecho de paso por el repetido pasillo común por los dos huecos de pared que dan hacia él, no obstante es una servidumbre limitada en cuanto a su ejercicio en el tiempo, pues su uso se circunscribe a los días laborables. Como consecuencia, condena al demandado a que reponga las cosas al estado anterior, cerrando la pared de su finca en la parte a cielo abierto que da al pasillo común, ya que en este estado aparecía cuando se hizo la división de la finca matriz, y que se abstenga de utilizar la servidumbre de paso a las horas fuera de la jornada laboral y en los días festivos.

Interpuesto recurso de apelación por el demandado contra la sentencia de primera instancia ante la Audiencia Territorial, ésta confirmó íntegramente la sentencia apelada.

Insatisfecho el recurrente, acudió a la casación, invocando una infracción de ley, ante el Tribunal Supremo, el cual, visto el asunto, dictó sentencia, de la que cabe destacar la siguiente decisión: "Considerando que la sentencia recurrida afirma que en el momento de la enajenación de parte de la finca al demandado y con posterioridad, hasta el momento de la nueva construcción que éste ha efectuado, no existía abertura ni hueco de clase alguna que comunicara la parte de la finca colindante con el pasillo a cielo abierto, sino que se hallaba constituida por una pared continua con ventanas con rejas de hierro y cristal hasta llegar a la parte de pasillo ya cubierto, y esa declaración de hecho, que es base esencial del fallo estimitorio de la demanda, no resulta manifiestamente contradicha por los documentos que se invocan en el primer motivo del recurso, consistentes en varias escrituras públicas de compraventa otorgadas por el dueño de la finca originaria o matriz al enajenarla en porciones distintas a los hoy litigantes, en las que, si bien se alude a unos cobertizos, nada se dice expresamente en orden a si la finca comprada por el demandante, en su parte colindante con el pasillo a cielo abierto, tenía o no tenfa puerta o comunicación directa de clase alguna con el mismo, como tenfa que acontecer para que pudiera ser acogido el error de hecho en la apreciación de la prueba que por vía adecuada se denuncia en dicho motivo del recurso, el cual, por tanto, debe ser desestimado, desestimación que acaerea la del segundo, que por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la aplicación indebida o no aplicación del artículo 541 del Código Civil, tanto porque el recurrente subordina su viabilidad al éxito anterior como por estar viciosamente formulado, al acusar conjuntamente la infracción de un mismo precepto legal por dos conceptos distintos e incompatibles entre sí."

Además, al considerar que "por aceptación de los considerandos de la sentencia de primer grado que con la abertura de siete metros de ancho que ha efectuado el demandado en la parte de cielo abierto del pasillo, no sólo modifica de hecho el estado preexistente en el momento de constituirse la servidumbre de paso por título de signo aparente en virtud de lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil, sino que además hace más gravosa la misma, es llano que la actora al formular la demanda no hace sino ejercitar sin extralimitación alguna el derecho que le asiste frente a la sola actuación ilícita del demandado". Por estas y otras circunstancias, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley.

La actual sentencia del Tribunal Supremo se destaca por sus repercusiones prácticas indudables en lo que se refiere al contenido y alcance de las servi-

dumbres constituidas por esta modalidad especial, que tradicionalmente la doctrina denomina como "destinación del padre de familia", y cuyo supuesto es recogido por el artículo 541 del Código Civil (1). Por tratarse de una modalidad constitutiva en la que el título viene expresado de una manera tácita o concluyente, en base al estado de los signos aparentes o relación de hecho en que se encuentran las fincas, las partes no han sido ciertamente explícitas respecto de la servidumbre en el momento de su adquisición.

Esta actitud de las partes contratantes, tanto en el primer momento negocial como en sus posteriores relaciones vecinales y con los terceros, en cuanto a la situación de hecho o disposición material que presentan los inmuebles, al resultar manifiesta únicamente por la mera apariencia de las cosas y no por declaraciones de voluntad expresas, suele presentar ciertas dificultades posteriores para los titulares dominante y sirviente, tanto por lo que respecta a la amplitud de su ejercicio como a los límites en que se concretan las servidumbres que han surgido por esta compleja modalidad.

Si bien el artículo 541 del Código Civil determina los requisitos que han de concurrir para que la constitución de la servidumbre tenga lugar, nada aclara respecto al contenido y alcance de la servidumbre que permite constituir. Es ésta una tarea interpretativa que hasta ahora ha venido realizando la jurisprudencia con evidente esmero y cuidado (2). De aquí que un primer matiz a señalar para este aspecto sea el del arbitrio judicial que se ejerce en esta materia referente al contenido y el alcance de una servidumbre.

2. *El signo aparente de servidumbre como expresión de su existencia y protección en el tráfico jurídico.*

Debido a que estamos ante una relación negocial tácita, el contenido y alcance de la servidumbre deberá interpretarse en base a su exteriorización material o signo aparente. El legislador se preocupó precisamente de determinar su condicionamiento. Así, si recordamos el artículo 541 del Código Civil vemos que en él se manifiesta lo siguiente: "La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura."

Resulta, pues, que un signo aparente de servidumbre entre dos fincas —o una sola que se divide en dos partes materiales como independientes— implica la presencia exteriorizada de un estado de hecho en el que se aprecian ciertos elementos materiales dispuestos en una relación de servicio. Por tanto, resultan signos aparentes de un servicio idóneo o similar a una servidumbre,

(1) Sobre las posiciones de la doctrina española acerca del artículo 541, así como las de los romanistas y en el Derecho francés, italiano, alemán, suizo y portugués, véase mi estudio «*La constitución de las servidumbres por signo aparente. La destinación del padre de familia*». Madrid, 1970.

(2) SS. 31 mayo 1892, 5 abril 1898, 13 mayo 1903, 29 mayo 1911, 11 mayo 1925, 24 mayo 1933, 6 enero 1936, 3 marzo 1942, 31 octubre 1956, 4 marzo 1959, 3 abril 1959, 23 enero 1962, 30 mayo y 15 julio 1968.

como una puerta, una ventana, un paso o camino, etc. (3), que por estar todavía en la misma mano o propiedad no tienen la categoría de "ius in re aliena".

Es indudable que los signos aparentes de una relación de servicio entre los bienes inmuebles, ya por su simple estructura material, resultan delimitados e implicando una función de destino y uso concreto, por lo que determinan, consecuentemente, su contenido. El mismo legislador, al perfilar las figuras de las servidumbres y disponer sus modalidades, tipifica y ofrece un muestrario de las que están vigentes. Con arreglo a dichas normas, la jurisprudencia, con su interpretación, va configurando los márgenes identificativos que se refieren al contenido y alcance de las relaciones de servidumbre que unos predios tienen con otros.

El alcance y contenido de una servidumbre también puede ser delimitado por las partes (art. 536 del Código Civil), si bien dentro de los límites legales que se imponen al margen de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil). Sin embargo, cuando esa voluntad no ha sido manifestada expresamente, sino que ha de deducirse tácitamente de la disposición o estado de hecho de los bienes, como ocurre en el caso de una destinación del propietario, la apariencia del servicio existente entre las dos fincas en un momento anterior —como sucede en el caso de que aún pertenezcan al mismo propietario— y la apariencia o constancia del signo de servidumbre en una situación posterior —cuando ya pertenecen a diferentes dueños— es el único dato explícito que nos puede proporcionar la medida de su concreto contenido y alcance.

En primer lugar, el signo aparente de una relación de servicio entre las fincas pertenecientes a un mismo propietario es el resultado de una actuación unilateral de dicho propietario, que puede disponer de sus cosas o fincas de un modo caprichoso y temporal, o ya con arreglo a unos planes de estructuración en cuanto al uso y explotación de las mismas. De aquí que, tanto una actitud positiva del propietario, de su consciente actuación —lo que los glossadores y posglossadores denominaron "scientia"—, como de su actitud continuada y persistente —lo que estas mismas escuelas llamaban "patientia"— son las que constituyen los requisitos fundamentales que distinguen una destinación del padre de familia o del propietario de cualquier otra actuación veleidosa y pasajera.

Por eso, ante los signos aparentes de un servicio equiparable a una servidumbre, que todavía no puede alcanzar tal categoría de servidumbre propiamente dicha, porque "nemini res sua servit" (4), sin embargo tienen dichos servicios una transcendencia fundamental en el régimen de la propiedad inmobiliaria. La idoneidad de un servicio para el uso y disfrute de una finca es algo más que una mera relación de acomodación interior o de uso personal

(3) Puede resultar que exista una relación de servicio subterránea, evidente tan sólo por simples señales o signos exteriores (una boca de registro, un sumidero, etc.), lo cual obliga a respetarla, tal como sucedió para la S. del 29 de diciembre de 1914. En cambio, también existen signos exteriores contrarios a la servidumbre como sucede para la medianería (arts. 573 y 574 del Código Civil).

(4) Recientemente, PERLINGIERI: *Il principio «nemini res sua servit» e la costituzioni anticipata di servitù (Rapporti tra Enti di riforma ed assegnari)*, en «Rivista di Diritto Agrario», XLIX-3 (1970), págs. 425 y sigs.

del titular del dominio; dichos signos, con apariencia de servidumbre, son algo más que un añadido o evento pasajero, suponen una afectación a la estructura de las cosas, un destino permanente o inherencia real que no sólo afecta a un modo de explotación, sino a una situación concreta o estado de hecho con relaciones cualificadas, implicativas de una expectativa de derecho.

La importancia, pues, de los signos aparentes de servidumbre que se establecen entre dos fincas es evidente; son el resultado de una relación de utilidad y dependencia inmobiliaria que es eficiente no sólo para quien la establece, sino que trasciende también para quien resulta ser, antes o después, titular de una u otra finca, si es que no se han destruido o no lo han opuesto por declaración expresa en el momento de la enajenación de las mismas.

Iría contra la buena fe y la paz de las transacciones jurídicas el que cualquier adquirente de un bien pudiese, con posterioridad al momento de su adquisición, invocar y exigir una transformación del contenido y condicionamiento del bien adquirido. Quien compra y recibe un bien determinado (mueble o inmueble, material o abstracto) lo hace de acuerdo con las características y particularidades que lo definen y concretan, en el estado de hecho que presenta, por lo que después no cabe requerir ni exigir otras diferentes o distintas. De aquí que para el tráfico jurídico la posesión y apariencia de las cosas juegue un papel decisivo respecto a las relaciones contraídas por las partes en cuanto a sus derechos y obligaciones.

Es tal la fuerza de la apariencia en el tráfico jurídico, respecto a las servidumbres con signo aparente, que en el sistema de organización de la publicidad no se necesita su inscripción registral. A este respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo es quien interpreta y abunda sobre este extremo concreto para la destinación del padre de familia o del propietario (5), manifestando, como hace la sentencia del 31 de marzo de 1902, que "si bien es cierto que por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria (6) los títulos en que se constituyan o reconozcan derechos reales, como el de servidumbre, no hallándose inscritos en el Registro no pueden perjudicar a tercero, carece de la calidad de tal, como repetidamente ha declarado el Tribunal Supremo, quien, si bien no intervino en el acto o contrato escrito, tuvo conocimiento al adquirir la finca de las servidumbres, que por ser aparentes o revelarse por signos exteriores, como la de luces y vistas, no pudieron ser desconocidas por el adquirente, pues en tal caso, no siendo oculto el gravamen, falta como base de aplicación de aquel artículo uno de los objetivos principales de la Ley Hipotecaria, cual es la publicidad de las cargas que afectan a la propiedad inmueble".

Por su parte, la sentencia del 17 de noviembre de 1911 manifestaba que "la existencia de signos ostensibles e indubitados, de los cuales no puede dudarse, aunque no estén especialmente inscritos en el Registro, porque en tal caso, y siendo manifiesto y no oculto el gravamen, falta por entero la razón en que los indicados preceptos legales se fundan". La sentencia del 3 de abril de 1959 también concretó que "es título suficiente para que continúe activa y pasivamente la servidumbre establecida en el artículo 541 del Código Civil la existencia de un signo aparente hacia el exterior que la revela, sin

(5) SS. 13 junio 1885, 31 mayo 1892, 5 abril 1898, 31 marzo 1902, 13 mayo 1903, 12 octubre 1904, 17 noviembre 1911, 9 julio 1917, 4 julio 1925, 11 mayo 1927, 3 abril 1959, 23 enero 1962 y 20 diciembre 1965.

(6) Artículos 20 y 32 de la Ley Hipotecaria vigente.

que importe que esta circunstancia se haya hecho o no constar en el Registro de la Propiedad". Por último, el Tribunal Supremo, en su sentencia del 20 de diciembre de 1965, confirmado toda su línea antecedente, declara que "no obsta que no resulte del Registro la existencia de servidumbre si quien adquirió el inmueble no podrá dudar de su existencia por revelarse ésta por signos sensibles".

3. *El signo aparente en cuanto título constitutivo de la servidumbre.*

La idoneidad que posee el signo aparente de servidumbre no sólo reside en su concreción exteriorizada o forma ostensible, sino en la causa de la presunción legal que el legislador ha recogido en la norma del artículo 541 del Código Civil al ligarle unos efectos jurídicos, tal como ha acentuado la actual doctrina italiana (7) y cierto sector de la nuestra (8).

Sin embargo, la presunción utilizada por nuestro legislador, por ser "iuris tantum", carece de carácter absolutamente dispositivo, y sí potestatiivo, al ser la voluntad de las partes, bien expresa o tácitamente (por omisión concluyente), quienes, en último término, puedan decidir la permanencia o supresión de los signos aparentes de servidumbre. Si para este caso la sola consideración de la existencia de un signo aparente de servidumbre implica un título, no lo es por la sola y exclusiva decisión del legislador, sino por ser el resultado de una serie sucesiva de actos, y hasta de omisiones, por parte de quien lo ha creado, lo mantiene y, posteriormente, lo tolera. El valor del signo aparente de servidumbre no reside ni se agota en su exclusivo empirismo, sino que transciende por implicar una concreta y determinada manifestación de voluntad por parte de quien, como el propietario destinante, dispone de las cosas y las somete en una relación de servicio e interdependencia concreta. La conciencia del propietario, en cuanto a su propia actuación (la "scientia"), al disponer de sus fincas para obtener una utilidad entre ellas, si bien tiene una causa subjetiva, el propio interés, queda patente en el signo aparente

(7) Cfr. BRANCA: *Servitù prediali* (arts. 1.027-1.099), 3.^a ed. Bologna-Roma, 1960, pág. 262; GROSSO-DEIANA: *Le servitù prediali*, 3.^a ed. Torino, 1963; RIENZI, *Servitù prediali della proprietà nel vigente Codice civile*, II (Bari, 1964), página 546; SALVATORI: *Servitù costituite per destinazione del padre di famiglia*, en «*Giurisprudenza agraria italiana*» (1963), pág. 296 y sigs.; BRANCA: *Destinazione del padre di famiglia e disposizione relativa a la servitù*, en «*Scritti in memoria di A. Giuffrè*», II (Milano, 1967); BIONDI: *Le servitù*. Milano, 1967, págs. 353 y sigs.

(8) Cfr. OSSORIO MORALES: *Comentario a la sentencia de 3 de marzo de 1942*, en «*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*», 171 (1942), pág. 547; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, III-1 (Madrid, s. a.), pág. 394; BORRELL y SOLER: *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.^a ed., II (Barcelona, 1944), pág. 196; LUCAS FERNÁNDEZ: *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, Murcia, 1963, págs. 123 y 131; PÉREZ SERRANO: *Dictámenes*, I (Madrid, 1965), pág. 195. En el mismo sentido, SS. 6 enero 1932, 18 diciembre 1954, 4 marzo 1959 y 23 enero 1962. En los escritos que dieron lugar a la Sentencia del 18 de mayo de 1970, el letrado recurrente, también invocaba que «al dividirse la finca matriz, segregándose la finca que pertenece a los actores y la perteneciente al demandado, nacieron por ministerio de la ley a tenor del artículo 541 del Código Civil, sobre el pasillo común en parte a cielo abierto y en parte cubierto, las siguientes servidumbres...».

como resultado de su actuación o manifiesta voluntad de ligarlas para obtener una ventaja o un servicio de las mismas. Por eso el signo apparente de servidumbre es algo más que una mera forma o requisito legal; es la evidencia o resultado de un determinado querer que persiste en el tiempo como oferta permanente (la "patientia") y actualizada para la parte que entre con posterioridad como titular dominical en una de las fincas que ostenta dichos signos apparentes.

Si la sola apariencia, y su forma del signo de servidumbre, diese lugar, por mandato de la ley, a la constitución de una servidumbre, se impondría no como tal servidumbre, sino como una limitación al dominio y con un régimen distinto al de las servidumbres voluntarias, lo que no ocurre así, pues su desenvolvimiento posterior se rige por el de estas últimas.

Desde luego el legislador, al recoger el supuesto de la destinación, debía de destacar el único elemento de fijeza y ostensibilidad que quedaba de la actuación del propietario y tratar de fijar unas normas respecto a las conductas de las partes, sobre todo en el momento más decisivo de la enajenación de las fincas en que su actuación se presenta por omisión. De aquí que, en este caso, el legislador debiese arbitrar el medio de prueba eficiente y seguro que zanjase posibles conflictos y que instaurase la paz de las relaciones jurídicas evitando dudas, puesto que seguir el camino de la investigación del deseo de las partes haría imposible su determinación. El medio de prueba concluyente no podía ser otro que una presunción "iuris tantum", por medio de la cual se tomaban en cuenta ambos extremos, el material u ostensible, o sea, el signo apparente de servidumbre presumible como título, y el subjetivo, o de conducta de las partes, por la omisión de no haber expresado lo contrario en el acto de enajenación o al no haber hecho desaparecer, con anterioridad al otorgamiento de la escritura, el signo apparente de servidumbre (9). Que de la actuación de una de las partes, por el establecimiento del signo, el legislador deduzca un título, quiere decir que se trata de un título voluntario, y que todavía se conceda una opción a las partes para que puedan expresar, o hacer lo contrario, respecto del signo apparente confirma el carácter potestativo de la norma establecida por el legislador en el artículo 541. De este modo interviene muy decididamente el margen de posibilidades que se deja a la autonomía de la voluntad de las partes para modificar y eliminar una situación de hecho pre establecida que contiene una expectativa de derecho y también para confirmarla, que en este caso concreto lo es cuando las partes adoptan una postura y actitud omisiva.

En definitiva, que el signo apparente sea equiparado a un título (voluntario) no reside únicamente en la propia fuerza legal, puesto que el legislador no recurrió a una ficción ni impuso dispositivamente que así fuera con exclusividad, sino que lo hizo depender fundamentalmente de la voluntad de las partes, quienes podrán decidir, en última instancia, sobre el destino que se le darán a dichos signos apparentes, a fin de que la servidumbre quede o no constituida. El precepto legal, pues, no ha servido más que de vehículo para

(9) No puede confundirse la utilización por el legislador de un medio de prueba legal, como es la presunción *iuris tantum*, con el modo constitutivo (a título voluntario) que, precisamente, se pretende decidir normativamente; no cabe, pues, la identificación del instrumento jurídico con lo instrumentado legalmente.

encauzar unas conductas expresivas u omisivas, pero siendo ellas, en definitiva, quienes provocarán o rechazarán la constitución y adquisición de la servidumbre. La conducta omisiva de las partes ante un estado de hecho significativo o concluyente (los "facta concludentia" en cuanto declaración tácita de voluntad) (10), que una de ellas mismas ha creado y la otra admitido y tolerado en el momento más definitivo, como es el de la enajenación y adquisición de los bienes, entra en juego mediante la presunción "iuris tantum" de que se vale el legislador, pero no como consecuencia de su mandato, sino en función de la propia voluntad de las partes, de quienes seguirán dependiendo las vicisitudes posteriormente acaecidas en las relaciones fundiarias, o sea, bajo un régimen jurídico voluntario, del que dependerá su transformación y, como consecuencia, su extinción.

4. *El contenido y el alcance de un signo aparente de servidumbre.*

El signo aparente de servidumbre, por ser tan sólo un dato material, una simple relación de servicio entre dos fincas, evidente únicamente por su apariencia, y al no venir documentado ni referido expresamente por las partes en el momento de la enajenación, su contenido y alcance se hace objeto de mayor atención e interpretación al ocurrir un caso conflictivo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido ejerciendo esta tarea conforme se le han ido presentando diversos casos litigiosos, y de su análisis merecen destacarse dos posiciones netas: una, eminentemente objetivista, tan sólo atenta a la mera expresión que revelan los signos aparentes (SS. de 31 de octubre de 1956, 4 de marzo y 3 de abril de 1959, 23 de enero de 1962, 30 de marzo y 15 de julio de 1968), y otra, mixta, en la que se atiende no sólo a la apariencia del signo, sino también a la voluntad del anterior propietario común de las fincas (S. de 3 de marzo de 1942). En realidad, ambas posturas son el reflejo más notorio del criterio del juzgador en cuanto a su postura doctrinal sobre la naturaleza jurídica de esta servidumbre por destinación del padre de familia o del propietario. Mientras que para la primera dirección se considera que la destinación del padre de familia es de naturaleza legal y, por tanto, que la servidumbre queda constituida por mandato de la Ley, para la segunda dirección se adopta una concepción ecléctica de la que participan las demás teorías en cuanto al fundamento de la naturaleza jurídica de esta servidumbre (11).

La sentencia del 8 de mayo de 1970 no adopta una posición dogmática, puesto que el juzgador no hace una declaración de principios, aunque se advierta una decidida inclinación por el aspecto objetivo y el dar carácter dispositivo a la norma que regula el artículo 541, concretamente cuando acoge la tesis del demandante y no duda en aceptar explícitamente unas servidumbres a su favor, diciendo que "nacieron por ministerio de la Ley, a tenor del artícu-

(10) Sobre los actos concluyentes como declaraciones de voluntad, cfr. v. TUHR: *Parte general del Derecho civil*, trad. esp., 2.^a ed. Madrid, 1927, páginas 116 y sigs.

(11) No han faltado sentencias en las que se puntualice que se trata de una modalidad tácita constitutiva de la servidumbre: SS. 5 enero 1963, 20 diciembre 1965 y 15 junio 1968.

lo 541 del Código Civil", y al juzgar el Juez de Primera Instancia, confirmar la Audiencia y decidir el Tribunal Supremo también que es una "servidumbre que fue constituida por título de signo aparente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil".

Sin embargo, la sentencia de 3 de marzo de 1942, con un criterio más realista que teórico —a pesar de ser su ponente un ilustre docente y expositor científico, el profesor Castán Tobeñas—, manifestaba explícitamente, para el punto concreto que nos ocupa, que "es lo cierto que para determinar la extensión y modo de ejercicio de las servidumbres así creadas ha de tenerse en cuenta, ante todo, y según resulta del texto combinado de los artículos 598 y 541 del propio Código, el título de constitución, tal como plasma en el estado de hecho que ha dado nacimiento a la servidumbre, en relación con la intención del propietario que haya creado ese estado de cosas".

No cabe duda que la alusión a la intención del propietario pretendía poner una nota del voluntarismo privado de que está caracterizado todo el Derecho Civil, pero que para la destinación del padre de familia o del propietario destinante, precisamente por su aspecto dubitativo, constituye la causa de la norma implantada en el artículo 541, y debido a la cual nuestro legislador eligió el expediente de recurrir a una presunción "iuris tantum". Particularmente, por tratarse de una conducta tácita de las partes, resultaba difícil concretar cuál había sido la determinante del propietario para el establecimiento del signo aparente de servidumbre, así como la omisiva del aceptante en el momento de la enajenación; sólo los signos aparentes podían revelar una conclusión en cuanto a la situación de las fincas y deducir su vinculación. Sólo el resultado aparente podía ser identificado como una disposición respecto a los bienes y fincas; únicamente mediante los signos ostensibles establecidos por el propietario destinante podrá identificarse su voluntad e intención, ya que no cabe otra que la plasmada en aquella estructura material o de hecho.

Con razón, la jurisprudencia italiana ha declarado que para determinar la servidumbre constituida por destinación del padre de familia no es necesaria una indagación sobre la voluntad efectiva del único propietario (12). Precisamente esto es lo que el legislador ha venido a evitar mediante el empleo de una presunción "iuris tantum", descartando así un sinnúmero de posibilidades que conducirían a una situación vacilante e incierta. En cambio, ante la evidencia de un estado de hecho en la disposición de las cosas, revelado por el signo aparente, denota, al menos, que aquel servicio establecido por el padre de familia o propietario común fue mantenido por él. Basta que el servicio entre las fincas sea visible y no denote su transitoriedad, al responder a un auténtico contenido de una servidumbre, o sea, que dicho servicio sea utilizado "iure servitutis", para que sirva de título constitutivo como tal servidumbre.

La aptitud que tiene el signo aparente, como revelador de una relación de servicio entre los bienes, de poseer un contenido y un alcance como si ya fuera un derecho de servidumbre, es la que ha inducido al legislador (art. 541),

(12) Así, Cass. it., 24 enero y 6 febrero 1948, en *Il Foro Italiano*, Rep. (1947-1948), núm. 65. Por su parte, el Tribunal Supremo español ya tenía dicho que sería inútil una investigación previa con la finalidad de acreditar si la servidumbre requiere o no título (S. 6 enero 1932).

como al intérprete (13), a manifestar que "la servidumbre continúa activa y pasivamente" cuando se separan los bienes, pues, en realidad, con anterioridad no es más que un mero vínculo de hecho derivado del ejercicio de un derecho dominical. Es decir, que la relación de servicio entre ambas fincas denotará su capacidad para constituirse como un derecho real cuando se mantenga un signo apparente que pueda exteriorizar una servidumbre (S. de 3 de marzo de 1942), o un servicio determinante de una servidumbre (S. de 30 de octubre de 1959). Es decir, que el contenido y alcance de la servidumbre viene reflejado por el propio signo apparente, que en caso de duda y conflicto el juzgador delimita y concreta para mayor precisión y equidad. De este modo se exige "una situación de hecho claramente definida" (S. de 4 de marzo de 1959), un "signo apparente de luces y vistas en provecho de una de las casas o huecos abiertos en pared propia" (SS. de 6 de enero de 1932, 18 de diciembre de 1954, 16 de abril de 1963 y 20 de diciembre de 1965), que "construido y funcionando el colector no puede dudarse de la existencia del signo revelador de la servidumbre" (S. de 31 de octubre de 1956), "la existencia de un signo apparente hacia el exterior que la revela" o "muro en que estaban los huecos" (S. de 3 de abril de 1959), que había "un signo de servidumbre de paso" (S. de 21 de enero de 1960), haber "signos ostensibles de la servidumbre" (S. de 26 de enero de 1962), tener "signos externos (escalera o rampa)" (S. de 23 de enero de 1962), "seguir utilizando las aguas para el riego del resto de la finca y dejar sentados en ella los signos exteriores, consistentes en los canales de riego que obran permanentemente en la finca" (S. de 5 de enero de 1963), que haya "signos apparentes que reflejen verdaderamente servidumbres" (S. de 20 de diciembre de 1965), el ver un "indiscutible signo apparente" o "una apariencia y realidad válida de suyo y reconocida por todos, teniendo en consideración su propia entidad y una manifestación externa" (S. de 15 de junio de 1968).

De donde resulta que el estado de hecho revelado por el signo apparente es el que determina su contenido y alcance para el momento constitutivo de la servidumbre, así como para su posterior desenvolvimiento dentro del régimen jurídico de los derechos y obligaciones que han de ejercitarse sus respectivos titulares. Por tanto, si cabe una renovación material de los bienes, lo que no se permite es un cambio, alteración o modificación del estado de hecho apparente de la servidumbre constituida.

No han faltado casos en los que se haya planteado de nuevo el alcance de la servidumbre constituida por destinación del padre de familia en el caso de realización de obras posteriores. Para estos casos, la posición interpretativa del Tribunal Supremo parece decidirse por el peso o poder del gravamen impuesto, según sea menor (S. de 30 de marzo de 1968) o mayor (S. de 8 de marzo de 1970) al que con anterioridad se tenía establecido. Mientras que, en la sentencia de 1968, se admite que "no sólo puede continuar en la forma que fue constituida, sino desde distintas alturas (mayores), simple modalidad de disfrute, menos gravosa por la mayor distancia a los efectos del artículo 543", en la sentencia de 1970 la nueva construcción, "con la abertura de siete metros de ancho que ha efectuado el demandado en la parte de cielo abierto del pasillo, no sólo modifica de hecho el estado preexistente en el momento

(13) SS. 6 enero 1932, 31 octubre 1956, 3 abril 1959 y 22 noviembre 1963.

de constituirse la servidumbre de paso..., sino que además hace más gravosa la misma".

En definitiva, el intérprete, a la hora de valorar el contenido y alcance del estado de hecho precedente, no sólo adopta un criterio meramente formalista, sino que también aprecia su aspecto cualitativo respecto del "ius in re aliena" en que se concreta y tipifica la servidumbre que resulta del ejercicio de un servicio anterior.

JOSÉ BONET CORREA

3. **La vivienda del portero como objeto de interpretación del contrato de compraventa y el Régimen de Propiedad Horizontal. La exoneración de contribuir a determinados gastos a favor de ciertos pisos o locales en relación con la cuota de propiedad.**

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1970

ANTECEDENTES

I. Mediante escritura pública de agrupación, declaración de obra nueva y división horizontal otorgada el 23 del 12 de 1960 ante el Notario don ..., la Sociedad Banco X, S. A., representada por don ..., dejó practicada la división del inmueble sito en la calle ..., número ..., de El Ferrol del Caudillo, en 17 fincas independientes, de las que merecen particular mención las señaladas bajo los números 1 y 11.

La número 1 consiste en una finca integrada por la totalidad de las plantas sótano y baja y el primer piso izquierda, hallándose dotada, además de los servicios generales y elementos comunes del inmueble, de una escalera interior que enlaza las tres plantas, y de una entrada independiente desde la calle, así como de una pequeña puerta de comunicación que da a la escalera general del edificio. Y la número 11, situada en el piso 6.^º derecha, aparece descrita con una superficie de 61,20 metros cuadrados —muy inferior al resto de las demás viviendas— y una distribución muy diferente de éstas.

En los Estatutos incorporados en la escritura de referencia, tras de señalar a todas y cada una de las fincas independientes resultantes de la división —y entre ellas a las dos que se acaban de mencionar— un porcentaje de participación en los gastos comunes, así como para la adopción de acuerdos de carácter administrativo, se contiene un párrafo del siguiente tenor: “No obstante, y teniendo en cuenta que la finca número uno posee servicios propios con puerta de acceso exclusiva y escalera interior que comunica la planta baja con el sótano y primer piso izquierda, queda excluida esta finca de contribuir a los gastos de entretenimiento, conservación y consumo de fuerza y energía, que origine el funcionamiento de ascensores y montacargas, luces de portal y escaleras, motor del agua y pago por los servicios del portero, cuya función específica es totalmente ajena a la actividad y funciones que se desarrollan en la finca número uno citada, cuya clientela no utiliza estos servicios comunes”.

II. Con anterioridad a la fecha de la escritura citada, el Banco X, de una parte, y de otra, don S. L. de la O. —quien en el pleito litiga como propietario y como Presidente de la Comunidad, pero en ambos conceptos en interés de ésta—, habían suscrito un documento privado con fecha 22 de

junio de 1960 en el que se lee que el Banco X está facultado para establecer el Régimen Jurídico de la Comunidad y que el señor L. de la O. acepta en principio el Régimen que, de acuerdo con lo que la Ley preceptúa, establececa el Banco al hacer la distribución por pisos (1).

III. Entendiendo el señor L. de la O. y los demás compradores —a excepción, claro está, del comprador del piso 6.^o derecha— que el Banco X al redactar los Estatutos y otorgar la escritura de división de la finca faltó a los principios de justicia y equidad en orden al establecimiento del Régimen Jurídico por el que debía regularse la Comunidad de Copropietarios, al liberar de determinadas obligaciones a la finca número 1, cuya propiedad se ha reservado el mismo Banco, y que éste también faltó a la justicia al haber hecho objeto de venta la vivienda destinada al portero, que había sido proyectada en la planta 6.^a y que fue adquirida al parecer por don E. P. F., formularon demanda en juicio ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de La Coruña contra el Banco vendedor y contra el referido señor P. F. como comprador del piso 6.^o derecha.

En relación con la exoneración a favor del Banco de participar en determinados gastos, alegaban los demandantes que si el régimen que se contiene en los Estatutos y en el Reglamento de Régimen Interior no se adapta en todo a lo que la Ley preceptúa, el señor L. de la O. no ha prestado su consentimiento, pues el compromiso firmado por él otorga un voto de confianza, en principio, es decir, *sub conditione*.

Y en relación con el piso 6.^o derecha que, a juicio de los demandantes, debió ser destinado, como elemento común del inmueble, a vivienda del portero, aducían, con cierta involucración de aspectos fácticos y jurídicos, los siguientes argumentos que exponemos en síntesis: a) que en el Proyecto y en la Memoria descriptiva elaborados por el Arquitecto se describía el referido piso 6.^o derecha como vivienda “destinada al portero”, siendo su superficie muy inferior a la de la vivienda contigua (6.^o izquierda) y su distribución completamente distinta a la del resto de las viviendas destinadas

(1) Es de advertir que de los Resultados de la sentencia que comentamos no se deduce claramente la naturaleza del contenido de este documento privado, cuya calificación, dada la escasez de datos, resulta difícil. A primera vista, pudiera pensarse se trata del documento privado mediante el cual ambas partes reflejaron por escrito el contrato de compraventa convenido por ellas con vistas a la transmisión de un piso determinado a favor del señor L. de la O., contrato que, presumiblemente, sería muy similar al convenido con todos y cada uno de los demás compradores-propietarios en relación con sus respectivos pisos. Pero quizás sea más seguro entender se trata de un documento suscrito por el Banco X, de un lado y como titular registral, y por el señor L. de la O., de otro y en concepto de Presidente de la Comunidad de Propietarios, como consecuencia de algún acuerdo comunitario dirigido a la formalización del Régimen de Propiedad Horizontal. En cualquier caso, la cuestión no trasciende a la sustancia del pleito, si bien abona esta última tesis la consideración de que, pese a ser indudable que los propietarios compradores, luego codemandantes, tenían que estar necesariamente vinculados al Banco vendedor por contratos privados de fechas diversas, a efectos de justificar su legitimación activa, tales propietarios invocaron no esos contratos, sino su calidad de propietarios reconocida por los demandados y acreditada por su intervención en las Juntas de condueños. Ni que decir tiene que quizás con ello trataron de eludir complicaciones de orden fiscal.

a ser vendidas como fincas independientes, existiendo por otra parte, en la placa del cuadro de timbres situados al lado del ascensor y en el botón correspondiente al pulsador de la vivienda del piso 6.^º derecha la mención expresa "portero"; b) que en la fecha en que fue formalizada la declaración de obra nueva y la división horizontal del edificio, regía en la provincia de La Coruña, como reglamentación de trabajo para porteros de fincas urbanas, la aprobada por resolución del Director General de Trabajo en seis de marzo de mil novecientos cincuenta, cuyo artículo veintiocho disponía que todos los porteros tendrán derecho a vivienda gratuita, así como los servicios de luz y agua en la propia finca, la cual reunirá las condiciones precisas de higiene y decoro y una capacidad proporcionada a la renta del edificio.

Con base a la antedicha fundamentación, los demandantes suplicaron se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.^º Declaración de que la finca número 11 correspondiente al piso 6.^º derecha pertenece a la comunidad de propietarios por ser la vivienda del portero y constituir un elemento o parte común del inmueble. 2.^º Declaración de que procede hacer una nueva distribución de la participación que corresponde en el valor del inmueble y en las cargas comunes a cada una de las 16 fincas restantes, distribuyendo a prorrata entre las mismas la participación que había sido asignada a la finca número 11. 3.^º Subsidiariamente, y sólo para el supuesto de que fuese ya imposible jurídicamente el cumplimiento o ejecución de los dos pronunciamientos anteriores, que se condene al Banco X a entregar a la comunidad de propietarios una vivienda para el portero que reúna las condiciones previstas en la reglamentación laboral vigente. 4.^º Declaración de haber lugar a la rectificación de los Estatutos en cuanto a la exención en favor de la finca número 1, de propiedad del Banco X, de contribuir a los gastos de entretenimiento de ascensores y montacargas, luces de portal y escaleras, motor de agua y pago por los servicios del portero. A las anteriores peticiones unían los demandantes las relativas a la rectificación de la escritura de división horizontal y del asiento practicado en el Registro de la Propiedad, así como la anotación preventiva en éste de la demanda deducida.

IV. Tanto el señor P. F., quien hizo citar de evicción al Banco X, como este último, se opusieron a la demanda produciéndose, además, una acumulación de autos motivada por la circunstancia de haberse hecho extensiva la demanda a don J. T. P., como adquirente del piso 6.^º derecha por título de compra, también en documento privado, al señor P. F.

V. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando ambas demandas acumuladas y absolviendo a los demandados.

VI. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Sala 1.^a de lo Civil de la Audiencia de La Coruña se pronunció confirmando en todas sus partes la sentencia apelada.

VII. Contra dicho fallo los demandantes interpusieron recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal articulando cinco motivos, cuatro de ellos (los señalados bajo los números 1, 2, 3 y 5) al amparo del artículo 1.692, 1.^º L.E.C., y el cuarto al amparo del número 7 de este mismo artículo.

En el motivo 1.^º se denuncia la infracción por inaplicación del artículo 1.258 del Código Civil en relación con los 1.091 y 1.450. En el motivo 2.^º

se invoca la violación por inaplicación del artículo 1.091 en relación con el 1.296, ambos del C. C. El motivo 3.^º aduce la interpretación errónea del artículo 396 del C. C. en relación con los artículos 1.^º y 5.^º L. P. H. El 4.^º de los motivos, introducido con carácter subsidiario respecto del anterior, denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de documentos auténticos. Por último, en el motivo 5.^º se alega la violación por inaplicación del artículo 1.089 en relación con los 1.258, 1.281 y 1.282, todos del C. C.

LA SENTENCIA

El Tribunal Supremo, rechazando los dos primeros motivos invocados por los recurrentes y acogiendo el tercero —y sin entrar, por considerarlo ya innecesario en el 4.^º y 5.^º—, casa la sentencia dictada por la Audiencia de La Coruña, pero sólo en cuanto hace referencia al particular de la participación de la finca número 1 en los gastos de conservación y elementos comunes.

De los cinco considerandos que comprende esta sentencia reproducimos a continuación y para su mejor comentario los tres primeros:

“CONSIDERANDO que, como certamente establece la Sala “a quo” al interpretar los contratos otorgados entre los recurrentes y el Banco X, es evidente que nada en los mismos hace referencia a que en las compraventas de los pisos de aquéllos estuviera incluida la parte proporcional del piso sexto derecha, por lo que es clara la aplicación de la regla contenida en el artículo mil doscientos ochenta y tres del Código Civil, según la cual “cuálquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes a aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar” y reiterada jurisprudencia de esta Sala que la interpreta, debiendo por ello necesariamente decayer los motivos primero y segundo en que, con apoyo en el ordinal primero del art. 1.692, se acusan violaciones de los arts. 1.258 en relación con los 1.091 y 1.450 del Código Civil y del 1.091 en relación con el 1.256 también del citado cuerpo legal respectivamente, ya que, siendo facultad del Tribunal la interpretación del contrato, ha de prevalecer la hecha por el mismo cuando no resulte contraria palmariamente con las cláusulas del mismo y ni la indicación del Proyecto ni la del cuadro de timbres, sobre el destino de dicha vivienda, son elementos con entidad propia y suficiente para deducir de los mismos un acuerdo de voluntades sobre la transmisión de propiedad de una vivienda no incluida, en la escritura de división y constitución de propiedad horizontal, como elemento común, ello con independencia de que al atacar la interpretación del contrato debió denunciarse la infracción de los artículos 1.281 a 1.289 o del correspondiente entre éstos.

CONSIDERANDO que, por el contrario, es evidente la interpretación errónea dada por el Tribunal de instancia al art. 396 del Código Civil en remotivo tercero, por la misma vía de los anteriores, puesto que, establecido el carácter de elementos comunes de portería, ascensor y escaleras, resulta claro que la vivienda número uno, con una participación de veintitrés centésimas, doscientas cincuenta y ocho milésimas, está obligada a participar en

los gastos comunes y de conservación, ya que si bien el número 3º del artículo 5º de la antes citada Ley, permite fijar al propietario la cuota de participación de cada piso, al iniciar la venta de éstos, teniendo en cuenta para dicha fijación la situación de los mismos y el uso que va a efectuar de los elementos comunes, no hay disposición alguna que permita que, una vez fijada tal cuota se exima a alguno del pago de los gastos de conservación anejos a su participación, y al no haberlo estimado así, se ha incidido en las infracciones denunciadas, procediendo la estimación del motivo.

CONSIDERANDO que a tal estimación no es obstáculo la norma primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad horizontal, puesto que la unanimidad exigida por tal disposición hace referencia a las modificaciones en el título de propiedad y Estatutos acordados por la Junta de Propietarios, mas no puede en forma alguna ser aplicable cuando, como en el presente caso, surge la modificación por contenerse en el título constitutivo una disposición contraria a la Ley y lesiva para los derechos de propiedad del resto de condueños, en virtud de declaración de voluntad legal hecha en el oportuno juicio contradictorio y por órgano jurisdiccional competente."

COMENTARIO

Dos son las cuestiones debatidas en esta sentencia —ambas de indudable trascendencia actual— que el T. S. resuelve, a nuestro juicio, de manera no demasiado convincente.

Ciertamente que ambas cuestiones tienen como denominador común (2) el problema del alcance de las facultades retenidas o concedidas al propietario de un edificio en orden al establecimiento unilateral del régimen de propiedad horizontal con posterioridad a la venta de los distintos pisos o locales que componen aquél, es decir, en un momento en que junto a la titularidad registral o formal del propietario único, y por ello único legitimado para crear el título susceptible de provocar la alteración del Registro —me refiero a la escritura de división horizontal y establecimiento del consiguiente régimen—, se alza la titularidad sustantiva de todos y cada uno de los condueños que han accedido a la comunidad por el título de compra de un piso o local determinado reflejada en documento privado.

Pero fuera de este denominador común, cada una de las cuestiones debatidas en la sentencia que comentamos tienen matices propios que, unidos al

(2) La problemática jurídica que ofrece esta materia es muy extensa y excede de lo que es propio de este comentario. Pensemos, entre otros muchos aspectos y ya en su mismo arranque, en el relativo a la calificación del negocio jurídico o de la simple cláusula contractual mediante la cual el comprador faculta al vendedor para establecer el régimen de P. H.; o en el controvertido tema, quizá demasiado sutil, de si en el ámbito de la teoría del título y el modo, la toma de posesión del piso vendido supone o no una verdadera *traditio* con los efectos traslativos previstos en el artículo 609 en relación con el 1.095 del Código Civil, porque al no existir todavía una verdadera finca independiente —independencia que sólo la división horizontal podrá producir—, la venta sólo opera sobre una cuota ideal de la propiedad del edificio, y esa cuota por su propia idealidad no es susceptible de aprehensión posesoria, etc.

hecho de haber merecido apreciaciones dispares por nuestro más alto Tribunal —no olvidemos que en parte se admite y en parte se rechaza la argumentación y el “petitum” de los recurrentes—, justifican un juicio crítico independiente. A tal efecto, siguiendo el mismo orden en que se pronuncia el fallo del T. S., vamos a analizar, aunque sea brevemente, en primer término, la validez de la exclusión de la vivienda 6.º derecha del concepto y régimen propio de los elementos comunes, y a continuación la validez de la exoneración de participar en ciertos gastos a favor de un local determinado, considerado éste como finca independiente resultante de la división.

A) *Validez de la exclusión de la vivienda 6.º derecha del concepto y régimen propio de los elementos comunes.*

Es habitual en los usos del tráfico inmobiliario promover la venta de los distintos pisos o locales existentes en un edificio, especialmente cuando éste se halla en fase de construcción, mediante unas ofertas al público que frecuentemente se materializan en folletos más o menos ilustrados, en los que, a veces, con abundante dosis de fantasía, que es tanto como decir inexactitud, se suelen consignar las características genéricas y los detalles peculiares de la construcción y de los servicios de los que se proyecta dotar al inmueble. No deja de ser, asimismo, frecuente la decepción de los compradores (3), que al finalizar la construcción y tomar posesión del piso o local adquirido comprueban cuán distante de lo prometido está lo que se les entrega. Y conste que tal decepción puede girar no sólo en torno a la calidad de los materiales o al valor estético de los elementos ornamentales ofrecidos, sino, lo que es más grave, a circunstancias tan importantes como pueden ser la superficie del piso o local adquirido (4) o a los servicios o instalaciones de los que debiera estar dotado el edificio. De entre ellos destacamos, por su interés en nuestro caso concreto, el característico servicio de vigilancia del inmueble, que si bien en su modalidad moderna de conserjería apenas exige instalaciones propiamente dichas, en su modalidad tradicional de “portería” comporta una vivienda familiar, ya sea o no contigua al típico chisón situado a la entrada del edificio.

El legítimo interés de los compradores en el mantenimiento de las características ofrecidas por el vendedor, tanto respecto al piso o local adquirido como al edificio en su conjunto, por estar hipotéticamente cuajado de motivaciones subjetivas, siempre dignas de respeto, de muy diversa índole —familiar, profesional, personal (5)—, podría justificar el planteamiento de cualquier de-

(3) Ni que decir tiene que los casos más espectaculares son aquellos que han incidido de pleno en el ámbito del Código Penal, por razón de estafa, de los que se tiene noticias por medio de la prensa con lamentable frecuencia.

(4) En esta materia hay una elocuente picarecsa basada en el confusionalismo que produce el hábil manejo de conceptos tan sibilinos como el de «superficie útil», «superficie construida», «superficie total incluida terraza» o «incluida participación en áreas comunes», etc., que, sin duda, no fueron contemplados por los redactores de los artículos 1.469 a 1.472 del Código Civil y hoy exigirían una especial técnica interpretativa en tema del cumplimiento de la obligación de entrega que pesa sobre el vendedor.

(5) Pensemos en el padre de familia numerosa que, como consecuencia de las antedichas sutilezas en torno al concepto fluctuante de superficie, se encuentra con que la vivienda adquirida es insuficiente para albergar a su

manda de este tipo no sólo como exigencia de cumplimiento, sino también en el terreno de la nulidad del contrato con base en la doctrina de la causa en su variante subjetivista de estirpe francesa o en la resolución por incumplimiento de las obligaciones bilaterales. Incluso no resultaría anómalo, al menos en ciertos casos, un planteamiento centrado en la anulabilidad del contrato de compraventa por error vicio del consentimiento, conforme al artículo 1.266, párrafo 1.º, del C. C.

Pero el hecho es que en nuestro caso, y a él hemos de atenernos, el tema se centra, precisamente como exigencia de cumplimiento, en el ámbito de la interpretación del contrato en orden a la delimitación del objeto vendido. Planteada así la cuestión, el T. S. la resuelve conforme a la reiteradísima doctrina de que "siendo facultad del Tribunal (a quo) la interpretación del contrato, ha de prevalecer la hecha por el mismo cuando no resulte contraria palmariamente con sus cláusulas".

Ahora bien, esta doctrina, que en términos generales parece irreprochable, proyectada hacia el caso concreto suscita ciertas reservas, porque, a mi juicio, envuelve una petición de principio que, por lo demás, desentonía de la compleja naturaleza jurídica de la P. H. En efecto, el T. S. acepta la premisa de que en los contratos de venta de pisos no se hace referencia a que en los mismos estuviera incluida la parte proporcional del piso 6.º derecha, de donde, con base en el artículo 1.283 C. C., conforme al cual "cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar", extrae la consecuencia de que la vivienda en cuestión no fue transmitida.

Tal razonamiento me parece incorrecto e incluso peligroso en materia de P. H. Incorrecto, cuando menos, por la razón de que lo primero que vendría preguntarse es precisamente si era, en efecto, menester consignar en todos y cada uno de los contratos de venta una alusión a que en dichas ventas iba incluida "la parte proporcional" de la vivienda 6.º derecha para que la transmisión de ésta se produjese a favor de los compradores o, por el contrario, si lo que se necesitaba en realidad era una mención expresa de signo negativo para que no se produjese tal transmisión. A mi juicio, esto último es lo acertado, pues con independencia del defectuoso enfoque que supone aludir a "partes proporcionales" de tal vivienda, que podría inducir a pensar en una modalidad de copropiedad por cuotas de tipo romano referida a tal vivienda, inmersa dentro de régimen de P. H., creemos más bien que dadas las circunstancias del caso, a las que, como vemos, el T. S. no considera con entidad suficiente para deducir un acuerdo de voluntades sobre la transmisión, lo lógico es pensar que tan repetida vivienda del piso 6.º derecha, "ab initio" formaba parte de los llamados elementos comunes del edificio, cuya desafectación de tal carácter hubiera exigido el acuerdo unánime de todos los com-

familia; o el profesional que necesitando garage compra en la creencia razonablemente deducida de las afirmaciones del vendedor de que el ubicado en el edificio va a recibir en efecto tal destino y se ve sorprendido con una aplicación muy diferente (por ejemplo, talleres, almacenes, etc.), o el del enfermo que compra en una octava planta creyendo, lógicamente, que el ascensor ha de llegar hasta ella, y luego resulta que sólo alcanza a la séptima, como consecuencia de un retranqueo acordado «a posteriori», etc.

pradores, si bien éste podría haber sido sustituido por una cláusula de consentimiento expreso en cada uno de sus respectivos contratos de compra.

Basamos nuestra opinión en una doble consideración.

Por un lado, de la misma forma que es clásica y desde luego muy didáctica, aunque se le haya tachado de artificiosa, la distinción entre elementos esenciales naturales y accidentales del contrato, así, por analogía, en materia de P. H. podría pensarse que la trabazón o aglutinante de esta peculiar modalidad de copropiedad exige, además de unos elementos privativos indispensables, como son los distintos pisos susceptibles de aprovechamiento independiente, unos elementos arquitectónicos comunes que pueden ser esenciales, naturales o accidentales, estribando la diferencia en que sin los elementos comunes esenciales es físicamente inconcebible el propio edificio (por ejemplo, la cimentación o su estructura), cosa que no acontece con los naturales y accidentales, los cuales, a su vez, se podrían caracterizar por el hecho de que para privarles del carácter común los elementos naturales exigirán pacto expreso en contra y los accidentales exigirán ese pacto para incidir en la órbita comunal.

Pues bien, no parece aventurado incluir, cuando menos dentro del grupo de elementos comunes que hemos llamado naturales, aquellos que responden a exigencias legales de índole administrativa, cual acontece en nuestro caso, en el que los recurrentes aportaron al pleito el dato específico de que la reglamentación a la sazón vigente exigía —y así lo acredita además el proyecto del arquitecto y la Memoria explicativa— la inclusión de una vivienda para el portero dentro del edificio.

Por otro lado, si bien es cierto que toda esta materia adolece de las graves imprecisiones y dificultades que al Derecho opone la construcción de edificios y su técnica (6), no es menos cierto que son esas mismas dificultades las que aconsejan una labor interpretativa muy aquilatada en la que se den cabida a todos los intereses en juego. Por ello, es en este punto donde, a mi juicio (pese a que el T. S. objeta a los recurrentes el no haber mencionado expresamente cuál o cuáles de los artículos que el C. C. dedica a la interpretación del contrato —artículos 1.281 a 1.289— se consideran infringidos), ofrece mayores reparos el razonamiento de nuestro más alto Tribunal, pues en trance de confrontar hasta qué punto puede haber contradicción palmaria entre las cláusulas contractuales y la interpretación de las mismas verificada por el Tribunal de instancia, parece lógico atender a la conveniencia de valorar, con vistas a la determinación de la común voluntad de las partes, el comportamiento total de ambas, comprensivo no sólo de los actos coetáneos y posteriores al contrato, según prevé el artículo 1.282 de nuestro C. C., sino también de los actos anteriores al mismo, toda vez que estos actos anteriores ofrecen la ventaja de aparecer normalmente desprovistos del prejuicio de forzar una interpretación favorable a su autor (7). Y entre esos actos anteriores

(6) A título de ejemplo confirmatorio nos permitimos insistir en la permanente duda que ofrece saber hasta qué punto no quiebra la distinción entre elementos privativos y comunes en los supuestos tan característicos como son los muros exteriores, la fachada de un edificio, o en sus propios muros maestros o de carga existentes dentro de un piso o local determinado.

(7) En este sentido, BETTI: *Interpretazione della legge e degli atti giuridiche*, Giuffré-Milán, 1949, comentando el texto del artículo 1.362, párrafo 2º del Código Civil italiano de 1942, pág. 305.

no cabe desconocer los representados por el proyecto y Memoria del arquitecto, ajustados a las exigencias administrativas y laborales vigentes, amén de otros (por ejemplo, la instalación del cuadro de timbres) que no por su carácter secundario desmerecen a la hora de ser tenidos en cuenta.

Pero es que, además, decíamos antes y lo repetimos ahora, la apreciación del T. S. en su primer considerando nos parece peligrosa por cuanto tiene de inducción a la comisión de abusos por parte de los constructores promotores de viviendas, quienes al socaire de contratos privados de venta redactados con notable parquedad, sea o no deliberada, y de las facultades que lógicamente se reserven con vista al establecimiento del régimen de P. H. en el título constitutivo formal podrían alegar, respaldados por esta sentencia, la relativa carencia de valor del proyecto de construcción y de la Memoria descriptiva de las características técnicas del edificio, cuyo valor vinculante para el constructor vendedor, en sus relaciones con los compradores, debería reputarse intangible sin el consenso de éstos, dada su indiscutible condición de copropietarios (8). Creemos que ello, por otra parte, es una auténtica exigencia de la buena fe —reiteradamente invocada sin éxito por los recurrentes—, tal y como la proclama el artículo 1.258 C. C. (9).

(8) Ni que decir tiene que este consenso ha de ser unánime y prestado individual y expresamente por cada uno de los compradores. En tema de copropiedad ordinaria, semejante afirmación tendría su apoyo en el artículo 397 del Código Civil. Pero ya en ámbito de la P. H. —y aunque se estime que mientras ésta no se constituya formalmente atraviesa la misma una fase de yacencia o provisoriedad— la conclusión a que lleva el artículo 396 del Código Civil en relación con los artículos 5 y 16 de la L. P. H. de 21 de julio de 1960, analógicamente aplicados, es la misma. Todo lo cual no es obstáculo para que una vez constituido formalmente el régimen de P. H. entren en juego sus específicas normas de dinámica jurídica y, entre ellas, las relativas a la forma de tomar acuerdos en materia de actos dispositivos, tal y como han sido progresivamente interpretadas en la resolución de la Dirección Gral. Reg. y Not. de 5 de mayo de 1970, al tratar precisamente de un acuerdo comunitario de desafectación y enajenación de la vivienda del portero.

(9) Llegados a este punto, no nos sustraemos a la tentación de manifestar la preocupación que nos suscita esta sentencia sobre todo proyectada hacia la órbita de la legislación especial de viviendas de Protección Oficial. En otra ocasión hemos aludido a que la legislación fiscal comportaba una especie de «patente de corso» a favor del promotor desaprensivo que durante la fase de construcción, o sea, antes de obtener la llamada «calificación definitiva» enajenaba los pisos a construir o en construcción, percibiendo cantidades a cuenta y haciendo falsas promesas, incluso conscientes, en orden a la calidad de la construcción, la cabida de los pisos o las instalaciones o servicios del inmueble. Como es sabido, el artículo 65 del texto refundido de la Ley de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, establece en su número 29 una exención de la primera transmisión «intervivos» de las viviendas de Protección Oficial posterior a su calificación definitiva, añadiendo el mismo artículo que «la venta anterior a dicha calificación deberá sujetarse, para gozar de exención, a los requisitos establecidos en el Decreto 9/1963, de 3 de enero», relativos, en síntesis, a las garantías que deben ofrecerse —aval bancario, seguro, visado en la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda— en los casos en que se pacte en los contratos la entrega de cantidades a cuenta. Pues bien, en la hipótesis, por lo demás muy frecuente, de que los promotores actúen sin acogerse al sistema del referido Decreto, el incumplimiento por su parte de lo estipulado en el con-

B) *Validez de la exoneración de participar en ciertos gastos a favor de algún piso o local determinado.*

Creemos que es la primera vez que el T.S. tiene oportunidad de pronunciarse abiertamente en esta materia, y, con independencia de que sus pronunciamientos todavía no constituyan doctrina, es lo cierto que lo hace en forma tal que, a mi juicio, adolece de cierto confusionismo.

Por de pronto, estimamos que la afirmación contenida en el segundo considerando de la sentencia, conforme al que "no hay disposición alguna que permita que una vez fijada la cuota se exima a alguno del pago de los gastos de conservación anejos a su participación", por su propia generalidad ofrece ciertos reparos, y entre ellos el de que a la hipotética inexistencia de disposición permisiva el T.S. parece dar el valor de norma imperativa de signo prohibitivo. Y conste que decimos hipotética inexistencia porque cabe sostener, en contra del T.S., que la L.P.H. contiene verdaderas normas permisivas, tanto en el artículo 5.º, párrafo 3.º, como en el artículo 9.º, regla 5.ª (10).

Por otra parte, creemos que considerar prohibida a ultranza la exoneración de ciertos gastos en determinadas circunstancias es algo que no está ya en la letra, sino tampoco en el espíritu de la Ley, pese a ser ésta la tesis defendida por algún relevante autor (11)—cuya opinión parece haber pesado considerablemente en la sentencia que comentamos—, basada sustancialmente en la tajante dicción de la disposición transitoria 1.ª de la L.P.H.

Cierto es que toda exoneración de contribuir al sostenimiento de la cosa común, aunque esté basada en la no utilización o en la muy limitada utilización de ciertos elementos o servicios comunes por determinados propietarios, produce, casi instintivamente, una reacción adversa fundada en la sensación de falta de equidad y en la apariencia de abuso que toda exoneración privilegiada parece llevar consigo, máxime si la misma ha sido introducida unilateralmente en los Estatutos que han de regir la Comunidad por aquel de los comuneros a quien favorece. No obstante, para desvanecer esa sensación y demostrar que la exoneración no es necesariamente siempre abusiva —lo que equivale a decir que a veces puede serlo, como acontece en nuestro caso, según veremos— baste pensar en que uno de los criterios racionales que la pro-

trato —y ya vemos cómo el tema de la vivienda destinada al portero se presta a ello— sitúa a los compradores, las más de las veces gentes de condición modesta, en el penoso dilema de demandar al constructor, con lo que perderían la exención fiscal, toda vez que sus contratos son de fecha anterior a la calificación definitiva (lo cual quedaría acreditado al presentarlos en la oficina liquidadora como trámite obligado previo a la admisión de la demanda), o soportar las veleidades interpretativas en orden a la delimitación del objeto vendido y su extensión a ciertos elementos comunes que quiera ofrecer el vendedor de mala fe que encuentra un posible respaldo en la sentencia que comentamos.

(10) El artículo 5.º, párrafo 3.º, de la L.P.H. viene a decir que «el título podrá contener, además..., disposiciones no prohibidas por la Ley en orden a... servicios, gastos, administración y gobiernos». Y, por su parte, el artículo 9.º, regla 5.ª, entre las obligaciones que impone a cada propietario, señala la de contribuir a los gastos generales «con arreglo a la cuota fijada en el título o a lo especialmente establecido».

(11) Juan V. FUENTES LOJO: *Suma de la propiedad por apartamentos*, Bosch-Barcelona, 1969, 2.ª edición. Vid., entre otros muchos pasajes de dicha obra, las páginas 269 y sigs., y 340 (tomo I), y 1.078 (tomo II).

pia L. P. H. contempla en su artículo 5.º, párrafo 2.º, con vistas a la fijación de la cuota de participación en la Comunidad y, consiguientemente, como regla general, en los gastos, es precisamente "el uso que se presume racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes".

Aclaremos, antes de proseguir y para evitar malos entendidos, que, a nuestro juicio, coincidente con el de la generalidad de la doctrina, dados los términos del citado precepto legal (12), para fijar la cuota es obligada la contemplación de los cuatro criterios que en él se indican, como mínimo, a saber: superficie, emplazamiento, situación y uso presumible. Pero, también a mi juicio, la contemplación de este último criterio en particular puede hacerse o bien por la vía de la subsunción en la propia cuota en virtud de índices valorativos más o menos arbitrarios y de complejas operaciones matemáticas, de dudoso resultado en orden al logro de una equidad absoluta, o bien por la vía menos complicada de la exoneración de determinados gastos para aquellos pisos o locales que, en atención a circunstancias peculiares (y, entre ellas, las de su emplazamiento y situación, así como la de su posible incomunicación directa con el interior del edificio, etc.), así lo aconsejen. Ni que decir tiene que esta exoneración despliega una función correctora de la cuota previamente establecida, que no sólo no desdeña el mandato legal imperativo en orden a su fijación, sino que lo cumple escrupulosamente.

Asimismo contribuye a disipar la sensación de necesario abuso a que antes aludíamos, en tema de exoneración de gastos en favor de determinados pisos (por ejemplo, los de ascensor en relación con un local comercial situado en la planta baja o en el sótano del edificio y sin comunicación con el portal o la escalera del mismo), la detenida lectura del artículo 9.º, párrafo último, de la L. P. H., conforme al cual "se reputarán gastos generales los gastos que no sean imputables a uno o varios pisos, sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes". Parece evidente que "la no utilización de un servicio" que no exime de la obligación de pagarla se refiere a los pisos a los que son imputables los gastos, es decir, a aquellos cuyos propietarios u ocupantes, pudiendo utilizar el servicio y siendo normal que lo utilicen conforme a un uso racional del propio piso, no quieren hacerlo (13). Ejemplo: El poseedor de un piso alto que desiste de utilizar el ascensor y sube por la escalera, o cualquier otro poseedor que cierra los radiadores de su piso para no utilizar la calefacción. Ni el primero queda eximido de contribuir al pago de ascensor ni los últimos de contribuir al sostenimiento de la calefacción, so pena de llevar la comunidad a una total anarquía. En cambio, no puede decirse lo mismo en el caso del poseedor de una planta baja con acceso independiente a la calle y sin comunicación interior con el

(12) El párrafo 2.º del artículo 5.º de la L. P. H. dice: «En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único de edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para la fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presume racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes».

(13) En este sentido se pronunció la interesante Sentencia del Juzgado Municipal número 2 de Zaragoza del 28 de junio de 1967, citada y transcrita parcialmente por FUENTES Lojo, Obra cit., págs. 1.662 y sigs. del tomo II.

portal del edificio, el cual no utiliza el ascensor, porque, con arreglo a la lógica, no hay razón para que lo use ni se concibe que en consideración a ese local se haya establecido el servicio de ascensor; y lo mismo cabe argumentar, incluso con más motivo, respecto de aquel propietario en cuyo piso o local ni siquiera existen instalados radiadores de calefacción, y ello aun en el caso —si bien más opinable— de que atravesen el piso o local determinadas conducciones generales de dicho servicio.

De todo lo antedicho se desprende que, una vez más, parece descubrirse en la interpretación de la L. P. H. una cierta confusión entre aquellas de sus normas prohibitivas que, como tales, rebasan el ámbito de la autonomía de los copropietarios y materias que por su propia naturaleza, esto es, por afectar a la entraña de la propia institución comunitaria, exigen el acuerdo unánime de todos los interesados.

De ahí que entendamos más certero el planteamiento que, con vistas al mismo resultado estimatorio del recurso, hace el T. S. en su tercer considerando, aludiendo a la unanimidad exigida por la norma 1.^a de la L. P. H. No obstante, incide en el confusionismo antes apuntado al argumentar sobre la base de que en el título constitutivo —no olvidemos que éste fue creado unilateralmente por el propietario vendedor recurrido— se contiene “una disposición en contra de la Ley y lesiva para los derechos de propiedad del resto de los condueños”. Situar en un mismo plano la violación de la Ley y la lesión o perjuicio para los demás copropietarios es tanto como involucrar dos aspectos de la cuestión que debieran quedar bien deslindados.

Como antes hemos dicho y por las razones ya expuestas, no creemos absolutamente prohibida la exoneración de determinados gastos en determinadas circunstancias, máxime cuando esa exoneración responde a la función correctora que puede desplegar en la fijación de la cuota. De ahí que admitamos la posibilidad de que, bien el propietario único antes de iniciar la venta o después mediante la pertinente cláusula en los sucesivos contratos, o bien la comunidad formalmente constituida, puedan aprobar, mediando absoluta unanimidad, un acuerdo exoneratorio de este tipo (14). En cambio, por las mismas razones, creemos que el propietario, después de vender alguno o algunos de los pisos o locales, no puede por sí mismo y sin contar con el consentimiento de los que ya han comprado, cualquiera que sea el momento en que aquél se preste, introducir exoneración alguna —ya sea en su propio beneficio o en el de un nuevo adquirente—, y ello no por estar prohibido por la Ley, como parece entender el T. S., sino por algo más elemental, cual es el que por ser materia afectante al título constitutivo, dado su valor modificativo del contenido y efectos de la cuota, todo acuerdo de este tipo está sometido al régimen del artículo 16, párrafo 1.^º, de la L. P. H., como lo estaría al del artículo 397 antes de la constitución formal de dicho régimen.

Salvando, pues, el riesgo de la generalización de la doctrina contenida en el considerando primero de la sentencia —que no compartimos— creemos, sin embargo, obligado reconocer el acierto de aquélla en el caso controvertido,

(14) Y asimismo admitimos, en contra de FUENTES LOJO, la plena validez y la vigencia de aquellas normas estatutarias anteriores a la L. P. H. que establecen exoneraciones de este tipo, las cuales, por tanto, no quedaron, a mi juicio, sometidas a la necesidad a la adaptación exigida por la Disposición transitoria 1.^a de dicha Ley.

no sólo porque en definitiva viene a destacarse la lógica e imperiosa necesidad de contar con los propietarios a la hora de imponerles un régimen de exoneración de gastos pensado sólo en favor de uno de ellos, sino también por la escasa justificación del fundamento en que la parte recurrida pretendía basar la exoneración. Adviértase que ésta, en síntesis, se proyectaba sobre los gastos procedentes de aparatos elevadores, luces de portal y escalera y pago de los servicios del portero, y afectaba a un local que, además de ocupar tres plantas y pese a su salida independiente de carácter principal a la calle, está unido a la escalera general del edificio mediante una pequeña puerta de comunicación. Frente a la pretensión consagrada en los Estatutos denunciados de que la clientela no utiliza los servicios comunes —silenciando la posibilidad de su uso por parte del personal que trabaje en el propio local— (15) se alza la norma ya citada del párrafo último del artículo 9.^º de la L.P.H., según la cual la no utilización de un servicio no exime del cumplimiento de las obligaciones correspondientes, cuyo genuino sentido ya expusimos antes. Y todavía menos justificación tiene la exoneración del pago de los servicios del portero, ya que estos no son una prestación discrecional de la que los ocupantes del edificio puedan prescindir a su arbitrio —o invocar su no utilización—, antes bien, ya desde el Real Decreto de 24 de febrero de 1908 por el que se implantó el servicio de porterías (desarrollado posteriormente en numerosas Reglamentaciones laborales de ámbito provincial que recientemente han sido derogadas y sustituidas por la Ordenanza Nacional de trabajo para Empleados de Fincas Urbanas, aprobada por Orden Ministerial de 20 de enero de 1971), dicho servicio quedó configurado con el carácter de obligatorio para los edificios con pluralidad de viviendas y las funciones del portero delimitadas con unos perfiles que rebasan el ámbito quasi-doméstico en que normalmente se desenvuelven para alcanzar, incluso, el carácter de Agentes de la Autoridad en determinadas circunstancias (así, el artículo 5.^º del citado R. D. de 1908). Desde este punto de vista parece difícilmente sostenible no ya la renunciabilidad a los servicios del portero o el alegato de su no utilización, sino, lo que es más importante a nuestros efectos, la presunción de su no utilización y, en consecuencia, la posibilidad de exonerar a cualquier condeño de la contribución al pago de su remuneración. A mayor abundamiento, en nuestro caso concreto, en contra de lo pretendido por la parte recurrida, existe una manifestación, hábilmente invocada por los recurrentes, de utilización específica de los servicios del portero, cual es la correspondiente al encendido y conservación de la calefacción general del edificio, que aparece como una de las obligaciones peculiares de aquél, sancionada en un Reglamento de Régimen Interior anejo a los Estatutos redactados por el vendedor.

ANGEL LUCINI CASALES

Notario excedente

Letrado de la Dirección General de
los Registros y del Notariado

(15) No olvidemos la frecuencia con que en la práctica ciertos establecimientos comerciales u oficinas acostumbran a cerrar, desde dentro y a una hora determinada, sus locales abiertos al público, de tal modo que el personal, a veces muy numeroso como puede suceder en un Banco, o incluso los clientes rezagados, han de abandonarlo por una puerta interior que da a la escalera o al portal común del edificio.

Suscripción anual: España, 600,— pesetas
Extranjero, 750,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas