

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXI  
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO  
MCMLXVIII

# 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

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS  
Notario de Madrid

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

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

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

JUAN ROCA JUAN: <i>Validez del pago al tercero por conversión en utilidad del acreedor</i>	283
JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL: <i>La acumulación y el proceso ejecutivo ...</i>	315
FRANCISCO CASTRO LUCINI: <i>Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: II. El adoptado ...</i>	369
JOAQUÍN MADRUGA MÉNDEZ: <i>Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público ...</i>	413

### Estudios de Derecho extranjero

LUIS MOISSET DE ESPANES: <i>Notas sobre el Anteproyecto del Código Boliviano de Familia ...</i>	449
---	-----

### Bibliografía

Libros .....	463
--------------	-----

BATLLE VAZQUEZ, Manuel: *La propiedad de casas por pisos*, por Juan Roca Juan.—BAYON CHACON, G. y PEREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, por Juan A. Sagardoy.—BELS, Pierre: *La mariage de protestants français jusqu'en 1685. Fondaments doctrinaux et pratique juridique*, por Gabriel García Cantero.—CAMPAGNA, Lorenzo: *Famiglia legitima e famiglia adottiva*, por Gabriel García Cantero.—DAVID, René: *Le Droit de la famille dans le Code civil ethiopien*, por Gabriel García Cantero.—DORAL, José Antonio: *La noción de orden público en el Derecho civil español*, por Enrique Lalaguna.—G. FLEMING, John: *An Introduction to the Law of Torts*, por M. Alonso Olea.—HOLLEAUX, Georges: *De la filiation en droit allemand, suisse et français. Essai de droit comparé*, por Gabriel García Cantero.—*La reforme de la Sécurité sociale, Droit social*, número 1, enero 1968, por Juan A. Sagardoy.

**Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado,**

A cargo de don Antonio Leyva y Andía ... .. 480

**Jurisprudencia**

**I. Sentencias** ... .. 485

**II. Sentencias de suplicación:**

1. Selección de sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid, por Manuel Trenzado Ruiz ... .. 505
2. Selección de sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona, por José Pere Raluy ... .. 507

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125 - 1958.

## IMPORTANTE

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 XXI  
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO  
MCMLXVIII

**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**

**A.G.E.S.A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid.**

## Validez del pago al tercero por conversión en utilidad del acreedor\*

(Notas al artículo 1.163-2.º del Código civil)

JUAN ROCA JUAN

SUMARIO.—I. Justificación del tema y sugerencias sobre el precepto.—2 y 3. Explicaciones en la doctrina y jurisprudencia españolas.—4 y 5. Los comentaristas franceses e italianos.—6. Otras explicaciones del precepto.—Provecho del acreedor como forma de ratificación tácita.—8. Supuestos de aplicación en la doctrina. II. Antecedentes directos del artículo 1.163-2.º del Código civil.—2. La conducta del deudor y del tercero: A) Deficiencia en la formación del acto jurídico del pago. B) Superposición de un interés al normal de extinguir el crédito, por parte del deudor.—3. Intención solutoria y creación de un efecto económico en el patrimonio del acreedor, como punto de conexión o incidencia entre las relaciones deudor-acreedor y acreedor tercero.—4. El artículo 1.163-2.º establece un presupuesto de aplicabilidad: La creación de una utilidad equivalente al crédito, atribuible al acto del deudor. Criterio objetivo para su apreciación.—Otros supuestos de validez del pago hecho a tercero.

### I

1. En un sentido general, el “pago o cumplimiento” es el medio normal de extinción de las obligaciones (cfr. 1.156 Cod. Civ.), y no se entiende “pagada” (o cumplida) una deuda sino cuando completamente se hubiera entregado la cosa o “hecho la prestación en que la obligación consistía” (1.157). Precisamente “a la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirla en su nombre” (art. 1.162).

De manera que el “pago” ofrece inmediatamente dos versiones: Pago como realización total de la prestación, y pago como medio extintivo de la relación obligatoria (1). Dos versiones de un mismo

---

\* Beneficiado de la ayuda al fomento de la investigación en la Universidad

(1) En sentido análogo, N. CATALA (*La nature juridique du payement*. Preface de M. Carbonnier. París, 1961, págs. 213, 239), distingue el pago como acto de ejecución y como acto de extinción. El primero, sinonimo de prestación, mientras que el segundo es una mera solutio, un hecho jurídico capaz de producir la liberación del deudor. El acto de ejecución se encuentra sometido a la voluntad de las partes y es de distinta naturaleza por el efecto de extinción, que se

acto —la prestación realizada— que pueden contemplarse separadamente y que no tienen en sí mismos igual valor. Una es la realización del acto debido por el sujeto pasivo de la relación obligatoria, y la otra es el efecto extintivo, el verdadero pago, que sólo se produce cuando queda satisfecho el interés del acreedor. Resultado extintivo que se establece por el propio acreedor, al recibir la prestación como completo pago, u objetivamente cuando el interés del acreedor en la relación se declara satisfecho, a veces incluso contra la posible opinión contraria del acreedor (si se negare a admitir el pago “sin razón” y se declara “bien hecha” la consignación. Cfr. 1.176-1.180).

De aquí que el destinatario de la prestación completamente realizada sea normalmente “la persona en cuyo favor estuviera constituida la obligación (1.162), y que la realización de la prestación sólo adquiera el valor del pago con su esencial cualidad extintiva cuando se realice a la persona del acreedor, o a la persona que, sin ser el acreedor, sea *destinataria* de la prestación, representando a aquél, o porque haya sido designada por el acreedor, o por el acreedor y el deudor (*adiectus solutionis causa*).

Pero destinatario del pago es siempre el acreedor, en quien se produce el efecto extintivo, mientras que de la prestación puede ser destinatario un tercero distinto del acreedor, si el interés de éste consiste en que la prestación sea recibida por el tercero. Caso en que el cobro del tercero tiene el efecto de pago al acreedor, con todas las consecuencias extintivas (2).

Mas sucede que en todos los casos en que el destinatario de la prestación sea un tercero, el acreedor determina por sí mismo el sujeto receptor de la prestación que satisface su interés, o autoriza normalmente a otro para recibirla en su nombre (3). En el primer caso, el tercero no recibe la prestación “en nombre del acreedor, sino en su propio nombre” (porque el interés del acreedor está, precisamente, en que él la reciba); en el otro caso, el tercero queda facultado para

---

verifica fuera de la voluntad de las partes, incluso contra ella, como en el caso del pago por un tercero, con tal de que se realice objetivamente la satisfacción a la cual tiene derecho el acreedor. Considera el pago como “un modo de extinción de la obligación por ejecución”. El pago, como “acto debido”, ha sido objeto de atención por la doctrina italiana. Vid. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel Diritto privato italiano*. Napoli, 1955, págs. 340 y ss.

(2) Que el “cobro” no es siempre reverso del “pago” no parece cosa discutible, y así sucede siempre que el cobro no produce el efecto extintivo de un crédito. Puede ser significativa la rúbrica de la Sección Segunda, Tít. XVI, Libro IV del Código civil, que trata “Del cobro de lo indebido”, y no del pago de lo indebido, porque según el artículo 1.895, se recibe alguna cosa “que no había derecho a cobrar. Hecho que no produce el efecto extintivo de un crédito, sino lo contrario: Hace surgir la obligación de restituirla. Cuando el cobro es un hecho extintivo se traduce en un pago.

(3) Decimos “normalmente”, porque en los casos de representación legal, o de oficio, como inherente a una situación jurídica concreta, no es el acreedor, sino la ley, quien faculta al representante para recibir la prestación.

recibir la prestación como si fuera el propio acreedor. Pero siempre esta diversificación subjetiva entre el acreedor —destinatario del pago— y el destinatario de la prestación ha exigido, necesariamente, una declaración expresa del acreedor, o en su caso, una conducta que exprese una ratificación.

No sucede lo mismo si la persona que recibe la prestación en su propio beneficio está designada no por el acreedor, sino por el propio deudor, que realiza la prestación en favor de un tercero sin la voluntad de aquél y con el propósito de extinguir la obligación, porque influye así en la esfera de intereses del acreedor, a quien extingue el derecho de crédito sin el concurso de su voluntad (4). Por el principio de irrelevancia de los negocios respecto al tercero, este cobro realizado por el no acreedor debe ser inoponible al acreedor. No libera al deudor, porque no produce el efecto típico del pago en cuanto negocio dispositivo en sentido estricto (5).

Por otra parte el precepto general del artículo 1.158 permite que el pago pueda hacerlo “cualquier persona”, mientras el artículo 1.162 declara que el pago “deberá hacerse *a la persona* en cuyo favor estuviera constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirla en su nombre”, con lo que la Ley está protegiendo preferentemente el interés del acreedor en la relación obligatoria. Ese interés puede satisfacerlo —favor creditoris—, en efecto, *cualquier persona*, sea o no sea el deudor, mientras que éste no puede pagar a cualquier persona, sino precisamente a su acreedor o a su representante.

Vistas así las cosas, el párrafo segundo del art. 1.163, al disponer que “también será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiera convertido en utilidad del acreedor”, representa en principio, una anomalía, en cuanto parece atribuir al deudor la facultad de determinar él el destinatario de la prestación en persona distinta del acreedor, y sin el concurso de la voluntad de éste, dar al cobro del tercero la eficacia extintiva del verdadero pago, con tal de que al acreedor le sea útil.

Sucede, sin embargo, que como tal eficacia extintiva sólo se produce si la prestación así ejecutada hubiera satisfecho el interés del acreedor al “convertirse en su utilidad”, la anomalía queda aparentemente justificada: La ejecución de la prestación, aún hecha a un tercero, tiene el valor extintivo del pago (tiene “validez de pago”), aunque el destinatario sea siempre el acreedor, cuando éste obtiene la satisfacción de su interés. Explicación que se tiene por válida y suficiente.

A ello se agregan otros dos supuestos: Que el acreedor se declare satisfecho ratificando el acto de ejecución del deudor, expresa o tá-

---

(4) Hay quien considera, como FREUND, que el pago es una “disposición concniente al derecho de crédito” (Der Eingriff, 14). Cit. N. CATALA. Loc. cit.

(5) CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*. CEDAM, 1936, pág. 391.

citamente, o que el pago se haya hecho de buena fe al acreedor aparente (“posesión del crédito”, Cfr. 1.164 Cód. Civ.).

Pero el supuesto del art. 1.163 2.º presenta otro aspecto si se contempla desde un punto de vista diferente: Entre el deudor y el tercero que recibe la prestación no existe un vínculo obligatorio que legitime el cobro con los efectos extintivos del pago. Ciertamente el deudor entrega *lo que debe*, pero a persona distinta del acreedor, o sea, *a quien no lo debe*. Por lo tanto, se produce un *indebitum* subjetivo (6). Y si el pago de lo debido excluye la repetición, mientras que lo indebido da lugar a repetir lo pagado y en esto estriba la diferencia (7), el cobro por el tercero no legitimado, por el abstracto principio de la “conversión en utilidad del acreedor”, en lugar de hacer surgir la obligación de restituir (cfr. 1.895 Cód. Civ.), extingue un crédito preexistente a favor de otro sujeto (validez del pago). De manera que un mismo hecho, el cobro por quien no tiene derecho a cobrar, puede producir dos efectos tan radicalmente opuestos como son: Que nazca una obligación entre deudor y accipiens (restitución en la hipótesis del art. 1.895), o que se extinga el vínculo preexistente entre el solvens y el verdadero acreedor. Con lo que se ha producido que el deudor ha realizado una disposición del derecho de crédito sin intervención del acreedor.

Todavía en el *indebitum* subjetivo normal se produce, en efecto, toda la compleja problemática derivada de la falta de una preexistente relación crédito-deuda entre el solvens y el accipiens, con la solución de la *condictio indebiti*, si el pago fue hecho por error, mientras que en el *indebitum* que contempla el art. 1.163, el solvens es deudor, pero junto al accipiens aparece otro importante personaje: El verdadero acreedor que ve extinguido su crédito. Por ello en el “cobro de lo indebido” puede hablarse de *cuasi contrato*, y establecer la consecuencia de que nace para el accipiens la obligación de restituir, mientras que en el pago hecho al tercero intervienen tres sujetos, pagando el deudor —y no necesariamente por error— a quien no es acreedor, para extinguir el crédito del acreedor verdadero.

Sugiere, en fin, la hipótesis del artículo 1.163, 2.º, una cuestión fundamental en orden a la aplicabilidad del precepto. Es la *manera* y el *porqué* puede llegar a producirse, y cuáles sean los elementos estructurales del supuesto contemplado en la ley. Por último, de qué modo opera esa *validez* del pago de que habla el precepto; o, si se

---

(6) DONELLUS, *Opera omnia. Commentariorum de jure civili. Tomus tertius*, Lib. XIV, Cap. XI, VII, p. 1095. *Maceratae MDCCCXXIX*: “*Debitum duabus ex rebus aestimandum est: ex re ipsa, et ex personis. Ex re ipsa, ut sit aliquid per se debitum quisquis id debeat, au cuicumque debeatur. Ex personis, ut sit etiam inter eos ipsos, inter quos solutio peragitur debitum: idest ut debeatur ei cui solvitur, et debeat is qui solvit. Quorum aliqui si deest, etiam si caetera concurrant est indebitum quod solvitur*”.

(7) DONELLUS, loc. cit. Cap. XV, 1.139, VI: *Debitum est, quod hanc repetitionem adimit. Indebitum quod tribuit; et in eo istius juris differentia versatur.*

quiere, cómo se subsana la falta de legitimación del tercero (8) para recibir el cobro con el efecto extintivo del pago. Singularmente el punto importante de si la predicada validez del pago se produce de modo directo y automático, en cuanto el cobro del tercero represente utilidad para el acreedor, o si la "conversión en utilidad del acreedor", de que habla el precepto, es sólo la remisión a un principio que precisa la utilización concreta de alguno de los medios de extinguir las obligaciones que enumera el artículo 1.156 del Código civil, como criterio objetivo.

Respecto a esta cuestión se dirá, probablemente, que si el cobro del tercero convertido en utilidad del acreedor es declarado por el artículo 1.163 un pago válido, no hay duda de que la Ley considera el cobro del tercero en tales condiciones de conversión en utilidad como una manera de pagar. Y si el pago o cumplimiento es el primero de los medios extintivos que el artículo 1.156 enumera, este pago al tercero no es cosa distinta que una variante, todo lo excepcional que se quiera, del verdadero pago. Salvo que, como hemos visto, a ese acto del deudor le faltan todos los elementos estructurales del pago verdadero. De manera que es un acto extintivo. Como el pago. Pero no es un pago, puesto que falta toda relación crédito-deuda entre solvens y accipiens.

2. La doctrina jurídica española adopta un criterio casi unánime en orden a la justificación del precepto, pero no aparece en ella un intento de determinación de su estructura y de su modo de operar.

El argumento justificativo de la validez del pago al tercero, "en cuanto produjo igual resultado de utilidad para el acreedor", recogido ya por SÁNCHEZ ROMÁN (9), es el mismo que después se aduce con unanimidad (10). A veces entendiendo que el precepto toma en consideración la idea de la satisfacción del interés del acreedor, producida a través de un "subrogado o sustitutivo del verdadero pago" (11); o bien que "la utilidad del acreedor hace que el cumplimiento produzca efectos liberatorios", porque "el resultado económico final legitima al

(8) BETTI, *Teoria generale delle obbligazione*, III, *Fonti e vicende dell'obbligazione*. Giuffrè, 1954, pág. 132. Incidentalmente y a propósito del pago al incapaz, observa que si el deudor que había sido liberado del pago porque el incapaz había obtenido provecho, pagase por segunda vez, él no actuaría por enriquecimiento, sino por pago de lo indebido, lo que también sucede en el supuesto del artículo 1.188, con la diferencia de que contempla, no un caso de incapacidad, sino la falta de legitimación.

(9) SÁNCHEZ ROMÁN. T. IV, 1899, pág. 291.

(10) ORTIZ y FÁBREGAS DEL PILAR: "Demostración de que ha redundado (el pago) en beneficio del acreedor" ("Pago", en *Enciclp. Jur. Esp.*, pág. 218).—VALVERDE: *Tratado*, 4.ª ed., 1937, págs. 168-169, tomo III.—DE DIEGO: "Que resulte satisfecho el legítimo interés del que en el momento del pago figura como acreedor" (*Curso elemental*, vol. V, 1926, pág. 43).

(11) BELTRÁN DE HEREDIA, *Cumplimiento de las obligaciones*. Ed. Rev. Derecho Prvdo., pág. 147.

tercero y al cumplimiento mismo" (12), y que la utilidad del acreedor es un "equivalente a su ratificación" (13).

Se considera fundado el precepto del artículo 1.163, siguiendo también el criterio exegético francés e italiano, en el principio de que "nadie debe enriquecerse torticeramente con daño de otro", ya que el cobro del tercero produjo igual resultado de utilidad para el acreedor (14), y se apunta que, siendo el pago *nulo* cuando es hecho a personas que en ningún concepto han tenido intervención en la obligación, se produce una posterior convalidación, cuando se demuestre la circunstancia de que el pago ha redundado en beneficio del acreedor (15).

Esta misma idea ha sido posteriormente precisada en el sentido de distinguir dos supuestos: Uno, de convalidación, que se produce cuando el pago al tercero, siendo *inicialmente* inválido, se convalida por el hecho de convertirse posteriormente en utilidad del acreedor (mediante entrega a éste de lo recibido); y el supuesto en que el pago es válido *desde el principio*, cuando la *cosa* se dio a quien en definitiva había de percibirla (16). Ello equivale a distinguir la conversión en utilidad del acreedor, mediante un posterior acto convalidante del tercero (entrega al acreedor de lo recibido) de la utilidad del acreedor directamente lograda por éste, sin necesidad de ese otro acto posterior. Distinción que sugiere considerar que si bien cuando la actuación del deudor tiene lugar en relación al acreedor verdadero y su contenido se ajusta a la prestación prevista en la relación obligatoria, no hay duda de que la conducta del deudor es un verdadero pago, cuando exista equivocidad respecto al objeto o respecto al sujeto perceptor de la prestación, la conducta del deudor ya no se manifiesta con la cualidad objetiva de un verdadero pago, y será preciso entonces que el deudor exprese que actúa para liberarse de su deuda, y que el acreedor acepte que le ha sido útil la prestación que el deudor realizó al tercero. O, por el contrario, que se *declare* que la prestación hecha al tercero ha sido de utilidad al acreedor, si éste pretende cobrar de nuevo. En todo caso no parece que el pago sea válido *desde el principio*, sino desde que la aceptación o la declaración de utilidad para el acreedor verdadero se haya realizado, aunque los efectos extintivos se retrotraigan al momento del cobro del tercero.

Eso justifica, a nuestro parecer, la afirmación de que al deudor corresponde la prueba de que el pago se convirtió en utilidad del acreedor.

(12) HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, pág. 311.

(13) DE DIEGO, ob. cit., pág. 43.

(14) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit., pág. 263.

(15) ORTIZ y FÁBREGAS, loc. cit.

(16) ALBALADEJO, *Instituciones. Parte general y Derecho de obligaciones*, 1961, pág. 352.—Vid. LAURENT, *Principes*, t. XVII, 4.<sup>a</sup> ed., Bruxelles-Paris, 1887, núm. 540, donde distingue el pago válido "cuando aprovecha al acreedor", "o se torna en provecho del acreedor".

dor, pues no hay duda de que la presunción es contraria a él (17), y que los comentaristas hagan hincapié en que la utilidad para el acreedor de un pago hecho a tercera persona es tan difícil que no puede presumirse (18). Y justifica también que el supuesto en que el tercero que cobró entregó lo percibido al acreedor, y el que la cosa ("cantidad") debida se entregó a quien en definitiva había de percibirla (que es doctrina jurisprudencial recogida en sentencia de 5 de diciembre de 1900), se consideren simplemente como dos supuestos en los que debe apreciarse que el pago hecho al tercero se *convirtió* en utilidad del acreedor (19).

Por otra parte, tampoco parece absolutamente claro que el supuesto en que el tercero entrega lo percibido al acreedor, tan reiteradamente citado (20), sea en realidad un caso de convalidación, o de conversión en utilidad, pues también puede pensarse que el tercero es un simple instrumento para el pago, o, si se quiere, un mandatario del deudor, en su caso. De manera que no hay pago hasta que el verdadero acreedor recibe la prestación. Lo prueba el hecho de que si el tercero no entrega al acreedor lo percibido, el deudor no queda liberado. Podrá aducirse que el deudor hace la prestación al tercero en lugar de al acreedor con ánimo o intención de liberarse, o sea, de pagar. Pero no parece dudoso que el acreedor es ajeno a este propósito del deudor, y que para él la obligación no ha sido cumplida (21). Si el deudor hace la prestación al tercero, para que la entregue al acreedor, no hay duda de que el tercero actúa por *encargo* del deudor (cfr. 1.709), y a riesgo de éste (22). Si la entrega al tercero es hecha por error, la posterior entrega al acreedor verdadero, que haga el receptor de la prestación, tendrá el mismo significado, porque se hará después de desvanecido el error: De manera que el tercero, en lugar de restituir lo indebidamente cobrado por error (art. 1.895), lo entrega al acreedor por cuenta del deudor. Y no paga por el deudor con su propio patrimonio (o sea, no hace un pago por otro; cfr. 1.158), sino que hace una restitución al verdadero destinatario de lo indebidamente cobrado por él. Pero el pago sólo es apreciable cuando el acreedor verdadero recibe la prestación, y sólo si la recibe. Hasta ese momento, no es que aún no se haya "convertido en utilidad" el cobro del tercero, sino que no se ha pagado.

---

(17) VALVERDE, *Tratado*, tomo III, págs. 168-169.

(18) MANRESA, *Comentarios*. Arts. 1.162-1.165, pág. 257. SCAEVOLA, *Comentarios*, tomo XIX, págs. 814 y ss.

(19) CASTÁN, 7.<sup>a</sup> ed., III, pág. 241.

(20) También ESPÍN, *Manual*, vol. III, pág. 134.

(21) Michele GIORGIANNI (*L'inadempimento*. Giuffrè. Milano, 1959). Destaca cómo, independientemente de la conducta culpable del deudor, el incumplimiento puede significar simplemente la situación jurídica objetiva que se determina por la falta de satisfacción del interés del acreedor (pág. 2).

(22) BELTRÁN DE HEREDIA, loc. cit., al expresar este mismo supuesto, afirma: "... que se pueda probar que lo entregado al tercero llegó efectivamente a poder del acreedor".

Aparte de los dos supuestos mencionados, aún se aduce otro: Que el deudor pague al acreedor del acreedor (23). Ciertamente que se afirma que podrían darse otros muchos ejemplos en la práctica (24), pero lo cierto es que no los hemos encontrado expuestos. Y aún más, este pago al creditor creditoris no parece supuesto distinto al enunciado anteriormente (el del que el deudor entregue la cosa ("la cantidad")) a quien en definitiva había de percibirla, porque si "A entrega a C lo que debía a B, porque sabe que, a su vez, éste lo debe a C" (25), lo que parece que A (deudor) ha hecho es pagar a C —acreedor de su acreedor— (que es B).

No hemos encontrado otros supuestos de aplicación de la conversión en utilidad a que se refiere el artículo 1.163-2.º, en nuestra doctrina.

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, no parece aportar tampoco mayor casuística.

Siguiendo un orden cronológico, la Sentencia del T. S. de 28 de febrero de 1896 sentó la doctrina de que "la entrega de lo adeudado hecha a un tercero, siquiera se haga por mero error o de buena fe, no libera al deudor de su obligación de pagar, ni perjudica al acreedor en su derecho a cobrar, y que si por la imposibilidad de recuperar lo indebidamente pagado resultaren perjuicios irreparables, recaen estos sobre el deudor engañado, como único responsable de sus propios actos, a no mediar sobre este punto pacto en contrario, o culpabilidad por parte del acreedor que origine responsabilidades al mismo imputables" (26).

La Sentencia de 5 de diciembre de 1900 ofrece particular interés, por su estructura y porque en definitiva parece haber suministrado uno de los supuestos de aplicación del artículo 1.163-2.º, reiteradamente reproducido, aunque, quizá, la doctrina de esta resolución no intenta una construcción técnica del supuesto de aplicación del artículo 1.163-2.º, citándolo como simple apoyatura para una solución justa. Tal Sentencia declara: Que "la prescripción del artículo 1.162 no se quebranta cuando la cantidad debida se entrega a quien en definitiva ha de percibirla, aunque no sea éste quien figure como acreedor directo, pues en tal supuesto hay que entender que redonda en utilidad de dicho acreedor, según el párrafo segundo del artículo 1.163, por librarse así de la obligación de hacer, a su vez, la entrega".

Los elementos que integran esa doctrina merecen ser subrayados sin perder de vista el supuesto que dio lugar a ella: Así, se declara que la entrega de la cantidad debida no al acreedor, sino a quien en definitiva había de percibirla, no quebranta el principio de que el pago debe hacerse al acreedor, que formula el artículo 1.162. Afirma segui-

(23) BELTRÁN, loc. cit.

(24) BELTRÁN, loc. cit.

(25) ALBALADEJO, loc. cit.

(26) Sentencia de 28 de febrero de 1896. Cit. por Valverde, tomo III, pág. 169.

damente que tal entrega *libera* al acreedor de hacer, a su vez, la entrega —con lo que parece contemplar un caso de pago al acreedor del acreedor que, al liberar a aquél, redundaría en su utilidad—. Pero al sostener que el tercero no figura como *acreedor directo*, parece haber considerado que el acreedor del acreedor es una especie de acreedor *indirecto* del deudor de su deudor. En definitiva, una construcción no excesivamente clara en cuanto a la aplicación del artículo 1.163-2.º, que invoca, pero parece que utilizando el principio de utilidad del acreedor, recogido en el precepto, como simple refuerzo argumental, o “a mayor abundamiento” para fundamentar una resolución justa. (Se trataba de créditos representados por las minutas de honorarios de un abogado y un procurador, incluidas en una tasación de costas y cobradas directamente por éstos, y no a través de la propia parte que había pedido la tasación. La Sentencia recoge el hecho de que en la tasación aparece una suma concretamente referida al importe de las minutas de estos profesionales, y la manifestación del procurador de que la parte adversa le había satisfecho ya el importe de dichos recibos, y, por tanto, no procedía en cuanto a esa suma la vía de apremio.)

Otras resoluciones jurisprudenciales contemplan casos en los que se considera, e incluso a veces aparece confundido, el concepto de utilidad del pago al acreedor con el de la ratificación por éste del cobro hecho por el tercero (27). Singularmente son resoluciones dictadas sobre supuestos de pago realizado mediante ingreso en cuenta corriente bancaria del acreedor.

Se mantiene el criterio general de que este medio constituye una de las formas de pago que pueden utilizarse con fines extintivos de la obligación, siempre que el acreedor no lo rehuse justificada y oportunamente por carecer el pago de las condiciones legales, entendiéndose que “si esta repudiación no fuera expresa, habría de interpretarse *el silencio...* como una aquiescencia clara, y aceptar como eficaz forma de pago el ingreso realizado” (28), puesto que “el silencio del accipiens, que nada dijo ante el anuncio del ingreso, ni después de efectuado, supone una tácita conformidad” (29).

La necesidad de la prueba hecha por el deudor, de que el pago redundó en beneficio del acreedor, como “posición de facto”, exige la Sentencia de 21 de junio de 1955; y la de 12 de junio de 1953, tras de afirmar el principio del artículo 1.162, considera como excepciones la del artículo 1.163-2.º y la del artículo 1.164, que otorga

---

(27) Tal parece ocurrir en la Sentencia de 20 de mayo de 1944, en la que se apreció la utilidad del pago para el acreedor, en el caso de un Banco que incorporó a su activo los pagos hechos por un deudor a un gerente de colectividad, durante el período de incautación del Banco.

(28) SS. Tribunal Supremo de 27 de abril de 1945, 18 junio 1948 y 26 noviembre 1948.

(29) Sentencia 26 noviembre 1948. (Vid sobre el tema Moros, *Sobre si el ingreso en la cuenta corriente del acreedor libera al deudor*. En Revista Derecho Mercantil, abril-junio 1958.)

efecto liberatorio al pago hecho de buena fe al que estuviese en posesión del crédito. Deja, como caso aparte, el de que el pago al tercero se haya realizado por "temor o coacción sobre la voluntad". Lo curioso de esta sentencia está en que afirma también que si el deudor realiza el pago "según sus propias manifestaciones por temor a una negativa que, según dice, podría pagarse con la vida, es decir, para conservar la vida o alejar el peligro de perderla, no puede decirse que esto no sea un beneficio apreciable que la demandada (deudora) consiguió afortunadamente, a diferencia del causante del actor...", por lo que la deudora "obró en su propio interés y utilidad (?) y no puede hacer recaer las consecuencias de sus propios actos sobre la parte actora que en nada intervino", significando así que el pago realizado al tercero, obedeciendo a la coacción o temor de perder la vida, produjo en el deudor una "utilidad" apreciable, y no en el acreedor...

En resumen, la doctrina y la jurisprudencia no parecen, en cuanto se nos alcanza, haber realizado una completa disección del precepto del artículo 1.163-2.º, ni puesto en discusión y analizado los presupuestos para su aplicación. Hablar de "sustitutivo del pago", de "legitimación del tercero" "por el resultado económico final"; de que la utilidad del acreedor es un "equivalente a la ratificación", o un supuesto de "convalidación" de un pago inicialmente inválido, aunque pueda ser también válido desde el principio, parecen ser más bien simples expedientes justificativos o explicativos.

Y la jurisprudencia, por su parte, parece unas veces eludir la aplicación directa del principio; otras veces, por la índole de la cuestión, acude a la vía de la ratificación por el acreedor, o, en fin, como en la sentencia últimamente citada, de 21 de junio de 1955, hace una aplicación del principio de conversión en utilidad del pago no excesivamente convincente por razones obvias.

4. Tampoco ofrecen mayores perspectivas los comentaristas franceses: TOULLIER, por ejemplo, omite todo comentario al párrafo segundo del artículo 1.239 del Code, y afirma solamente que el pago hecho a aquel que no tenía del acreedor poder para recibirlo, es válido si aquél lo ratifica o le es útil (30). Sólo al tratar del pago hecho al incapaz, acreedor incurso en muerte civil, considera que el pago le es útil y válido "si se destinó a extinguir una deuda legítima, o para gastos de una reparación necesaria o útil en los bienes del acreedor" (31).

HUC repite la validez del pago hecho a quien no tiene facultades para recibirlo, si el acreedor lo ratifica o lo aprovecha. Interesa, sin embargo, la observación de que en el caso de que el tercero reciba los fondos del deudor, y se encargue de hacerlos llegar al acreedor,

(30) TOULLIER, *Le Droit Civil Français suivant l'ordre du Code*. Bruxelles, 1830, pág. 9, núm. 14.

(31) TOULLIER, loc. cit. (núms. 15 y 14).

*deviene un mandatario* del deudor, y, por consiguiente, la pérdida es para el último, si no hace la entrega. Singularmente interesan las citas que hace en apoyo de la validez del cobro del tercero cuando aprovecha al acreedor (32).

DEMOLOMBE (33) distingue la validez del pago hecho al tercero, por ratificación expresa del acreedor, por ratificación tácita, cuya apreciación corresponde a los magistrados, y porque el acreedor aproveche el pago hecho por el deudor a un tercero sin mandato. Como si el tercero ha empleado la suma recibida en extinguir una deuda del acreedor, una deuda, por ejemplo, “que aquél tenía interés en extinguir antes que otras”, ya que entonces, si el acreedor demandara un segundo pago, lo recibiría dos veces y se enriquecería a expensas del otro. Se aprecia así, nuevamente, el supuesto de pago al acreedor del acreedor, pero con el matiz de que éste —acreedor-deudor del tercero— tenga interés en extinguir esa deuda “antes que las otras”. Con ello el acreedor continúa siendo quien determina el efecto extintivo de ese cobro, ya que si no tiene interés en extinguir el crédito que contra él tiene el tercero, el cobro no habrá aprovechado al acreedor y se excluye, por tanto, el efecto extintivo. La “conversión en utilidad” puede quedar, así, al arbitrio del acreedor.

En sentido análogo, ZACHARIAE (34) contempla sólo el caso de pago al acreedor del acreedor, cuando éste no tenga deudas más urgentes, coincidiendo en esto con la opinión de Demolombe.

En fin, otros (35) consideran nulo el pago hecho a un tercero que no sea mandatario del acreedor, ni poseedor del crédito, salvo las excepciones previstas en el art. 1.239-2.º (ratificación del acreedor y provecho de éste), que estiman justificadas por sí mismas. En equidad —se añade (36)— no puede discutirse, porque el acreedor, por hipótesis, se ha beneficiado del pago como si realmente se le hubiera hecho. Si el pago queda nulo, el deudor, obligado a pagar otra vez, podría invocar el enriquecimiento sin causa en cuanto al primer pago, y la Ley simplifica justamente la situación declarando el pago válido. La cuestión de saber si el acreedor ha aprovechado el pago es de puro hecho.

De esta breve referencia sólo cabe extraer los siguientes criterios: Que el precepto se justifica apoyándolo en el enriquecimiento injusto, siendo su finalidad la de simplificar las consecuencias de un pago duplicado. Que la validez del pago hecho al tercero depende de una cues-

(32) Huc, *Coment.* T. 8, art. 1.239, pág. 36. Literalmente cita: L. 12, pr. 4; L. 16, 49, 85, Dig. 46-3. De Solut.

(33) DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en general.* T. quatrième. París, 1872, núms. 170, 171 y 172, pág. 146.

(34) ZACHARIAE VON LINGENTHAL-CROME, *Manuale del Diritto Civile francese.* Trad. L. Barassi. Milán, 1907. Vol. II, § 297, pág. 309.

(35) RIPERT-BOULANGER, tomo II, *Obligations-droit Réels.* París, 1957, pág. 561.

(36) DE PAGE, tomo III, *Traité.* Bruxelles, 1950, pág. 412, núm. 430.

tión de puro hecho: Que el acreedor haya aprovechado el pago. Por último, que el único supuesto que se aísla de tal aprovechamiento es el del pago al acreedor del acreedor, y aún ésto condicionado a que el acreedor tenga interés en extinguir esa deuda antes que otras más gravosas. También la observación de que si el tercero asume el encargo de hacer llegar la prestación al acreedor deviene un mandatario del deudor, y por tanto éste corre el riesgo de la pérdida si el tercero no hace la entrega.

5. En la doctrina italiana sobre el Código de 1865 (art. 1.241) se sigue, casi sin variación, el criterio expuesto ya por los autores franceses. Se invoca también, como justificación de la validez del cobro del tercero, cuando aprovecha al acreedor, el enriquecimiento injusto de éste (37). Como ejemplo de aprovechamiento del acreedor se cita el pago al acreedor del acreedor, que extingue un débito de éste (38), o se afirma que el "provecho" del acreedor es una manera de ratificación (39).

Destacan las sugerencias de GIORGI (40). Este autor centra la cuestión como un supuesto de confirmación de un pago mal hecho: provecho del acreedor —añade— equivale a decir "versión útil". Con tal fundamento sólo puede hablarse de versión útil cuando el provecho es permanente; de manera que si en el momento en que el acreedor *pide*, y el deudor alegue haber ya pagado, el provecho se ha desvanecido, la *excepción* no tendrá ya fundamento. Considera, por último, que si la versión útil es parcial, el pago queda confirmado hasta donde alcanza el provecho (41).

Junto al dato de que el provecho del acreedor es oponible por vía de excepción, si éste ejercita una pretensión de pago, ofrece también dos sugerencias de bastante interés a nuestro juicio: Una es a propósito del pago hecho a persona distinta del acreedor por *orden judicial*, exponiendo los requisitos exigidos por la Rota romana (42), que considera también deben seguirse en el Derecho moderno, porque de lo contrario "no liberaría al deudor de la sospecha de estar en connivencia con el tercero". La observación importa porque sugiere que la connivencia entre el tercero que recibe la prestación y el deudor, es

(37) RICCI, *Derecho Civil teórico y práctico*. Trad. E. Ovejero. T. XIV. Madrid. La España Moderna, pág. 9.

(38) PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*. Vol. IV. 5.ª ed. a cura di Giulio Venzi. UTET, 1927, pág. 538.

(39) BORSARI, *Commentario del Codice Civile italiano*. Vol. III, Parte seconda, 1877. UTET, pág. 628, § 3.189.

(40) GIORGI, *Teoría de las obligaciones*. Vol. III, pág. 115. Trad. de Dato Iradier. Reus, 1913: "Cómo puede confirmarse el pago mal hecho".

(41) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., pág. 311, escribe: "si la utilidad del acreedor, aun existiendo, no alcanza al total importe del crédito, subsiste éste en lo no cubierto por la utilidad experimentada".

(42) Que aquel a quien se pague sea verdadero acreedor; que el deudor haya denunciado las diligencias al acreedor directo, y que se hubiere defendido oponiendo las excepciones pertinentes" (cit. anterior, pág. 114).

presumible, y realmente cuando se contemplan las posibilidades de constitución del supuesto, parece que ésta es una de las que conviene tener en cuenta.

La otra sugestión de este autor (43) es que, habiéndose producido evidentemente un "indebitum", no le parece discutible el derecho del deudor a reclamar la restitución de lo cobrado, cuando se da cuenta de que ha pagado imprudentemente, ya que siendo la liberación "un beneficio para el deudor", puede renunciarlo, y repetir lo indebido (44).

El interés de estas sugestiones nos parece que reside en que apuntan al modo de operar el precepto: vía de excepción opuesta por el deudor que pagó al tercero con provecho para el acreedor, si éste reclama, y la evidente relación que guarda con la presunción de connivencia del deudor con el tercero, que aparecería claramente si se admite que, en lugar de una excepción, el deudor tenga una acción contra el acreedor para que se declare bien hecho el pago y extinguida la obligación por el cobro del tercero. Ello supondría que la Ley autoriza al deudor para influir en el patrimonio del acreedor sin el concurso de su voluntad, dejando de ser un simple efecto consecuencial del hecho de que el acreedor haya obtenido utilidad del cobro del tercero.

También, desde otro punto de vista, parece digna de tener en cuenta la compleja problemática que puede originar la posibilidad de que el deudor repita lo entregado al tercero, si se da cuenta de que pagó imprudentemente. Tal posibilidad ofrece inmediatamente dos interrogantes: La primera es la de en qué momento, o hasta qué momento podría el deudor exigir del tercero la devolución de lo cobrado, pues si el tercero es un acreedor del acreedor, y por el cobro ha declarado extinguido su crédito (e incluso las posibles garantías de terceros) repetir lo cobrado supone revivir el crédito del acreedor del acreedor, y, por así decirlo, destruir la utilidad ya lograda por el acreedor... La segunda es la pregunta de si podría, o no, el tercero acreedor del acreedor, eludir la devolución de lo cobrado alegando, como "justa causa" para retener el cobro (cfr. 1.901 C. C.) que extinguió la deuda que tenía contra el acreedor.

Algún autor (45), desde otro punto de vista, concibe la utilidad del acreedor como medio de defensa (*exceptio in rem versio*) que la ley concede al deudor para *repeler la acción de nulidad del pago*, aspecto éste que, sin perjuicio de su posibilidad, parece poco probable y de escasa aplicación práctica, ya que lo lógico es que el deudor excepciones para repeler la pretensión de pago que el acreedor ejercite, a pesar de haber percibido ya la utilidad y no considerarse satisfecho, según su criterio (46).

(43) Loc. cit., núm. 92.

(44) Loc. cit. Vol. V, 1912, págs. 134-135.

(45) LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*. Vol. II. Ristampa con Appendici del Prof. Francesco Degni. 1925, pág. 45.

(46) LAURENT, *Principes*. Tomo XVII. París, 1887, pág. 256, observa: "Si el pago es hecho a aquel que no es acreedor, ni mandatario del acreedor, no hay pago; el acreedor no tiene necesidad de pedir la nulidad".

La cuestión de si puede ser válidamente hecho el pago a un “negotiorum gestor” del acreedor, es contestada afirmativamente, aunque haciendo depender la eficacia del pago de la ratificación del acreedor, salva siempre la acción de enriquecimiento (in rem versio) (47).

6. De la doctrina más reciente se extraen los siguientes resultados:

Hay quien partiendo de la doble perspectiva del pago, como acto de ejecución y como modo de extinguir la obligación, explica que se puede tachar de nulo un acto de pago, en cuanto concierne a la ejecución, y plenamente eficaz respecto a la extinción de la obligación, por haber realizado objetivamente la satisfacción a que el acreedor tiene derecho (48). De manera que la extinción del vínculo obligatorio es automáticamente ligado por la Ley a un puro hecho, a una “situación objetivamente considerada” como apta para satisfacer al acreedor. Los dos efectos del pago se encuentran ligados por una relación de subordinación: la prestación, acto de ejecución, opera la extinción en tanto satisface al acreedor. Sobre tales bases se afirma, como consecuencia (49), que los artículos que declaran que el pago es válido si el acreedor lo aprovecha, están en contradicción con el principio establecido en materia de actos jurídicos, cuya validez exige la manifestación de una voluntad jurídica válida, que no se encuentra en el caso de un accipiens sin poder. La entrega ineficaz se convierte en válida, porque da satisfacción al acreedor, y la obligación se extingue por un acto que es nulo, pero que económicamente ha realizado el fin impuesto por el orden jurídico. “La necesidad del acto —se dice— cubre su irregularidad”.

En un orden de ideas semejantes, se observa también (50) que la liberación del deudor no se consigue automáticamente con la prestación efectuada en manos de un tercero, sino con un presupuesto de hecho más complejo, y que la distancia cronológica entre el pago al tercero y el efecto extintivo es suficiente para estar ciertos de que tal pago constituye un indébito, al que se liga la eficacia liberatoria cuando sobreviene el provecho del acreedor. El “provecho”, concepto genérico, subsiste cada vez que sea posible concluir que la prestación destinada al acreedor ha determinado para él, incluso de manera indirecta, una ventaja equivalente a la que le habría procurado si hubiese sido directamente puesta en sus manos. Pero cuando hay que llegar a la precisión del cómo el provecho se realiza en el acreedor, se con-

(47) PACHIONI, *Diritto Civile italiano*. CEDAM. 1941. Parte Seconda. Vol. I. Delle obbligazioni in generale. Pág. 329.

MESSINEO ve también aplicación de la actio in rem versio en el supuesto del art. 1.181 del Código italiano vigente, en cuanto el acreedor verdadero se ha aprovechado del pago. (Vid. *Manual de Derecho civil y comercial*. T. IV. Derecho de las obligaciones. Parte general. Buenos Aires, 1955, pág. 363.

(48) N. CATALA, ob. cit. (págs. 189, 213, 259).

(49) Loc. cit., pág. 116.

(50) Piero SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*. Giuffrè, 1961, págs. 166 y ss.

cretan dos supuestos: Cuando el accipiens haya entregado al acreedor aquello que ha recibido y también “cuando el acreedor y el tercero *estén de acuerdo* para atribuir a la prestación recibida por este último una eficacia en lo que se refiere a sus relaciones *directas*”. Por último que el accipiens haya empleado en favor del acreedor cuanto haya recibido del deudor.

Como puede observarse, los tres supuestos así expresados equivalen: a convertir al tercero en instrumento de pago, a la ratificación, y a ese otro empleo en favor del acreedor de cuanto haya recibido el tercero del deudor, no suficientemente explicado, porque o se queda reducido al primer supuesto (entrega al acreedor de lo recibido) o no aparece muy clara la *conexión* entre las relaciones deudor-acreedor y tercero-acreedor, éstas surgidas del empleo que el primero ha hecho de lo recibido “en favor” del segundo.

A veces se justifica el precepto como una simplificación que la ley hace de la situación que resultaría si el pago al tercero, que aprovecha al acreedor, se declarase nulo. En tal caso —se dice— (51) el deudor, obligado a pagar otra vez, podría invocar el enriquecimiento sin causa en cuanto al primer pago. Declarando válido el pago la situación se simplifica. Lo que permite afirmar que por el pago a un tercero el acreedor se encuentra, finalmente —aunque indirectamente— y por completo, en la misma situación que si hubiese sido pagado él mismo. Es suficiente que el provecho del acreedor exista en la realidad, correspondiendo al deudor la prueba de tal hecho.

En la misma línea otros muchos autores, MAZEAUD (52) y GIORGIANNI (53), por ejemplo. Otros (54), en cambio, ven en el provecho del acreedor una “forma táctica de ratificación”, una “ratificación impropia”, y señalan que, si no concurre la ratificación, ni el aprovechamiento, compete al solvens la *conditio indebiti*, singularmente cuando es constreñido a pagar una segunda vez al verdadero acreedor.

7. Esta idea del “provecho del acreedor” como forma tácita de ratificación, que aparece apuntada sin ulteriores desarrollos ni explicación suficiente, merece, quizá, ser meditada. La “ratificación” y el “aprovechamiento” por el acreedor son los dos medios de validez del pago hecho a un tercero que no tenía poder para recibirlo, reco-

(51) DE FAGE, ob. cit. Tomo III, 1950, pág. 142, núm. 430.

(52) MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*. T. II. Obligations. Pág. 735.

(53) GIORGIANNI, *Pagamento*, núm. 6. En *Nuovo Digesto italiano*. Afirma que tanto la hipótesis de que el pago aproveche al acreedor, como el del pago hecho al incapaz son aplicación directa del principio general que prohíbe el enriquecimiento injusto. La misma voz “Pagamento”, en *Novissimo Digesto Italiano*, pág. 328, sostiene que la satisfacción, o el provecho, son hipótesis en que el acreedor ha reconocido expresamente el efecto liberatorio, o en que el pago ha alcanzado su efecto, o sea, que ha ingresado en el patrimonio del acreedor.

(54) BUTERA, *Codice civile italiano commentato. Libro delle obbligazioni*. Parte prima. Torino, 1943, pág. 62. BORSARI sostiene el mismo criterio (vid. nota 55). En España, DE DIEGO (nota 13, cit.).

gidos en el art. 1.239 de Código francés. Los que repitió el Código italiano y mantiene el párrafo segundo del art. 1.188 del vigente de 1942. Nuestro art. 1.163-2.º, en cambio, se aparta de esa redacción, y redujo al supuesto de validez del pago hecho al tercero a que se “hubiere convertido en utilidad del acreedor”, sin mencionar la ratificación de éste. Cabe preguntarse si tal omisión puede estar justificada en la consideración de que la “conversión en utilidad” fue, en efecto, estimada como una forma de ratificación tácita del pago, supuesto en el que nuestro Código habría tomado postura acerca de la naturaleza del hecho.

Pero no lo creemos así. Mientras que “aprovechar” el pago puede sugerir una conducta por parte del acreedor que implique una tácita ratificación (55), la “conversión en utilidad” parece expresar un concepto mucho más amplio, en cuanto puede comprender desde el caso en que el acreedor se conduzca de manera que haga suya la utilidad del pago con el concurso de su voluntad, hasta los casos en que la conversión en utilidad se produzca sin que su voluntad intervenga (por ej. que el tercero acreedor del acreedor, declare extinguido un crédito que tenía contra éste, ante el cobro realizado). Si “aprovechar” el pago hecho al tercero implica en el acreedor actos de aprovechamiento, podría aceptarse la tesis de identificar el aprovechamiento del pago con la ratificación tácita. Pero en caso contrario no. La tesis conduciría a la solución más simple: La validez del pago hecho al tercero no legitimado exige siempre la ratificación del acreedor, expresa o tácita, existiendo una forma típica de ratificación tácita: Que el acreedor haga actos de aprovechamiento del cobro realizado por el tercero.

La fórmula, aunque sencilla y confortable, no parece ajustada al más amplio y genérico concepto de “conversión en utilidad” que nuestro art. 1.163-2.º emplea.

8. Pasando ahora a los supuestos contemplados por la doctrina, en los que se produce la eficacia liberatoria del pago hecho al tercero, se ha señalado (56) que tiene lugar siempre que el pago ejecutado en manos del tercero pueda referirse a la obligación que liga al solvens con el acreedor en lugar de con el accipiens. Lo que se verifica cuando el accipiens haya actuado como representante del acreedor, o como gestor en el interés del acreedor, o, en fin, sustituyéndolo “utendi iuribus”, sin que existan los requisitos de la representación,

---

(55) BORSARI, *Commnt.* Vol. III, 1877. UTET. Pág. 628. 3.189, afirma que el provecho es una forma de ratificación del pago por el acreedor. Aprovecharse de un hecho o de una convención no consentida es ratificación de un carácter más enérgico y más decisivo. Exemplifica así: “Un tal, en lugar de pagarme a mí, como debía, ha hecho un depósito de la suma a un tercero, en mi nombre e interés, pero que yo podía no reconocer; yo voy sin más a retirar la suma. ¿Cómo podría después impugnar el depósito ilegal que se ha ejecutado? La ratificación producirá el efecto de liberar al deudor... etc.”

(56) SCHLESINGER, loc. cit., pág. 167.

de la gestión de negocios útil o de la acción subrogatoria. Aunque en tales casos el pago no determina ciertamente la liberación del solvens, no pueden surgir dudas acerca de la relación sobre la cual debe incidir el pago, si no hubiera faltado el requisito de la legitimación. En cambio —se añade— hay mayores dificultades cuando el solvens efectúa la prestación en manos del tercero creyendo erróneamente que este último es el acreedor. Porque en tal caso la relación que el solvens pretende extinguir no es, en rigor, la que efectivamente lo liga a su acreedor y respecto de la cual ha caído en el error acerca del destinatario de la prestación, sino que es una diversa (e inexistente) relación que lo ligaría, no al verdadero acreedor, sino al accipiens.

Con ello se establecen en realidad dos supuestos: Actuación del tercero, que cobra utendo iuribus, y actuación del deudor creyendo erróneamente que el tercero es el acreedor (caso distinto de la creencia en una relación inexistente que lo ligaría, no con el verdadero acreedor, sino con el accipiens). El segundo supuesto puede coincidir con el del acreedor aparente (posesión del crédito), que queda fuera de nuestro examen.

Otros (57) precisan que el presupuesto de la hipótesis es que el accipiens no esté asistido de la apariencia de una legitimación para recibir el pago, porque si ésta existe se aplicaría la norma de tal supuesto específico, y en todo caso es indispensable que el deudor haya pretendido efectuar en las manos del tercero precisamente aquella prestación que se refiere a la relación que lo liga al acreedor.

Tal situación comprende los supuestos en que el tercero reciba la prestación sin alegar un título propio, pero afirmando actuar en lugar del acreedor sin estar sustancialmente legitimado. Así ocurre en tres casos: Actuando como representante sin justificar los poderes, y sin que el deudor proceda a comprobarlo; como gestor de negocios y como acreedor del acreedor, subrogándose. Cuando efectivamente —se afirma— no existen tales situaciones, el pago no tiene por sí función liberatoria, pero puede adquirirla eventualmente si concurren las condiciones de la ratificación o del provecho del acreedor.

En este punto sostiene (58) que es dudoso que se trate de una verdadera y propia ratificación, incluso si el pago ha sido hecho al representante sin poder, ya que el acto no se dirige a trasladar los efectos a la esfera jurídica del acreedor, sino a confirmar el comportamiento del deudor, en el sentido de una renuncia a obtener la ineficacia del pago al tercero. Por lo tanto, más que una verdadera y propia ratificación, es una convalidación.

Dejando aparte las dudas que esa tesis sobre la ratificación sus-

---

(57) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Apunti delle lezioni*. Giuffrè, 1962, pág. 145 ss.

(58) NATOLI, loc., pág. 147. Igual SCHLESINGER, loc. cit., pág. 168: "La ratificación no legitima o aprueba el acto del tercero, sino que aprueba el comportamiento del deudor".

cita (59), se sostiene también que el “provecho del acreedor” obedece a la misma ratio que la solución dada en el caso del pago al acreedor incapaz, ya que en las dos hipótesis se da prevalencia a la satisfacción del interés del acreedor. Por otra parte la noción de “provecho” del acreedor se considera como muy amplia y valorable sin atenerse a criterios típicamente de administración, ya que comprende, tanto la inmediata entrega por parte del accipiens de cuanto haya recibido, en el patrimonio del acreedor; o dándole un destino eventualmente distinto, al cual el acreedor podría no haber consentido, pero que sin embargo le resulta favorable, liberándolo, por ejemplo, de una pasividad, o eliminando para él un peligro de daño. Lo que puede verificarse automáticamente cuando el accipiens sea efectivamente acreedor del acreedor o gestor de negocios del acreedor (60).

Estos dos supuestos merecen considerarse independientemente. Del primero, pago al acreedor del acreedor, nos ocuparemos después más extensamente. Sólo recogemos ahora la observación de que no parece necesario recurrir al principio de “conversión en utilidad” cuando el pago al tercero acreedor se produzca en virtud de una legitimación judicial mediante una subrogación en el cobro. En tal caso, el acreedor del acreedor se nos muestra como un sujeto autorizado por la ley, cuando no tiene otro modo de cobrar lo que le debe su deudor, una especie de *adiectus solutionis gratia* investido, no por la voluntad del titular del crédito, sino por la ley.

En cambio, el pago al gestor de negocios del acreedor estimula indudablemente algunas sugerencias: A primera vista parece quedar el supuesto fuera del área del artículo 1.163-2.º, pues si el tercero aparece como gestor la validez del pago no se traducirá en eficacia liberatoria para el deudor, sino cuando, además del *animus aliena negotia gerendi* inicial (cfr. 1.888), concurra el *utiliter coeptum* y el *dominus* ratifique la gestión o aproveche las ventajas de la misma (cfr. 1.893 Cod. Civ.). En suma, un supuesto específico.

Pero si nos paramos a pensar el cómo puede producirse ese pago al tercero-gestor, podremos imaginar dos casos: Quien, atribuyéndose una representación del acreedor, como una especie de “*falsus procurator*”, cobra, sin liberar al deudor incauto, que se verá obligado a pagar dos veces sin otro remedio que el de ejercitar una acción de resarcimiento en el supuesto de que tal representación no exista, ni haya existido justificación de una creencia del deudor en la persistencia de la representación. O que el tercero se presente declarando que recibe la prestación para el acreedor, gestionando espontáneamente el negocio ajeno, supuesto en que el deudor corre el riesgo de que el

---

(59) Parece que el acreedor no tiene por qué pedir la nulidad del pago, sino reclamar el cumplimiento. Cosa distinta es el pago hecho al incapaz, en que la nulidad del pago deriva de que no le fue útil, sin cuyo requisito su cobro no fue un pago con el necesario efecto liberatorio.

(60) NATOLI, loc. cit, pág. 148.

pago que realiza no sea ratificado por el acreedor (cfr. 1.892), o no aproveche el pago (cfr. 1.893: “aproveche las ventajas de la —gestión— misma”) y sin contar con el requisito de que el acreedor tenga abandonado el cobro que, a veces, ha exigido nuestra jurisprudencia (vid. SS. T. S. 15-6-1925; 2-2-1954. En contra, S. 14-12-1916).

## II

1. Antes de entrar en el intento de replantear la cuestión en el ámbito concreto del artículo 1.163-2.º, parece conveniente averiguar el origen de su inclusión en el Código, y explorar hasta qué punto y en qué medida se justifica en sí mismo.

Es significativo que el B. G. B. declare que “si es cumplida la prestación a un tercero con el fin de cumplimiento, se aplican las disposiciones del parágrafo 185” (61), según el cual la ratificación por el acreedor, la adquisición posterior del crédito por el tercero que recibió la prestación, o si es heredero del acreedor respondiendo ilimitadamente por las obligaciones del caudal relicto, o el acreedor le cede el crédito, será eficaz el pago (62), sin mencionar un principio de conversión en utilidad del acreedor, genéricamente enunciado.

Nuestro artículo 1.163-2.º, viene a ser una transcripción del artículo 1.102 del Proyecto de 1851, que, a su vez, parece directamente inspirado en los artículos 1.239-2.º y 1.241 del Código francés, aunque omite la “ratificación del acreedor”, y genéricamente establece el principio de “conversión en utilidad” para declarar la validez del pago hecho a un tercero sin legitimación.

Mientras la aplicación del principio de ratificación por el acreedor, y el de utilidad del acreedor respecto al pago hecho a incapaces obedece a una larga tradición romanista (63), no sucede lo mismo respecto a la ampliación del principio de conversión en utilidad del acreedor a los casos de cobro sin legitimación. Es más, afirma el comentarista SCAEVOLA (64) que “cediendo a la conformidad del precepto con la doctrina de POTHIER el artículo fue adoptado” por el Código francés.

Nuestros autores anteriores al Código no hacen aplicación del principio (65), y, por tanto, hay que buscarlo en sus orígenes. BIGOT-

(61) Código Civil alemán, 362, párrafo 2.º Traducción, Melon Infantes. Bosch. Barcelona.

(62) Vid. ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*. Trad. Pérez y Alguer, página 307. LARENZ, *Derecho de obligaciones*. T. I. Traducción y notas de Santos Briz. Ed. Revista de Derecho Privado, págs. 414 y ss.

(63) Leyes 4.ª y 5.ª, Tít. XIV, Partida 5.ª.

(64) SCAEVOLA, *Comt.* T. XIX, pág. 896.

(65) Por todos, SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*; LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho Civil de España*, Madrid, 1841. T. II, págs. 34 y ss.; Benito GUTIÉRREZ, *Códigos*. T. IV, págs. 120 y ss.

PREAMENEU (66), después de justificar la falta de validez del pago, si no se verificase en manos del acreedor o de otro que tuviere poderes de él, o que estuviera autorizado por los tribunales o por la ley, afirma que “tampoco puede pedirse lo cobrado, siempre que redunde en provecho del acreedor”.

Hay que observar que tal explicación parece orientarse no a declarar la eficacia liberatoria del cobro por el tercero, cuando “redunda en provecho del acreedor”, sino a excluir (“tampoco puede pedirse lo cobrado”) la repetición por el deudor, si tal provecho se produce. Lo que resulta significativo por dos razones: porque el provecho del acreedor da al pago una justificación como acto debido —aunque no al accipiens, sino a quien recibe el provecho—, excluyendo el indebitum que justifica la repetición de lo pagado, y porque la liberación del deudor resulta no un efecto directamente pensado, sino consecencial a la no posibilidad de repetir lo pagado. Ello supone una perspectiva totalmente distinta de la que después se ha venido dando al precepto. No se contempla el provecho del acreedor conseguido a través del tercero no legitimado como realización de su interés en la relación, que extinga la deuda (validez del pago), sino que la utilidad del acreedor excluye la repetición, al convertir el acto del deudor en acto debido. No puede devolver el tercero lo recibido, porque no le fue útil a él, sino al acreedor.

La versión se produce, lógicamente, porque si el deudor no puede repetir lo pagado porque aprovechó el cobro del tercero al verdadero acreedor, si no se declara válido el pago y liberado el deudor, éste se vería obligado a pagar dos veces y el acreedor habría percibido, también dos veces, la utilidad que para él significaba la prestación. Por otra parte, tal versión pudo también apoyarse en la autoridad de un texto de POTHIER fundado en una generalización de textos romanos (67). “El segundo caso en que deviene válido el pago hecho a una persona que no tenía cualidad para recibirlo, es cuando la cantidad entregada se hubiere tornado después en provecho del acreedor, 1.28, 1.34 § 9, De Solut: como si hubiere servido para liberar al acreedor de aquello que él debía, 1.66 § dic. Tit.” (citas literales) (68).

(66) BIGOT-PREAMENEU, *Exposición de los motivos en que se funda el título de los contratos y obligaciones convencionales en general, por el consejero de Estado... Curso de legislación formado por los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*. Barcelona, 1891, pág. 244.

(67) POTHIER, *Traite des obligations*, págs. 342 y 343, núm. 529. En Oluvres, contenant les traités de Droit française nouvelle edition, mise en meilleur ordre et publie par le soins de M. Dupin. Tome Premier.

(68) Los textos que Pothier cita son los siguientes:

Ley 28. De solutionibus: “Debitores solvendo ei, qui pro tutore negotia gerit, liberantur, si pecunia in rem pupilli pervenit”.

Ley 34, §§ 9: “Si praedo id quod a debitoribus hereditariis exegerat, petendi hereditatem restituerit debitores liberabuntur”.

Ley 66, §§ dic. Tit.: “Si pupilli debitor, jubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori ejus numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed

Mas esos textos, y otros que suelen invocarse por los comentaristas en justificación de la eficacia liberatoria del principio de utilidad (69), parecen referirse más bien a supuestos de cobros efectuados por quien aparece como gestor de un patrimonio (*Debitores solvendo ei qui pro tutore negotia gerit...*); o cobró créditos pertenecientes a una herencia y luego restituye lo que cobró al que pide la herencia (*"Si praedo id quod a debitoribus hereditariis exegerat, petendi hereditatem restituerit..."*); o pagando el deudor de un incapaz sin la anuencia del tutor, a un acreedor de aquél, en los casos que contempla la L. 66. Casos en que la restitución, el que "los dineros lleguen" al patrimonio del pupilo (*"si pecunia in rem pupilli pervenit"*), o la autorización (*"cum iussu meo"*) del acreedor, etc., justifican la liberación del deudor, o su defensa mediante una excepción o una "actio utilis", frente a la pretensión de un nuevo cobro.

Lo que importa destacar es la generalización del principio de utilidad, o provecho del acreedor, traída al Código francés, al italiano y al español. Prueba de ello es que la inclusión del precepto en el Código francés fue objetada y discutida a su tiempo en el Consejo de Estado: SEGUR, REGNAUD y DEFERMON lo atacaron, frente a la opinión de BIGOT y CAMBACERES, siendo la autoridad de éste, en definitiva, invocando, además, la doctrina de Pothier, la que parece que obtuvo la adopción del precepto del artículo 1.239-2.º (70). El argumento de

---

*ipse manet obligatus, sed exceptione se tueri potest. Si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius jussu contraxit: Sed pupillus (Albertario, Rend. Lomb. 46 (1913) y Bessler, en Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis (1928) 325. Vid. "Index interpolationum", a.h.l. Weimar, 1929. T. I. Afirman que está interpolado).*

(69) Por ej., D. 46, 3, 64: "Cum iussu meo id, quod mihi debes, solvis creditori meo, et tu a me ego a creditore meo liberor".

(70) La discusión puede resumirse así:

El argumento de Segur, frente al precepto, era el siguiente: Si, por ejemplo, el deudor paga a aquel de los acreedores de su acreedor que éste hubiese pagado después de otros más urgentes, en este caso se perjudica a aquél por el cual paga. Bigot-Preameneau respondió que en tal caso el pago no se vuelve en provecho del acreedor y la persona que lo ha hecho no puede prevalerse de este artículo. M. Rial afirma que el artículo se refiere sólo a la extinción de las obligaciones y que lo relativo a la subrogación se regula en distinto lugar. M. Defermon observa: Si Pierre debe una suma de 1.000 pesetas a Jacques, y éste igual suma a Paul, si Paul es pagado por Pierre, aquél deviene necesariamente acreedor de Jacques y entonces la compensación es incontestable. Podría entonces discutirse entre los acreedores del mismo individuo la razón de su derecho de preferencia.

M. Regnaud aduce que hay una dificultad grave: Que el deudor, en virtud del artículo, deviene administrador de los negocios de su acreedor, por la facilidad que tiene de intervenir en el orden que aquél ha fijado al pago de su deuda. Agrega, además, la ocasión de fraude, ya que nada impediría a un deudor de mala fe adquirir a bajo precio los créditos que existen sobre un acreedor y compensarlos en seguida por su valor integral.

Ante tales observaciones, Cambaceres calificó de especiosos estos argumentos, alegando que aunque el principio puede entrañar algunos abusos, los tribunales les pondrían remedio pronunciándose según las circunstancias, y en último caso

SEGUR, referido a la posibilidad de que el deudor pague un crédito de su acreedor que éste había pospuesto a otro, es recogido por los comentaristas (71) que exigen que el deudor pruebe que su acreedor tenía interés en extinguir el crédito pagado por el deudor antes que los demás.

2. Con tales antecedentes, y sin perder de vista las justificaciones del precepto, a nuestro juicio, un replanteamiento del artículo 1.163-2.º exige una previa consideración, cual es establecer la relación que, frente al hecho, pueda existir entre el pago al tercero no legitimado que el precepto contempla y el cobro indebido del accipiens (cfr. 1.895).

Tal relación aparece de una observación realista de ambos supuestos, que conduce o remite de uno a otro, según la concurrencia o no concurrencia de un elemento de hecho: La intervención de error en el pago del solvens. Y aún parece necesario también considerar la posición de hecho de solvens y accipiens, o, si se quiere, plantear el porqué se produce, o puede producirse, este *indebitum ex parte creditoris*.

Parece que cuando el artículo 1.163-2.º afirma que "también será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor", está significando que, hasta la *conversión* en utilidad, o hasta que tal utilidad del acreedor no aparezca probada, la estructura del hecho muestra el cobro por quien no tenía derecho a cobrar; un *cobro indebido*.

Entre solvens y tercero falta, en efecto, una preexistente relación crédito-deuda. Lo que puede producirse en dos supuestos: Solvens-deudor paga a accipiens (no acreedor); accipiens (acreedor) recibe el pago de un no deudor. Ambos son supuestos de *indebitum*, pero de distinta naturaleza: En uno, el solvens es deudor, pero no del accipiens. En el otro, el accipiens es acreedor, pero no del solvens.

decidirían que el pago no se ha vuelto en provecho del acreedor. Que las leyes deben, en general, ser favorables a la liberación, recogiendo todos los medios que la producen, cuantas veces no resulte perjuicio para tercero. Propone entonces un enunciado más formal del precepto, para lo que sería suficiente decir que el pago no será válido más que cuando no haya causado perjuicio al acreedor.

Tal redacción parece fue aceptada por M. Regnaud, pero Bigot-Preameneu observa que es más fácil probar el provecho del acreedor que el hecho de que el pago le haya sido perjudicial. M. Toeilhard le apoya, observando que el artículo exige que el pago haya sido ventajoso, no que no haya sido perjudicial.

Todavía Tronchet plantea esta cuestión: Una deuda no puede ser extinguida más que por el pago y el pago puede ser hecho por todos aquellos que quieran. Si A debe 1.000 pesetas a B y B a C, aquí hay dos deudas diferentes. Si, pues, si se paga a C la deuda de B, no se paga la deuda de A, se paga otra deuda.

Cambaceres, entonces, interviene para afirmar que el artículo propuesto es conforme a la doctrina de Pothier en su Tratado de las obligaciones, por lo que piensa que no hay nada que innovar, y que las dificultades que surjan en un caso particular serán reguladas por los tribunales. El artículo se adoptó. (Vid. *Discussions du Code Civil dans le Conseil d'Etat*, par M. M. Jouanneau, L. C. et Solon. Tome Second. París, 1805. Págs. 296 y ss.)

(71) Vid., entre otros, AUBRY et RAU, *Cours*. T. IV. París, 1902. Pág. 254, y los ya citados.

Sucede, sin embargo, que mientras estas dos versiones del *indebitum* pueden darse separadamente, pueden también *superponerse*. Así ocurre en el supuesto del pago por el deudor al acreedor de su acreedor. La superposición aparece así: A, deudor de B; C, acreedor de B; A paga a C lo que debe a B, y resulta que: A es deudor, pero no de C, sino de B; C es acreedor, pero no de A, sino de B; C no es acreedor en la relación crédito-deuda que se estableció entre A y B; A no es deudor en la relación crédito-deuda entre B y C.

En el juego de los tres sujetos —deudor, acreedor y tercero— la situación se desenvuelve entre tercero-accipiens y deudor, ya que el acreedor no interviene, aunque en él repercuten las consecuencias de la actuación de los otros dos.

De manera que la situación puede contemplarse esquemáticamente sólo en la doble perspectiva del deudor y del tercero. Respecto al deudor (que paga la deuda de su acreedor) pudiera pensarse en el cauce del artículo 1.158, puesto que “cualquier persona (y por qué no el deudor), tenga o no interés en la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor” (que en este caso es acreedor del que paga por él), puede hacer el pago. Pero al pagar *por cuenta de otro* se le concede una acción de reembolso de lo que hubiere pagado, a no haberse hecho contra la expresa voluntad del deudor, caso en el que sólo podrá repetir de éste aquello en que le hubiera sido útil el pago. Pero tal cauce parece equivocado, si se piensa que el supuesto del artículo 1.158 es que el tercero realice el pago *por cuenta de otro* (72), en este caso por cuenta del acreedor.

De manera que el tercero no es deudor, sino que paga *por el deudor*. Paga *para extinguir la deuda de otro*. Y el acreedor sabe que cobra de quien no es deudor, pero satisfecho su interés se sale de la relación, subrogando o no al tercero en sus derechos frente al deudor (cfr. 1.159), supuesto distinto a que el deudor pague al tercero no para liberar a su acreedor, sino con el fin de liberarse él mismo. Uno y otro caso son supuestos de *indebitum*, pero de distinta naturaleza.

Si se contempla el otro lado, o sea, el del tercero que cobra, la cuestión es todavía más compleja. El solvens es deudor (y por eso paga), pero no lo es del accipiens, a quien, sin embargo, paga con ánimo de extinguir *su deuda*, no la deuda de su acreedor.

El porqué de esta situación, absolutamente anómala, exige averiguar lo que puede suceder del lado del solvens y del lado del accipiens; o sea, por qué el deudor paga, y por qué el tercero cobra.

A) Del lado del deudor puede producirse una deficiencia en la formación del acto jurídico del pago. Un pago por error (supuesto del art. 1.895), lo que se presume cuando se entregó cosa que nunca se debió (1.901), a lo que equivale lo que nunca se debió *a la persona a*

---

(72) “... falta el supuesto del artículo 1.158-2.º del Código cuando el actor no pagó en nombre ni por cuenta ajenos” (Sentencia del T. S. de 8 abril 1948):.

*quien se entrega*, o se prueba que intervino error por cualquiera otra circunstancia. La consecuencia es que surge en el receptor la obligación de restituir. De manera que la voluntad de *extinguir una deuda propia*; la inexistencia de relación crédito-deuda entre el que paga y el que recibe el pago, son los presupuestos que originan la obligación de restituir (73). La persona que así paga no extingue ningún crédito; es decir, no paga, sino que se constituye en acreedor del que cobra, con mayor o menor amplitud en sus efectos, según la buena o mala fe del que acepta el cobro indebido (74).

Mas el error puede igualmente intervenir por parte del que cobra. También es situación posible una deficiencia en la formación del acto de aceptar el cobro. Porque acepte creyendo: Que se le debe; que se le hace una liberalidad, o que la modificación patrimonial se verifica "por otra justa causa" (cfr. 1.901). Si la voluntad de aceptar el cobro no se forma sobre la base de la creencia en la falsa realidad de alguna de esas situaciones, entonces cobra de mala fe y el que aceptó el cobro ve agravada su posición pasiva, que se produce por el hecho del cobro, en la forma prevista en el artículo 1.896. Si esas situaciones efectivamente se dan, no hay cobro de lo indebido; si aunque no se den, el que cobra cree que se dan y por eso cobra, cobra por error. Si cobra sabiendo que no se dan, cobra de mala fe y adquiere nuevas responsabilidades (75).

Puede ocurrir, sin embargo, que tanto el solvens como el accipiens de buena fe adquieran posteriormente consciencia del error. El solvens porque descubre que el tercero no es el acreedor; el tercero porque descubre que el solvens no es deudor suyo, ni tuvo liberalidad hacia él, ni quiso pagar por cuenta de su acreedor, ni hay justa causa que le permita retener el cobro. Y más, el accipiens, descubierto el error (el suyo y el del solvens), puede trasladar la prestación al acreedor verdadero. Sucede entonces que ha restituido, extinguiendo la deuda del solvens, y, por tanto, excluye su obligación de restituir al solvens de nuevo, sin otra razón que la de que las consecuencias del error se han rectificado. Las fuentes concedían al deudor, en este caso, una *exceptio doli* contra el acreedor que quisiera exigir la prestación, en el Derecho romano clásico, mientras en el Derecho justinianeo se concedió una liberación *ipso iure*. Tal liberación era explicada con la regla "*in perpetuam quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil ab sit nec quod solum est repeti possit, competit liberatio* (1. 61. D. 46-3) (76).

(73) Vid., entre otras, Sentencia 21 de octubre 1957.

(74) Así, Sentencia de 22 diciembre 1903.

(75) Y no sólo en el orden civil, cuando los hechos realizados están taxativamente previstos en el Código Penal (Sentencia 24 de octubre de 1901).

(76) ORLANDO CASCIO, Salvatore, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*. Giuffrè, 1938, pág. 120, cita la opinión de CROME, para el que no era éste un caso de cumplimiento, sino de "convalecencia del cumplimiento", y la de KRETSMAR, que lo estima como un "cumplimiento en sentido amplio".

O sucede que el solvens, en lugar de pedir la restitución a él mismo, obtiene del tercero que cobró la entrega de lo recibido al verdadero acreedor, supuesto en que el tercero ha actuado como mandatario del solvens deudor. Por tanto, la obligación de restituir y la relación crédito-deuda existente entre el solvens y el verdadero acreedor se extinguen. Pero no puede afirmarse que ambas relaciones se extingan de manera simultánea. Porque la de restituir, derivada del cobro de lo indebido, se ha extinguido al sustituirse por la obligación asumida por el tercero de entregar lo recibido al acreedor. Ya no tiene lo recibido del deudor como indebidamente cobrado, sino que lo tiene ahora como mandatario del solvens deudor. En cambio, la relación obligatoria entre el solvens y el acreedor sólo se extingue si el tercero cumple el encargo recibido entregando la prestación.

Mas tales casos no están, a nuestro entender, en el área del artículo 1.163-2.º, porque entre el deudor y el tercero que cobra se da el hecho generador de la relación entre ambos, y el acreedor verdadero no entra en juego más que —a lo sumo— como elemento determinante del error en la formación del acto del solvens (que lo confunde con el tercero que cobró), y, en su caso, como dato que posteriormente desvanece las consecuencias del error. En el artículo 1.163-2.º el verdadero acreedor no actúa, pero está bien presente en el juego, porque el pago y el cobro se realizan para extinguir directa y expresamente su crédito, sin necesidad de que intervenga error.

Por otra parte, no parece que esa posterior entrega por el tercero, de lo recibido, suponga una “conversión” del pago en “utilidad del acreedor”, sino un medio instrumental de realizar el pago, puesto que no hay pago (aunque haya habido inicialmente cobro del tercero), hasta que el verdadero acreedor recibe la prestación. Que es cosa distinta.

B) Continuando la disección del hecho, el análisis nos lleva a la creencia de que el artículo 1.163-2.º puede reducirse a un área más estricta. La del *indebitum ex parte creditoris*, pero sin intervención de error, o con desaparición posterior de un error inicial no remediado con la restitución de lo cobrado, al solvens ni al acreedor.

Se tratará de un pago hecho por el solvens con ánimo de extinguir una obligación preexistente que no le vincula con el accipiens, sino con otro. De manera que el solvens no está incurso en error, sino que conociendo que el tercero no es su acreedor, ni lo representa, ni está designado por el acreedor para recibir la prestación, la ejecuta, sin embargo, en él. Y, además, el accipiens la recibe. O bien, llegando a conocer que el tercero no es el acreedor, no ejercita la acción de repetición, ni exige la entrega de lo pagado al acreedor verdadero.

La primera sugestión del hecho es preguntarse hasta qué punto es concebible que tal situación se produzca. Quién, sin error, sin conferir encargo al tercero de hacer llegar la prestación al acreedor, puede pretender liberarse mediante una prestación realizada a persona distinta. El supuesto merece ser considerado en dos aspectos: El del

móvil que impulsa al deudor a tan anómala conducta, y el de si efectivamente cabe encuadrar el hecho en el área del 1.163-2.º, por cuya virtud adquiriera directa validez tan anómalo pago, en virtud del mero principio de conversión en utilidad que el precepto declara.

No parece dudoso que tal extraña actuación del deudor ha de estar movida por un *interés superpuesto*, por así decirlo, a su normal interés en extinguir el crédito. Sin tal superposición de interés no parece imaginable una conducta liberatoria por parte del deudor que no se dirija al acreedor. Cuál pueda ser ese interés superpuesto al principal de extinguir la deuda, podemos imaginarlo como nacido (según GIORGI ya consideraba presumible) de una connivencia entre el deudor y el tercero, que se conciertan para que éste resulte favorecido con el cobro, sobre la base del viejo y siempre aducido supuesto de que el tercero sea acreedor del acreedor. El clima en que esta situación puede producirse puede constituirlo la creencia del tercero de que no tiene otro medio de cobrar lo que a él se le debe, y por parte del deudor el ánimo de favorecer al tercero, permitiéndole así cobrar lo que el acreedor le debe, o incluso evitarse toda relación con el acreedor.

Sobre tal base, el deudor realiza la prestación al tercero como cumplimiento de un acto debido *a su acreedor*. Cuando paga al tercero no pretende satisfacer directamente el interés de éste, sino el interés del acreedor, porque sólo así puede extinguir su deuda. Aunque consecuentemente, como un efecto superpuesto, satisfaga al propio tiempo el interés del tercero. Que la posibilidad de ligar el acto del deudor con la obligación existente entre el solvens y el verdadero acreedor tiene por base la *intención solutoria* con que se hizo la prestación, no parece dudoso.

Sucede así —y esta observación importa— que lo que el deudor quiere cuando realiza la prestación al tercero es extinguir *su crédito*, liberarse él, utilizando como medio el pago por su acreedor. Lo que supone convertir en destinatario del pago al tercero. Pero como éste no está legitimado, no puede ser destinatario del pago por disposición unilateral del deudor. Ciertamente podrá designarlo, a su riesgo, como destinatario del desplazamiento patrimonial en que la prestación consista, pendiente de la posterior entrega al acreedor, o esperando una ratificación de éste. Pero no convertirlo en destinatario del pago.

De aquí que la validez del cobro del tercero de persona distinta de su deudor no equivale automáticamente a que sea válido *frente al acreedor* como pago hecho al tercero. Así, el pago hecho por el deudor al tercero, acreedor del acreedor, podía hacerlo el deudor ex artículo 1.158, como cualquiera que, además, tiene interés en el cumplimiento. Pero ello no significa que él, con este pago por otro —por cuenta de su acreedor— haya quedado ya, automáticamente, liberado de su propia deuda. Ni parece tampoco rigurosamente cierto que haya quedado siempre satisfecho el interés del acreedor (pudo interesarle la extinción de otra deuda más urgente o más gravosa), ni que se

haya logrado el resultado económico final de la obligación, aunque haya sido útil al acreedor al descargarle del peso patrimonial de una deuda. Ni, por último, puede olvidarse que, aunque el pago al tercero suponga utilidad para el acreedor, no es cierto absolutamente lo contrario, que procurar cualquier utilidad al acreedor equivalga al pago.

Cuando el deudor paga al tercero "superpone" a su intención de liberarse él la de pagar por su acreedor extinguiendo la deuda de éste. De manera que no puede repetir lo pagado, y en su lugar puede reembolsarse de su acreedor por cuya cuenta pagó (cfr. 1.158). El tercero, por su parte, recibe el pago como hecho *por cuenta* de su deudor, a quien por eso libera.

3. ¿Cuál es entonces la vía por la que el deudor que pagó al tercero se libera efectivamente? Hay que considerar que se ha producido en realidad un entrecruce de relaciones: Dos relaciones distintas entre tres sujetos, y al nacer en el deudor que paga por su acreedor un crédito de reembolso contra éste, asume la doble posición jurídica de acreedor y deudor, y lo mismo ocurre con el acreedor, ahora también deudor de su deudor. Como consecuencia no parece pueda producirse una liberación automática del deudor por la simple consideración de la "utilidad" que el acreedor ha recibido, porque no se trasplanta directamente la actuación extintiva de una relación a la otra. Hará falta un punto de conexión entre ambas, un medio de comunicación de los efectos extintivos de la actuación del deudor, porque el acreedor es ajeno a lo que han hecho el deudor (que paga) y el tercero (que cobra).

Este punto de conexión entre las dos relaciones se trasluce como preocupación de la doctrina cuando se observa con atención que el supuesto de pago al acreedor del acreedor, aparece fundado y extraído de textos muy específicos sobre los cuales se ha formulado una generalización. WINDSCHEID (77) establece los casos en que la prestación hecha al no acreedor opera una extinción del derecho de crédito, citando como caso excepcional el del deudor que deviene libre con la prestación hecha al acreedor de su acreedor. Cita el caso del subarrendatario que pagó al primer arrendador el precio que él debe al subarrendador (78), y señala cómo, mientras unos establecen la máxima de que el deudor en todos los casos se libera con la prestación hecha al acreedor del acreedor (79), otros lo niegan (80). Y señala también que la máxima la fundan en la 1.6 Dig. De doli excep. 44-4, sobre el que también hay opiniones: El propio Windscheid cree, con FRITZ y VANGEROW, que el texto puede referirse sin esfuerzo *al contracrédito nacido a favor del deudor contra el acreedor* por el pago

(77) PANDETTE, §§ 342, núm. 6, págs. 322-323 y nota 42.

(78) L. 11, §§ 5, Dig. De Pign. act. 13,7.

(79) PUCHTA (Pand., §§ 288), SINTESIS Pand., §§ 103, núm. 75).

(80) Müller, Busch, Vangerow. (Cits. WINDSCHEID, loc. cit.)

hecho al acreedor del acreedor, mientras que otros, como MULLER, refieren el texto al caso en que el acreedor ha inducido dolosamente al deudor a pagar por él a su acreedor, opinión que Windscheid califica justamente de arbitraria.

Mas lo que ahora importa es que, como se ve, se piensa siempre en una vía técnica de comunicación (nacimiento de un contracrédito, actuación del propio acreedor...) entre una relación y otra. La necesidad de este ligamen, o vía de comunicación, entre la actuación del deudor y la relación existente entre éste y el verdadero acreedor, ha sido explícitamente expuesta por la doctrina: SCHLESINGER (81) ve en la ratificación y el "provecho del acreedor" solamente medios por los cuales la solutio al tercero consigue el efecto de que la prestación realizada por el deudor al no acreedor *incida* sobre el crédito existente hacia el verdadero acreedor, a pesar del desfase subjetivo entre el cumplimiento y la obligación.

Incluso en el supuesto de que la cosa en que la prestación consiste haya sido entregada "a quien en definitiva había de percibirla", que no parece un supuesto distinto del de un cobro realizado por quien es acreedor del acreedor, la eficacia ipso jure de tal pago parece se admitía solamente cuando las dos obligaciones estaban ligadas de manera que, sin el cumplimiento de la primera no hubiera sido posible el cumplimiento de la segunda, caso éste en el que se entendía que el pago al acreedor, era *autorizado* por este último (82).

De manera que parece que el pago al tercero, o mejor el cobro del tercero, nunca adquiere la eficacia del pago, con las consecuencias extintivas del crédito, de una manera directa y automática, por simple aplicación de un principio abstracto de "conversión en utilidad del acreedor", sino que ha de producirse una utilidad equivalente a la que el crédito proporciona al acreedor, directamente atribuible a la actuación del deudor. Porque el pago no sólo presenta el carácter de un acto debido, sino también la función satisfactoria del interés del acreedor, que ha de cumplirse para que adquiera su efecto fundamental: el extintivo del crédito. De aquí la integridad y la identidad del pago (todo lo que se debe y precisamente lo que se debe).

Por eso una prestación no equivalente, o sea, de naturaleza distinta, o en medida distinta, aunque pueda ser útil al acreedor, no tiene por qué satisfacer su interés objetivo.

En el pago al acreedor del acreedor éste no recibe *la misma* utilidad ejecutada en él; sólo percibe de manera consecuencial o indirecta una utilidad *equivalente*. Indirecta porque la utilidad del acreedor

---

(81) SCHLESINGER, *La ratifica del pagamento effettuato al non creditore*. Riv. Dir. Civ., 1959. Vol. I, pág. 38. Este mismo autor habla de la necesidad de coligar la solutio del inexistente crédito del accipiens a la obligación existente entre el solvens y el verdadero acreedor (pág. 36). Y que la base del ligamen está en la intención solutoria con que se hizo la prestación.

(82) SOLAZZI, *L'estinzione della obbligazione nel Diritto romano*, I, 1935, pág. 79.

está en que, al declararse satisfecho el tercero con el cobro, ya no tiene que pagar él.

Pero esto sólo parece posible cuando lo que el deudor debe pagar al acreedor coincide con lo que el acreedor debe pagar al tercero: Siendo A. deudor de B. y C. acreedor de B., si A. paga a C. lo que debe a B., C. no se declarará satisfecho si no recibe de A., precisamente, lo que B. le debe. El efecto económico que el pago al tercero produce en el patrimonio del acreedor es la liberación del peso de la deuda de éste hacia el tercero.

Como la relación existente entre A. y B. es distinta de la existente entre B. (acreedor) y C. (tercero que cobra), el efecto económico positivo que el acreedor experimenta por el cobro del tercero sólo es equivalente al que hubiera experimentado recibiendo él la prestación, cuando se vea liberado de realizar él una prestación de la misma naturaleza, y esto sólo se produce cuando lo que el acreedor deba al tercero sea la misma cosa que debía recibir del deudor, o la misma cantidad de cosas iguales.

Tal actuación, ante el hecho de la independencia de ambas relaciones habrá producido, sin embargo, sólo un efecto económico objetivamente útil al acreedor, equivalente, también, de manera indirecta, al que hubiera percibido de ser él, y no el tercero, quien hubiera recibido la prestación. Pero como él no la ha recibido efectivamente, ni ha intervenido en la actuación del deudor que paga y el tercero que cobra, parece preciso determinar cuál es el medio técnico de conexión o incidencia del cobro del tercero con la relación existente entre el acreedor y el deudor.

Puede pensarse que cuando el deudor paga al tercero lo que a éste debe el acreedor, realiza probablemente un acto con el propósito de crear un efecto económico en favor del acreedor, que le proporcione un contracrédito (83). De manera que si el acreedor le exige el cumplimiento podría oponer, no ya la excepción de pago, sino sobre el hecho de haber pagado por cuenta del acreedor, excepcionar la compensación con su crédito de reembolso, si el acreedor no quiere reconocerlo.

Pero esta conclusión, sin embargo, estaría al margen del artículo 1.163-2.º, porque el efecto liberatorio para el deudor operaría por el artículo 1.195, en relación con el 1.156, que enumera la compensación entre los medios de extinguir las obligaciones.

Al parecer, el supuesto del art. 1.163 es otro, matizado y cualificado por un elemento que excluye la posibilidad de la compensación: Tal elemento es que el deudor paga al tercero con un ánimo solutorio *referido a su propia deuda*, lo que excluye la idea del reembolso, y además constituye el punto de incidencia o conexión entre las relaciones deudor-acreedor y acreedor-tercero.

---

(83) ORLANDO CASCIO, loc. cit., pág. 121.

Para que el acto del deudor que paga al tercero origine en él un crédito que pudiera oponer en compensación, habría que contemplar, probablemente, no un *pago al tercero* (supuesto del art. 1.163-2.º), sino un *pago de tercero* —que es deudor— (supuesto del 1.158), cuyo motivo puede ser, efectivamente, procurarse un crédito compensable, pero con completa desconexión e independencia entre las dos relaciones, ya que paga la deuda ajena y no la propia.

Quando el deudor paga al tercero para extinguir *su deuda*, paga lo que debe, y por tanto el hecho no puede originar en él un crédito de reembolso. Paga por su cuenta, no por cuenta del acreedor. Por tanto la intención solutoria del hecho del pago excluye la posibilidad de crear un crédito de reembolso a su favor que oponer en compensación al acreedor.

Sin embargo, el hecho muestra una distinta posición del deudor que paga y del tercero que cobra, una vez descartada la intervención de error. Porque mientras el deudor paga lo que debe, el tercero acepta el pago de lo que a él le debe el acreedor, pero hecho por un tercero, y extingue su crédito. Esa extinción es lo que puede constituir la “conversión en utilidad” para el acreedor, que por la actuación de su deudor se ve liberado del peso de su deuda.

Sucede aún que la función satisfactoria del interés del acreedor exige que el cobro del tercero le produzca no cualquier utilidad, sino una utilidad equivalente a la que le hubiera proporcionado el cobro directamente realizado por él, y lo que no expresa el art. 1.163 son los datos a tener en cuenta para la apreciación objetiva de que esa equivalencia en la utilidad se ha producido para el acreedor, justificando así la validez de ese anómalo pago.

Sin establecer estos datos, la simple referencia a la conversión en utilidad, que hace el precepto, parece contemplar solamente un efecto económico que, por sí mismo, no debe operar automáticamente la extinción del crédito, que es el efecto del pago. En tal caso la vida de la relación obligatoria derivaría por cauces extrajurídicos, al arbitrio del deudor.

Parece preferible, por eso, ver en el precepto un mero presupuesto de aplicabilidad, que no contradice el principio de que carece de eficacia extintiva todo pago que se realice a quien no es el acreedor, si no está legitimado para recibir la prestación o lo ratifica el acreedor verdadero. Lo que significa que cuando el pago hecho al tercero produce al acreedor una utilidad equivalente es válido, como el precepto afirma, pero sólo porque el efecto económico crea para el deudor un presupuesto para exigir la extinción de la deuda.

Mas ese criterio deja en pie, todavía, dos cuestiones que interesan por lo que se refiere a la aplicación de la norma en el orden práctico: Una es la de determinar los elementos que integran el hecho contemplado en el precepto. La otra consiste en determinar qué datos deben ser tenidos en cuenta para poder apreciar que cuando el pago ha sido realizado por el deudor a persona que no es el acreedor, éste ha re-

cibido una utilidad equivalente, y el deudor puede alegar la validez de tal pago.

Partiendo del hecho de que entre el deudor y el tercero no existe una relación crédito-deuda, el cobro del tercero constituye, apriorísticamente, un cobro indebido. Por tanto, y resumiendo las consideraciones que hasta ahora se han hecho, encuadrar el hecho en el área del art. 1.163 exigirá apreciar:

Del lado del deudor: Que el pago al tercero no haya sido hecho por error, o que desvanecido un posible error inicial, el deudor no exija la repetición por estimar que ha producido en el patrimonio del acreedor un efecto económico equivalente al crédito. Ello equivale a que el deudor haya realizado la prestación como un acto *debido a su acreedor*. Por tanto, con la intención de extinguir su propia deuda.

Del lado del tercero que recibe el pago: La situación es más compleja. Porque puede recibir el pago *para el acreedor*, o puede recibirlo *por el acreedor* (que es deudor suyo).

En el primer caso, el tercero puede, o no, estar autorizado para recibir el pago en nombre del acreedor. Si no lo está, el deudor lo sabe y el tercero recibe la prestación para el acreedor, no hay pago hasta que el acreedor ratifique o reciba la prestación por la vía del tercero, mero instrumento cuyos riesgos asume el deudor.

En el segundo caso, el tercero recibe el pago *por el acreedor*, lo que supone un pago que el deudor hace al acreedor de su acreedor. Pero porque el tercero cobra lo que se le debe, y el deudor paga lo que él debe, no se origina en éste un crédito de reembolso, ni en el tercero la obligación de restituir, porque lo recibe para extinguir su crédito contra el acreedor.

Que tal extinción del crédito que el tercero tiene contra el acreedor haya producido en éste una utilidad equivalente a la que hubiera percibido recibiendo él la prestación de su deudor, dependerá de que ambos créditos (deudor-acreedor, acreedor-tercero) sean de la misma naturaleza: Que el objeto mediato de lo que al acreedor se le debe y de lo que el acreedor debe al tercero sean la misma cosa, o la misma cantidad de cosas iguales, y que el crédito que el tercero tiene contra el acreedor sea líquido, vencido y exigible.

Quizá, como simple criterio práctico, pudiera sugerirse que la conversión en utilidad del acreedor se ha producido objetivamente cuando el pago hecho por el deudor al tercero hubiera originado un crédito de reembolso contra el acreedor, con los requisitos de la compensación, si tal crédito no estuviera excluido por el ánimo de extinguir la propia deuda, que el deudor tiene cuando verifica el pago.

Así, la "conversión en utilidad", de que habla el artículo 1.163-2.º, se cualifica como utilidad equivalente, que satisface el interés del acreedor, y sería bastante para extinguir su crédito por la vía de la compensación, si la intención de pagar la propia deuda no excluyera el contracrédito de reembolso. Quizá el presupuesto de aplicabilidad

del precepto se complemente de esta manera con un criterio objetivo de aplicación.

Por último, frente al hecho de un pago realizado a quien no es el acreedor, pudieran sugerirse, además, otros datos expresivos de que la conversión en utilidad se ha producido, aunque discurren por cauce distinto:

1.º Validez del pago hecho al tercero, por conversión en utilidad del acreedor, expresado en el dato de que ha concurrido la voluntad de éste (el acreedor se declara satisfecho con el destinatario de la prestación):

A) Anticipadamente (por legitimación del tercero para recibir el pago): Si el pago se realiza al tercero designado “*adiectus solutionis gratia*”; al representante del acreedor o a persona autorizada para recibirlo.

B) Concurrencia posterior de la voluntad del acreedor: Si el acreedor ratifica expresamente el cobro del tercero, en cuanto tal ratificación presupone que el acreedor se declara satisfecho; si el acreedor lleva a cabo actos de aprovechamiento de la prestación realizada, que implican una tácita ratificación.

2.º Conviene considerar también, en definitiva, los supuestos del pago hecho a tercero en que la validez deriva de un principio distinto, cual es la necesidad de protección a la buena fe del deudor: Son los casos de legitimación aparente (posesión del crédito —art. 1.164—; pago al apoderado después de la revocación del poder no notificada al deudor —1.738—; pago al acreedor en la cesión de crédito no notificada al deudor —art. 1.527—, y otros supuestos análogos, como el pago al representante legal que cesó en el cargo, o el pago al cesionario de un crédito en supuestos de nulidad o anulabilidad del negocio traslativo, si el deudor paga desconociendo la nulidad de la cesión, etc.).

Tales supuestos quedan fuera del área del artículo 1.163.

# La acumulación y el proceso ejecutivo

JOSE MARIA REYES MONTERREAL

Magistrado

Cuando se estudia, siquiera con el mínimo detenimiento, las especialidades procesales del juicio ejecutivo español, se deducen significadas consecuencias de su fisonomía particular y de las manifestaciones que en él se dan a propósito de concretos fenómenos procedimentales.

Tal ocurre, por vía de ejemplo, en orden a la proyección que en tal proceso tiene el instituto de la acumulación de pretensiones y de autos que, para nosotros, en un sentido amplio y en sus variadas manifestaciones, quizá sea en él donde más variado campo de aplicación tenga, aunque, a primera vista, la problemática de aquella parezca que simplemente ofrece mera variante por su posible operancia incluso después de haberse dictado sentencia de remate.

Sabido es que un efecto general de la acumulación—cualquiera que sea la modalidad de ésta a que habremos de referirnos—es el sometimiento de las pretensiones o actuaciones acumuladas a una misma y única resolución judicial (artículos 159 y 186 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), escribiendo, en este sentido, Prieto Castro (1) que “la unidad de procedimiento hace comunes a todas las acciones el impulso procesal, los plazos, las actividades procesales, las resoluciones, etc.”. Y, en previsión de tan inexorables efectos, el artículo 163 de dicha Ley dispone que “la acumulación puede pedirse en cualquier estado del pleito antes de la citación para sentencia definitiva”.

Pero, cuando se trata del proceso de ejecución, excepcionalmente se dice en el 167 que en los juicios ejecutivos “no será obstáculo para la acumulación cuando proceda el que haya recaído sentencia firme de remate. Para este efecto, no se tendrán por terminados mientras no quede pagado el ejecutante o se declare la insolvencia del ejecutado”.

De ahí la primera especialidad del instituto a que aludimos, como fuente originadora de importantes problemas prácticos. Campo el de tales procesos, por otra parte, harto abonado para ser escenario de especial proyección de una serie de acumulaciones más o menos puras, que convendrá examinar. Porque en él no vemos sólo esa dualidad,

---

(1) Vid. “Acumulación de acciones”, en Rev. de Der. Procesal, núm. 1 de 1956, página 28.

legal y doctrinalmente aceptada, de acumulación de acciones y de procesos, o al menos, si alguna de las que aquí se producen ofrecen determinada complejidad, será conveniente precisar si es que, al margen de la normativa legal, hay que concluir admitiendo la realidad de otras modalidades de acumulación distintas o, en caso contrario, en cuál de aquéllas hay que incluir algunas de las específicas manifestaciones de efectiva acumulación procesal a que, en su momento, aludiremos.

En ocasión anterior, cuando examinábamos, con el rigor sistemático adoptable en la medida de lo posible, la problemática de este proceso especial (2), en diferentes pasajes de nuestros comentarios poníamos de relieve la evidente diferenciación entre una acumulación de pretensiones y de actuaciones, y hasta de simples ejecuciones, unas veces instadas por un mismo acreedor frente a idéntico deudor, y otras motivadas por la intervención de un tercero, encontrando en cada modalidad variantes diversas y, por supuesto, necesariamente irradiadas de la normativa específica de toda acumulación de acciones o de autos.

Por ello ahora, sin perjuicio de examinar las distintas manifestaciones de acumulación que, en el sentido más amplio, se produzcan en el proceso ejecutivo, distinguiremos, por simple razón de método, las dos especies de aquélla, según la terminología legal.

I.—ACUMULACIÓN DE ACCIONES.—Conocido el concepto que de la misma da la doctrina, al amparo de la normativa de la Ley de Enjuiciamiento, y las notas que la distinguen de la simple acumulación de autos, ninguna dificultad presenta, en principio, el proceso de ejecución ni ninguna variante sustancial mantiene la que aquí se produzca por permisión legal, en relación con la que puede tener lugar en los restantes procesos. La pluralidad de pretensiones que toda acumulación significa viene autorizada con carácter general por dicha Ley, para toda clase de acciones, pretensiones y procesos.

Mas porque vemos que son muchas las variantes proyectables al respecto, en el proceso de ejecución y dispar, consiguientemente, el procedimiento práctico a seguir, distinguiremos aquéllas desde un punto de vista puramente conceptual, si es que ello es posible, para examinar después el modo de proceder:

A) *Modalidades de esta acumulación.*—Seguros de que, en muchos casos, la que legal y doctrinalmente se entiende por acumulación en el proceso ejecutivo, no reviste los caracteres de una auténtica y pura acumulación de pretensiones, distinguimos los supuestos de la que, para nosotros, puede considerarse como propia y los que sólo, con mayor o menor impropiedad, pueden considerarse tales.

a) *Acumulación propia.*—Si, pues, por doctrina general de nues-

---

(2) En nuestra obra "El llamado juicio ejecutivo en la L. E. C. española", segunda edición, 1963.

tra Ley procesal (3), “el actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí” (4), es evidente que quien con aquella cualidad actúa, podrá hacer objeto de una sola demanda ejecutiva todas las acciones o pretensiones que tenga contra un mismo demandado, cualquiera que sea el título originario, siempre, naturalmente, que aquéllas sean compatibles. Compatibilidad que, a estos efectos, ha de determinarse por la absoluta identidad de naturaleza de todas ellas o, por lo que exclusivamente ahora importa, cuando procedimentalmente sean ejercitables y decidibles en una misma actuación, o dicho con el número 3.º del artículo 154, cuando, con arreglo a la Ley, no deban “ventilarse y decidirse las acciones en juicios de diferente naturaleza”, y finalmente, cuando la decisión pueda pretenderse de un mismo y único órgano jurisdiccional, porque la acumulación no podrá llevarse a cabo si el juez que ha de conocer de una de las pretensiones está excluido de su conocimiento, por razón de la materia o, territorialmente, por un pacto expreso de sumisión a otro.

Así, pues, quien tiene dos o más títulos ejecutivos —ya inicialmente, ya por oportuna integración o atribución de fuerza ejecutiva al mismo— contra una misma persona, que sean, desde luego, exigibles en la fecha de interposición de la demanda, no sólo podrá, sino que, obrando de modo correcto, deberá formular conjuntamente su petición, ya que, lejos de perjudicar con ello su legítimo derecho; economizará actuaciones procesales y gastos para el demandado, y quizá tiempo para él.

Sin embargo, hacemos notar que tales razones no pueden significar un deber procesal del ejecutante, dados los términos en que el precepto se produce. Porque, como explica Manresa (5), queda “a su elección el hacer o no uso de esa facultad, según más le convenga, atendidas las circunstancias de cada caso, sin que pueda calificarse de privilegio en perjuicio de su contrario. Cuando éste contrajo cada una de sus obligaciones, quedó obligado a responder de ellas con separación, y si el actor las reclama en una sola demanda, lejos de perjudicarle, le favorece. En el caso contrario, esto es, cuando el actor ejercita una acción por separado, no causa agravio al demandado, porque hace uso de su derecho” (6).

---

(3) Que en este aspecto recoge antiquísimo antecedente legal, ya que la Partida 3.ª, título X, ley 7.ª, disponía que *poner puede alguno muchas demandas contra su contendor, mostrandolas o razonandolas todas en una sola; que non sea contraria la una a la otra, çá si tales fuesen, non lo podría hacer.*

(4) Artículo 153.

(5) “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil”, tomo I, página 589.

(6) Por tal signo de voluntariedad en el pretensor, señala Guasp (“Derecho Procesal civil”, 1956, página 202) que la producción de la acumulación es un acto de parte, ya que la aportación de una pretensión a un proceso suele ser una actividad que no puede proceder del órgano jurisdiccional; si bien, excepcionalmente, —advierte—, cuando se trata de reunión de pretensiones formuladas

Igualmente, por amparada en el artículo 156, un mismo o varios acreedores ejecutivos podrán, subjetivamente, acumular las acciones que contra varias o una sola persona tengan, con tal de que todas aquéllas nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir.

Ambas modalidades de la acumulación corresponden en todas las legislaciones al principio de economía procesal, por el que se entiende, como dice Podetti (7), economía del gasto y economía de esfuerzos, a lo que, para nosotros, en muchas ocasiones, habrá que adicionar, como tercera razón, la economía del tiempo.

Pero esa posibilidad de acumulación últimamente aludida, que, evidentemente, da lugar a un litisconsorcio, activo o pasivo, no autoriza a afirmar, como suele hacerse, que todo lo que suponga pluralidad de partes demandantes o demandadas, aunque se cumpla ese requisito legal de que la pretensión dimane de una misma causa de pedir o título, implique esta efectiva acumulación de pretensiones.

Sin poder ahora detenernos en el examen del litisconsorcio ni de su compleja problemática, hemos de significar que para que esa conjunción de demandantes o demandados suponga una verdadera acumulación de acciones, lo primero que es exigible prevalentemente no es la identidad de título o de causa de pedir que el pretensor ha de justificar, cuando actúa frente a varios demandados, o que la pluralidad de actores aduzca contra el demandado único. Porque el primer requisito de la acumulación aquí contemplada es que existan varias acciones o pretensiones autónomas e independientes entre sí, abstracción hecha de esa exigida dependencia respecto del mismo título o *causa petendi*.

Aunque parezca innecesario decirlo, mal puede acumularse una pretensión a otra en aquellos casos en que sólo existe pretensión única. De ahí que sea preciso determinar en cada caso si, efectivamente, existe realmente dualidad o multiplicidad de pretensiones a que el artículo 156 se refiere. Y esta exigencia y completa individualidad no se pondera siempre con la intensidad que el caso requiere, ya que no podrá existir acumulación, pese a la pluralidad de partes y a la identidad de causa o título, si no media singularidad y auténtica independencia entre más de una pretensión.

Es esta autonomía e individualidad de cada una de ellas el punto crucial de la posibilidad acumulativa. Porque el litisconsorcio se produce, en efecto, en cuanto haya varias personas en la posición de actores o de demandados, pero no la acumulación por más que, tras de ello, se hubiera acreditado la identidad de causa y de título.

Suele, en efecto, señalarse por los autores como ejemplo de este

---

ya por separado, no habría inconveniente teórico, aunque prácticamente no se admite por lo común entre nosotros, en que sea el órgano jurisdiccional quien la lleve a cabo.

(7) Citado por Reimundin, en "Derecho Procesal civil", I, pág. 141.

artículo 156 (8), el caso de situaciones comunitarias o afectantes a diversos sujetos, en concreto el supuesto de un crédito personal en que, muerto el deudor y la obligación de pagarlo se divide entre sus herederos, teniendo el acreedor acción contra cada uno de éstos y puede demandarles individualmente la parte de crédito de que cada uno debe responder; pero puede acumular estas acciones, ejercitándolas en una sola demanda contra todos los herederos, porque nacen de un mismo título y se fundan en una misma causa de pedir.

Transcribimos el ejemplo porque, a propósito de estas situaciones posiblemente híbridas, nos interesa poner énfasis en la necesaria individualización de cada acción de las que van a conjugarse. Ya que hay muchos supuestos en que la pluralidad de partes no seguida de dicha individualización no puede llegar a la acumulación a que nos referimos.

En efecto, en ese ejemplo vemos cómo una acción única es dividida, al mismo tiempo y automáticamente, en su aspecto activo, en que la deuda a que corresponde se había fraccionado, subrogándose, parejamente, en la obligación dividida, cada uno de los herederos, en la parte respectiva. Pero hay casos en que, por ausencia de una concreta división, la acumulación que en el ejemplo propuesto es meramente facultativa para el actor, no puede producirse de este modo porque, precisamente, se trata de un litisconsorcio necesario derivado de la unicidad de la pretensión, siquiera la obligación pasivamente se haya pluripersonalizado.

En ese supuesto hereditario —como en cualquiera otro de comunidad, sociedad, etc.—, cuando, por el contrario, esa división no está hecha, por consecuencia, ni la acción se ha multiplicado por tantos deudores adjudicatarios como se produzcan, faltando la pluralidad de acciones, que es esencial siempre, por más que, desde luego, la causa de pedir y el título sigan siendo únicos. Estamos en el simple evento de una acción en singular que se ha, subjetivamente, pluripersonalizado o dispersado en su procesal enfrentamiento, en el solo sentido de que no puede ejercitarse, como antes del fallecimiento del deudor, frente a un único sujeto, sino que, sin alteración ni reproducción de su singularidad —y, consiguiente, no engendro de varias acciones de contenido jurídico o económico más reducido—, ha de enfrentarse *siempre* a varias personas en *conjunción necesaria*; no autónoma y separadamente en atención a una propia e individual personalidad, puesto que en junto representan la personalidad de aquel a quien la pretensión única hubiera sido inicialmente enfrentable.

La efectiva división de la deuda —operable exclusivamente en el campo jurídico-material— es la que procesalmente determina la facultad del acreedor de dirigir las distintas acciones surgidas por ella frente a los deudores adjudicatarios respectivos; no la pluralidad de

---

(8) Así Manresa, en obra antes citada, tomo I, pág. 595.

sujetos obligados que, de todas formas, aun sin indivisión, hubiera dado lugar a un efectivo litisconsorcio, caso de ser demandados.

Por eso, la pluralidad de personas obligadas —o, inversamente, de sujetos pretensesores— supone un efectivo estado litisconsorcial que, por afectar al tema legitimatorio, tiene carácter *necesario*, de tal modo que esta necesidad se *impone* procesalmente a la voluntad del actor. Entonces, no cabe decir que éste *puede* acumular y *ejercitar* simultáneamente varias acciones —que, por supuesto, no tiene— contra varios, como autoriza el artículo 156, sino que *debe* enfrentar la única que posee contra más de un obligado; precisamente contra todos, porque, como dijo la sentencia del T. S. de 30 de junio de 1967, esta clase de litisconsorcio procede cuando hubiesen sido parte en el negocio jurídico impugnado otras personas o que éstas fuesen titulares de un derecho susceptible de padecer lesión a consecuencia de la decisión recaíble, por hallarse, directa o indirectamente, ligado “*in actu*” tal derecho a la relación jurídico-material surgida del contrato. Es que, como dice Plaza (9), el concepto de litisconsorcio, más que a una situación exclusivamente procesal, va ligado a la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida, es decir, a una cuestión de derecho sustancial. Consecuencia es la que, acertadamente, señala Fairén (10), de que en estos casos de litisconsorcio necesario, si no se demanda o se es demandado por todos los interesados, la demanda no puede ser admitida.

Se puede ya afirmar que la acumulación de pretensiones sólo podrá producirse en los supuestos de litisconsorcio *voluntario*, puesto que será en éste, exclusivamente, donde se dé pluralidad de pretensiones, cada una de las cuales es enfrenable respecto de cada obligado en su propia e independiente personalidad, y que, por lo mismo, autónoma y separadamente pudieron ser objeto de procesos independientemente promovibles frente a cada uno de ellos. Es, efectivamente, el caso de comunidad, hereditaria o no, con previa división y adjudicación de la deuda originaria: el de quien, pudiendo demandar previamente al deudor principal, prefiere acumular, siquiera de manera subsidiaria y eventualmente, la pretensión que también le asiste contra el fiador para, en un mismo proceso, conseguir que, por uno u otro, se le satisfaga el crédito (11), o la que corresponde a una persona contra el mandante y su mandatario, respecto de éste, en aquello que se hubiera excedido de las facultades conferidas (12), etc.

La consecuencia de esta no necesidad y, consiguientemente, posible acumulación, está en que cada uno de los así demandados

(9) “Derecho Procesal civil”, tomo I, página 295.

(10) “Estudios de Derecho Procesal”, pág. 137.

(11) Caso contemplado por la sentencia de 22 de noviembre de 1916.

(12) Supuesto a que se refiere el fallo de 9 de enero de 1947 para entenderlo, como el anterior, comprendido en la acumulación voluntaria del artículo 156 de la Ley.

en conjunción no pierde esa personalidad propia ni, por tanto, sus posiciones procesales tienen que ser idénticas, ni la decisión común a todos. Contrariamente, pueden personarse con absoluta independencia entre sí, allanarse unos y otros no, formular independiente reconvencción cualquiera de ellos, confesar con impacto exclusivamente propio respecto de su situación jurídica, recurrir de modo unilateral, etc. (13).

Vemos, entonces, cómo estas características no pueden darse en el litisconsorcio necesario que, por ende, no supone la acumulación del artículo 156, cuyo efecto es el sometimiento a una decisión única afectante a todos los así devenidos litisconsortes, excluyendo —como es su finalidad propia— el riesgo de fallos contradictorios. En síntesis, así se reconoce por la generalidad de nuestros autores, sirviendo de ejemplo Guasp (14) y Plaza (15) cuando no vacilan en poner como modelo del litisconsorcio voluntario al producido por el juego de dicho artículo, explicando el primero que “la unión procesal no determina una fusión absoluta de las situaciones que a cada litisconsorte hace referencia. Suele decirse que en el litisconsorcio hay tantos procesos como litisconsortes aparezcan; pero mejor es indicar que en el litisconsorcio hay, dentro de la unidad del proceso, tantos objetos procesales, es decir, pretensiones u oposiciones, como litisconsortes existan enfrentados”.

Por tanto, queda dicho que la acumulación autorizada por el artículo 156 requiere efectiva pluralidad de pretensiones, nacidas de un mismo título o causa de pedir, *no necesariamente* ejercitables contra los sujetos obligados conjuntamente a la satisfacción de cada una de ellas (16).

---

(13) El mismo Fairén (ob. cit. págs. 132 y 133) escribe: “Como el litisconsorcio voluntario supone una condensación técnica, con fines de adecuación de varios litigios, éstos siguen poseyendo, a salvo sus puntos de conexión, independencia, por lo cual puede estimarse que los litisconsortes se hagan representar por diferentes personas y defender por distintos letrados, actuando además de modo formalmente independiente —aparte la independencia de fondo—. Pero, a efectos de facilitar la instrucción y evitar reiteración en alegaciones, proposición de pruebas, su práctica, etc., debe seguir en vigor el art. 531 de la Lec, si bien ampliado expresamente a los casos de litisconsorcio activo, y de tal modo que no obste a que, en un momento determinado del curso del proceso, los litisconsortes, al separarse en sus posiciones, y en cuanto muestren voluntad de hacerlo, vuelvan a recuperar sus posibilidades de postular y defenderse con independencia formal de los demás, mediante petición al Juez.”

(14) Obra citada, página 217.

(15) Obra también citada, tomo I, pág. 293.

(16) En general, la sentencia de 22 de septiembre de 1950 advierte que el criterio para discernir si la acumulación de acciones es o no arbitraria está claramente expresado en el artículo 156, que establece que podrán acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios o varios contra uno siempre que nazcan de la misma causa de pedir, y en este caso es evidente que hay una causa de pedir común a las dos acciones acumuladas, que es el hecho que produjo el daño cuya reparación se reclama en dichas dos acciones con carácter principal en la una y subsidiario en la otra, no estando, por otra parte, el presente caso comprendido en ninguna de las incompatibili-

Pues bien, téngase en cuenta, al respecto, que siempre que en estos artículos y en los presentes comentarios se haga referencia a "título", no por ello hay que tener por identificado al mismo con el documento o prueba material de él, sino con lo que, sinónimamente y de modo disyuntivo, el artículo 156 señala como "causa de pedir". Identidad que, en todo caso, autoriza a que el mismo título o la misma causa puedan resultar documentados separadamente. De ahí —y ello es innecesario advertirlo— que cuando existan obligaciones reflejadas en un título ejecutivo, contraídas por varias personas, o cuando, existiendo idéntica obligación, los títulos fueran múltiples, la acumulación de pretensiones será totalmente viable.

Pero hay que poner cuidado en que, por lo que concierne al proceso ejecutivo a que nos venimos refiriendo, solamente puede darse cuando los títulos que, al plantearla, se presentan sean ejecutivos, aisladamente considerados y tengan, objetiva, formal y temporalmente, la precisa virtualidad para engendrar por sí solos el proceso de ejecución. Nos referimos a que la virtualidad y eficacia ejecutiva de uno o algunos de ellos no se comunica, procesalmente, por la acumulación a los que carecen de ella, al menos en la que venimos llamando propia. Por eso no valdrá la aportación entre varios títulos de una letra de cambio decaída o perjudicada, o la presentación de distintos títulos ejecutivos y otro que no lo sea, pero del que se solicite en la misma demanda que se lleven a cabo las diligencias preparatorias para atribuirle fuerza ejecutiva.

En cuanto al tiempo oportuno para esta acumulación, si, con carácter general por lo que respecta a la de pretensiones, en el artículo 157 se prohíbe que se pretenda después del escrito de ampliación de la demanda, es obvio que si en el proceso ejecutivo no se admite esta eventualidad, las acciones ejecutivas no podrán ser acumuladas más que al tiempo de formularse la demanda inicial. Nunca en momento posterior, sin perjuicio de que, como hemos de ver, ulteriormente puedan acumularse cuantitativamente otras pretensiones, mediante formulación de nuevas demandas, lo que, empero, para nosotros, no puede considerarse como acumulación propia de pretensiones, según habrá ocasión de examinar.

Por lo mismo que la permisión es tan preclusiva, entendemos que no podrá considerarse extensiva al momento en que, formulada oposición a la demanda de ejecución, el ejecutante presente escrito de contestación a ella. Porque el principio de igualdad de las partes obligaría a dar al oponente nueva oportunidad para formular posterior oposición concretada a la pretensión que en tal escrito tratase de acumular el ejecutante. Esto no impide a que, en el caso de que el oponente plantee cuestión nueva, a propósito de una acción o excep-

---

dades que señala el art. 154, por lo cual no debe tenerse por arbitraria la acumulación hecha en la demanda, como se confirma además por las declaraciones de la sentencia de esta Sala de 13 de enero de 1949, dictada en caso análogo o idéntico al actual.

ción también ejecutivas, distinta de la invocada de contrario, perc íntimamente relacionada con ella, el ejecutante pueda, contestando la oposición y para desvirtuar la eficacia que de las mismas trata de deducir el ejecutado, pedir una declaración judicial, posiblemente previa, que elimine el obstáculo que tal oponente trata de poner a la viabilidad de la acción primitiva. Podrá esto ocurrir, por ejemplo, en el caso de que se excepcione la compensación del número 3.º del artículo 1.464 de la L. E. C., y que ha de tener base en otro título ejecutivo del que resulte el crédito líquido que se opone. Al menos en éste y en cualquier otro supuesto —cuyo efecto sea idéntico al de la reconvencción, en general—, será obligado decidir sobre la pretensión que, por vía de oposición, el ejecutado plantea, y el efecto será el de una auténtica acumulación, aunque más bien de carácter impropio, puesto que las contrapuestas pretensiones habrán de someterse al mismo y común rito procedimental y decidirse en una misma sentencia, conforme previene el artículo 159. Pero, de todas formas, insistimos, no constituye excepción al artículo 157, porque, como decimos, preferimos considerar que se trata de una acumulación impropia, puesto que, en puridad, no debe entenderse que la que pueda producirse por la postulación del demandado incida en la modalidad propia estudiada, toda vez que, al menos, desde el punto de vista de nuestro Derecho constituido, siempre es exigido para la propia que las acciones, aquí ejecutivas, acumulables se encuentren, precisamente, en la titularidad del actor (“el actor podrá...”). Por ello, volveremos a referirnos a este evento al examinar la que llamamos acumulación impropia, o de ejecuciones, que, prácticamente, constituye una modalidad de ella.

Por otra parte, tampoco podemos pensar que constituya motivo de acumulación de pretensiones, propiamente dicha, la posibilidad que, con carácter excepcional, se da en el artículo 167 para que tenga también efecto aquélla después de recaída sentencia de remate, pues creemos que se trata de simple acumulación de autos, de ejecuciones, según veremos, con la que conceptualmente nada tiene que ver la de acciones o pretensiones, que sólo puede tener lugar de un modo inequívocamente inicial.

b) *Acumulación impropia*.—Al referirnos a la modalidad anterior, señalábamos cómo las acciones en conjunción habían de tener todas ellas, individualmente consideradas, virtualidad ejecutiva. Lo decíamos porque así es deducible del número 3.º del artículo 154 de la Ley que, señalando una razón de incompatibilidad de acciones —impediente de la acumulación en general—, alude al caso de que, “con arreglo a la Ley, deban ventilarse y decidirse en juicios de diferente naturaleza”.

Es ello de esencia a toda acumulación. Porque si los elementos —acciones o pretensiones— que se han de fundir carecen de tal eficacia ejecutiva, mal podrá conseguirse que el resultado o suma de ellos pueda dar origen a una acción o pretensión de naturaleza dispar.

Por otra parte, acabamos de referirnos al caso de pluralidad de

pretensiones, pero dimanadas de titularidades distintas: del ejecutante y del ejecutado. Puesta ésta en debate de solicitudes dispares que, efectivamente, son decidibles en una misma resolución, tras de su sustanciación en un procedimiento único.

Son ambas modalidades de una acumulación que llamamos impropia, porque, aun no reuniendo todas las exigencias que la Ley establece, la pluralidad se produce y el sometimiento a un mismo tratamiento y decisión es idéntico al de la acumulación propia. A ella hemos de referirnos con la debida separación, dado que es aquí donde encontramos verdaderas especialidades de la institución procesal que estudiamos, en función del proceso ejecutivo, a la vez que agregaremos otra modalidad integrada por la llamada tercería, que es peculiar de tal proceso.

aa) *La acumulación transformativa.*—A pesar de que, según acabamos de ver, todas las pretensiones en conjunción han de tener, aisladamente consideradas, la misma entidad o fuerza ejecutiva, de siempre ha sido tema objeto de discusión el de si, cuando, por ejemplo, la Ley señala una mínima cuantía para que las deudas objeto de la pretensión puedan reclamarse ejecutivamente, es viable acumular títulos de menor cuantía a la legalmente predeterminada para que, sumados los créditos en ellos representados y excediendo cuantitativamente de aquel mínimo legal, puedan constituir el tema de un proceso de ejecución. Lo mismo podría decirse del caso de que una deuda esté representada por título cuantitativamente ejecutivo y otras por títulos que, por la misma razón, no lo sean (títulos actualmente por deudas no superiores a diez mil pesetas).

Examinábamos esta cuestión en una de nuestras obras (17), donde, con el merecido detalle, recogíamos las opiniones doctrinales mantenidas al respecto, produciéndose en sentido permisivo Guasp (18), siempre que la acumulación sea posible, pues la aplicación analógica del artículo 155 que establece la competencia del Juez y la clase de juicio por el valor acumulado de todo lo que sea objeto de la demanda, permite llegar a tal solución. También Ferrer Martín lo considera viable, fundándose (19) en que todas las acciones son de la misma especie, no siendo obstáculo la incompetencia aislada ni la interpretación que se ha querido dar a los artículos 1.429 y 1.435 de la Ley, ni ésta desea desequilibrar la contienda judicial.

Nosotros, en la obra citada (20) resumíamos la cuestión, entendiendo que la acumulación no debía aceptarse, puesto que si las acciones que se conjugaban no eran, por sí solas, aptas para engendrar, aisladamente consideradas, una pretensión de naturaleza ejecutiva,

(17) Vid. "El llamado juicio ejecutivo en la LEC española", segunda edición, 1963, tomo I.

(18) Obra citada, página 781.

(19) "El juicio ejecutivo cambiario", Rev. Gral. de Derecho, marzo de 1952, páginas 152 y 153.

(20) Obra citada, tomo I, página 132 y siguientes.

crearla por la suma de sus respectivos contenidos había de ser contrario a la Ley, que no quiere que las cantidades inferiores al módulo cuantitativo que ella fija pudieran reclamarse ejecutivamente. El problema, en realidad, estriba en si la ejecutividad del título se tiene por el mero hecho de que éste se encuentre incluido en el catálogo del artículo 1.429 —o, por lo que al juicio cambiario se refiere, en el 521 del Código de Comercio—, o si ha de integrarse con alguna otra exigencia legal.

Tendremos, al respecto, que insistir ahora en que la acción, pese a todo, no puede considerarse ejecutiva por la simplista circunstancia de resultar de alguno de los títulos consignados en el referido artículo de la Ley o porque se cumplan las formalidades del citado del Código de Comercio. Porque, aun presuponiendo esa inclusión legal y pese a ella, el 1.435 de dicha Ley impone terminantemente la prohibición de despachar ejecución si la cantidad reflejada en alguno de esos títulos, por aquellos preceptos privilegiados, actualmente no excede de diez mil pesetas. Como, por lo mismo y a estos efectos, no ha de bastar la consignación, aun de cifra superior, en un título ejecutivo, si la misma no es líquida o si el título de ejecución se refiere a cantidades en especie, hasta tanto se haga la debida computación a metálico, operación ésta que, precisamente, se preordena para poder concretar si la prestación, de ese modo no cuantitativa, corresponde a cifra superior a la que se exige como mínimo para poder despachar la ejecución que se pretende.

Si, pues, todos ellos son requisitos complementarios para el despacho ejecutivo, no cabe duda que la acción no podrá ser ejecutiva por más que, sustantivamente, lo sea el título en que se funda. Y si ninguna de las acciones llegó a adquirir, por sí misma, este privilegio, mal podrá, procesalmente, adquirirse por la simple suma de cuantías.

En esta línea de inadmisión de tal posibilidad se encuentra Calsals Colldecarrera (21), aunque con base, más que en la naturaleza de la acción, en la del juicio, ya que —dice— aunque pudiera considerarse que, conforme al artículo 521 del Código de Comercio, las acciones que nacen de la letra de cambio (22) son ejecutivas, es erróneo el razonamiento que con base en esta ejecutividad se hace para autorizar la acumulación de cuantías no ejecutivas, porque “la identidad base de la acumulación no versa sobre la naturaleza de la acción, sino sobre la naturaleza del juicio, según el tenor literal del artículo 154 de la Ley de Enjuiciamiento, y por ello carece de importancia para la dilucidación del problema examinado el artículo 521 del Código de Comercio, puesto que no se trata de naturaleza de las acciones que se pretenden acumular, y lo que solamente importa es el mecanismo excluyente de los artículos 715 y 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento

---

(21) “Estudios de oposición cambiaria”, tomo I, página 128 y siguientes.

(22) Ya sabemos que su referida obra se contrae solamente al proceso ejecutivo con base en este título.

Civil, puesto que el verdadero ámbito de nuestro problema se encuentra en la diferente naturaleza del juicio, y versa, por tanto, sobre una cuestión de competencia, por razón de la cuantía de la letra”.

Es mucha la jurisprudencia, siquiera de ámbito territorial, que ha seguido este criterio negativo (23).

Actualmente, cualquiera que sea la tesis que, por más acertada, se quiera seguir, no ha lugar a dudas después de la reforma que experimenta el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento por la de 23 de julio de 1966, que agrega al mismo párrafo segundo para decir que *el límite de cantidad establecida en los dos párrafos anteriores* —se refiere a las diez mil pesetas— *podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos*. Así, pues, con tal de que la suma resultante sea superior a aquella cantidad, la ejecución podrá despacharse por obra y gracia de la simple acumulación, no de acciones, sino de cuantías.

De todas formas llamamos a este fenómeno acumulación impropia, ya que rompe las exigencias que la Ley de Enjuiciamiento Civil impone para que la que tenemos por propia se produzca. En efecto, pese a la permisión legal, la fusión cuantitativa que se autoriza quebranta el principio del párrafo tercero del artículo 154, que considera incompatibles a las acciones que, con arreglo a la ley, deban ventilarse y decidirse en juicios de diferente naturaleza. Porque si, en el caso propuesto, cada una de las pretensiones acumuladas carece de virtualidad ejecutiva —no es ventilable en un juicio de esa específica fisonomía—; si cada acción cuyo contenido económico es inferior a diez mil pesetas y, por ello, no adquiere el rango y naturaleza de ejecutiva, conservando el carácter de acción de naturaleza dispar, es evidente que la suma de lo no ejecutivo no puede dar por resultado una auténtica transformación de aquélla. Y esto es lo que viene a decir la Ley en el precepto indicado y, con sobrada razón, la doctrina patria que lo interpreta, pudiendo mencionarse a Mañresa al escribir (24) que, “conforme, pues, a dicha disposición, pueden acumularse en una misma demanda contra una misma persona dos o más acciones ordinarias, dos o más ejecutivas, dos o más de interdicto, etc.; pero no a una ordinaria otra ejecutiva, o de interdicto, ni viceversa, por ser incompatible su ejercicio simultáneo en un solo juicio, que es lo mismo que para la acumulación de autos previene el artículo 164”, o el maestro Plaza, diciendo (25): “mas, precisamente porque se trata de una excepción a cuyos términos rigurosos es preciso atenerse, no es dado por acumulación alterar la naturaleza del proceso, como ocurriría si intentasen hacerse valer en juicio de mayor cuantía preten-

(23) Auto de la Audiencia Territorial de Madrid de 1.º de mayo de 1908, y las sentencias de 6 de julio de 1946 de la Audiencia de Barcelona, 14 de mayo de 1960 de la de Cáceres, 4 de febrero de 1948, 23 de mayo de 1949, 6 de diciembre de 1950 y 7 de julio de 1961, de la de Valencia.

(24) Obra citada, tomo I, página 593.

(25) Obra también citada, tomo I, página 347.

siones que, aisladamente consideradas, habrían necesariamente de ventilarse en juicio verbal”.

Impropia es la acumulación, desde otro punto de vista, en cuanto altera la competencia del órgano jurisdiccional. Porque si, según el número 2.º del mismo artículo 154, es incompatible el ejercicio simultáneo de dos o más acciones en un mismo juicio cuando el Juez que deba conocer de la acción principal sea incompetente por razón de la materia o de la cuantía litigiosa para conocer de la acumulada, resulta evidente que, aun cuando en el caso que contemplamos no pueda decirse que existe una acción principal, el Juez de Primera Instancia —competente exclusivo para conocer y decidir sobre el proceso de ejecución— resulta incompetente por razón de la materia y de la cuantía litigiosa para el conocimiento de las acciones no ejecutivas, *por sí*, que se pretende acumular.

bb) La segunda manifestación de la acumulación impropia es la que se puede producir en proceso ejecutivo por *compensación* que alegue el ejecutado que, en sazón, se oponga a la pretensión contraria y como excepción admisible, siempre que se justifique con título también ejecutivo y por cantidad líquida.

En efecto, la consecuencia de su planteamiento no ha de ser otra que la general deducible de toda acumulación de pretensiones, puesto que todo el trámite procedimental inherente a ello y la decisión que pone término a la insoslayable fase cognitoria del proceso que estudiamos es común a las pretensiones en conjunción. Por esto la impropiedad de este evento de acumulación radica en el hecho de no existir identidad personal en la titularidad de las acciones que se acumulan. Las mismas se enfrentan no exclusivamente por un mismo actor contra un mismo ejecutado —como requiere el artículo 153 de la Ley—, sino recíprocamente por ambas partes, actuando a estos efectos ambas como demandantes.

La posibilidad de que así ocurra no ofrece aquí duda, como ningún supuesto reconvenicional, ya que, en definitiva, en toda reconvenición —y la compensación a que nos referimos no deja de serlo— se da un sometimiento a un único proceso de recíprocas y contrapuestas pretensiones de las partes. Por ello resulta exigido por el artículo 542 de la Ley procesal para que aquélla pueda formularse que el mismo Juez que entienda de la pretensión inicial sea competente para conocer del tema de aquélla, por razón de su materia.

Cuando examinábamos la compensación, como uno de los medios de defensa del ejecutado, en nuestra referida obra (26) decíamos que, más que de una excepción en sentido propio, se trataba de una verdadera reconvenición, “puesto que no se niega el derecho o pretensión ajenos, ni se discute y sólo se alega el propio, se demanda su ejecutivo cumplimiento y, de consiguiente, se hace competente a un mismo Juez para resolver, en definitiva, en un mismo proceso, sobre dos cuestiones

totalmente independientes, que cada una de ellas era, por sí, apta para producir un independiente proceso". Por lo mismo dice Guasp (27) que "no es una simple forma de oposición, ni puede por ello concebirse como un tipo singular de excepción; es una verdadera reclamación de fondo, dirigida al órgano jurisdiccional, cuya característica estriba solamente en que su sujeto activo es el sujeto pasivo de otra pretensión anterior... De donde se deduce que el fundamento de la reconvencción es el mismo de toda acumulación, el mantenimiento de la economía y la armonía procesales, dentro de los límites queridos por cada derecho positivo".

Mas, por lo mismo que el efecto de esta compensación reconvenccional es el de una acumulación de pretensiones ejecutivas —aunque impropia, por razón del sujeto pretensor—, convendrá señalar, como impedimento para que tenga lugar, el surgido de la posible falta de competencia territorial del Juez ante quien la compensación se formula, presupuesto, claro es, lo que constituye requisito indeclinable para su decisión, cual es el de conocer objetivamente de los autos en que la misma se inserta. Digamos, en este sentido, que el crédito tratado de compensar puede contener una cláusula de sumisión expresa a autoridad judicial distinta de la del órgano que esté conociendo de la pretensión ejecutiva inicial, y en este caso, incluso por este Juez que actúa primariamente deberá ser rechazada la acumulación implícitamente instada. Son de citar las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1887 y 31 de diciembre de 1942, declarando que no procede la acumulación cuando el actor se sometió a diversos jueces en los contratos de donde se derivan las acciones acumuladas. Las de 11 de enero de 1930 y 18 de febrero de 1943 advirtieron, en el mismo sentido, que la acumulación de acciones no puede perjudicar en cuestiones de competencia a la parte contraria en sus derechos.

Por lo mismo, aun tratándose de un crédito ejecutivo y líquido, cabe también pensar en la falta de ejecutividad del que se intenta compensar —y, por consecuencia, acumular—, por no referirse a una cantidad superior a las diez mil pesetas a que el actual artículo 1.435 hace alusión. A este respecto, y a propósito de esta compensación, hicimos alusión en nuestra citada obra, concluyendo (28) que, por lo mismo que en el número 3.º del artículo 1.464 de la Ley se requiere que el crédito resulte de título que tenga fuerza ejecutiva, y por cuanto el 1.435 se refiere a créditos superiores a mil pesetas, "una compensación de cantidad inferior a la misma (29) será improcedente, no por exigencia de las normas sustantivas que rigen la compensación, sino por las de la ejecutividad del título".

cc) Una tercera manifestación de acumulación impropia está constituida por una inequívoca especialidad del proceso ejecutivo, que, para

---

(27) Obra citada, página 269.

(28) Tomo I, página 318.

(29) En la actualidad, diez mil pesetas.

nosotros, constituye una simple adición o acumulación de la cuantía inicial del crédito reclamado.

Nos referimos a la posibilidad autorizada por los artículos 1.456 (30) y 1.457 (31) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El fundamento de esta permisión legal no es otro que el propósito legislativo de conciliar el efectivo derecho del acreedor por título ejecutivo con la prohibición impuesta por el derecho positivo rector de esta clase de proceso, que, naturalmente, ha de demandar que la obligación sea actualmente exigible. En general —escribe Guasp (32)— una obligación cierta o existente y líquida o numerada, pero no exigible por no haber llegado aún su vencimiento y estar pendiente, bien de un término o bien de una condición, no autoriza la apertura del juicio ejecutivo. En el juicio ejecutivo —explica— no puede haber, por lo tanto, condena de futuro; sólo las prestaciones actuales pueden justificar una actuación de este tipo. La LEC facilita, no obstante, el cumplimiento de esta regla para el caso de que, reclamado el cumplimiento de una obligación cuyos plazos no han vencido todavía en su totalidad, se produzcan, durante la tramitación del juicio, vencimientos ulteriores a aquel en que se basa la demanda ejecutiva. En tal caso, en efecto, se permite la ampliación del juicio a los vencimientos ulteriores, comunicándose las actuaciones judiciales ya practicadas a las nuevas.

También aludíamos a este evento en nuestra citada obra (33), significando que nos encontrábamos en presencia de una acumulación de acciones sobrevenida después de iniciarse el proceso, con la especialidad de que, según el segundo de dichos artículos, es posible que se opere, en contra de la regla general, después de haberse dictado sentencia de remate. Se trata —explicábamos entonces— de una ampliación de la demanda y de la sentencia —ya dictada—, mediante la ponderación de lo que resulte de demandas “nuevas”.

No significa, ciertamente, un caso práctico de los que se contemplan en el artículo 167, cuando se autoriza la acumulación de autos aun

(30) Dice que si durante el juicio ejecutivo, y antes de pronunciarse sentencia de remate, venciere algún plazo de la obligación en cuya virtud se proceda, podrá ampliarse la ejecución, por su importe, si lo pidiere el actor, sin necesidad de retroceder, y considerándose comunes a la ampliación los trámites que la hayan precedido.

La sentencia de remate deberá ser también extensiva a los nuevos plazos reclamados.

(31) Los demás plazos de la misma obligación que vencieren después de la sentencia de remate, podrán ser reclamados por medio de nuevas demandas en el mismo juicio ejecutivo.

En estos casos, presentada la nueva demanda, llamará el Juez los autos a la vista con citación de las partes, mandando entregar al deudor la copia de aquella; y si éste no se opone dentro de los tres días siguientes, sin más trámite, dictará sentencia, mandando que se tenga por ampliada la de remate a los nuevos plazos vencidos y reclamados, respecto de los cuales se seguirá también adelante la ejecución.

(32) Obra citada, página 781.

(33) Tomo I, página 269 y siguientes.

después de haberse dictado esa clase de sentencia. Porque, como hemos de ver, tal supuesto, integrante de una auténtica acumulación de ejecuciones —más que de actuaciones en su genuino sentido—, es, ciertamente, supuesto impropio de una acumulación de pretensiones que ha de incluirse en estos casos irregulares, en atención al elemento temporal en que la misma se produce, y en función también de que, en el supuesto contemplado por el artículo 1.457, nada queda de la fase cognitoria de todo proceso ejecutivo para que le pueda ser común el procedimiento a seguir y la decisión que sobre la petición inicial recaiga, ya que, incluso, por lo que a esta última concierne, en todo caso precisa el pronunciamiento de una nueva y específica sentencia.

En verdad, pues, existe una simple acumulación de ejecuciones, porque donde la misma se produce no es en fase cognitoria, al menos en el caso del artículo 1.457, sino a partir del llamado procedimiento de apremio. En este sentido, pudiera identificarse con la simple acumulación de autos, de la que, sin embargo, difiere, en que ésta se produce, propiamente hablando, respecto de procesos que, iniciados con el designio de discurrir independientemente son, de modo unilateral, fundidos o conjugados para constituir un proceso único, en tanto el supuesto que contemplamos supone la mera inserción de plazos posteriormente vencidos que, por corresponder a un mismo título y deuda, su ejecutividad y la pretensión consiguiente tienen tal subordinación o interdependencia con los vencimientos anteriormente reclamados que, desde un principio, se adscriben —por acumulación efectiva de pretensiones— a una reclamación judicial ya en marcha.

Por esto escribíamos en nuestra repetida obra (34) que en este caso resulta exigido que el nuevo plazo vencido corresponda a la misma deuda inicialmente reclamada, al ser ello exigencia obligada de la acumulación especial de que aquí tratamos y de que, como escribe Manresa, constituye un procedimiento breve y sencillo que, sin coartar la defensa del ejecutado, permite que en un solo juicio se reclame y realice el pago de todos los plazos de una misma obligación, según vayan venciendo (35).

De todos modos, dado que ambos artículos se refieren a supuestos diferentes, conviene su ponderación por separado:

a') *Acumulación en la fase cognitoria.*—Significamos por ella la que se produce por el juego del artículo 1.456, puesto que tiene lugar cuando aún no se ha pronunciado sentencia de remate. Es el supuesto de acumulación de pretensiones más puro dentro de esta impropiedad a que nos venimos refiriendo, puesto que, tras de producirse cuando todavía queda cierta fase, mayor o menor, de cognición, para someter al trámite común de toda acumulación de pretensiones la que ahora se produce, en todo caso, por lo menos, es sometida a una decisión común a la primera.

---

(34) *Idem*, *idem*, página 269.

(35) *Obra citada*, tomo VI, página 475.

Por esta circunstancia, el artículo en cuestión autoriza a que la ejecución sea ampliada sin más trámite y sin necesidad de retroceder en el procedimiento, en cuanto sea solicitada la ampliación por el importe del plazo posteriormente vencido. Bastará, pues, tan sólo la material y jurídica comprobación, de oficio, de que el plazo reclamado corresponde al mismo título inicialmente ejecutado para que la acumulación se produzca.

Precisamente por tal forzosa comunidad de origen de la pretensión inicial y la cuantitativamente acumulada, no vemos inconveniente alguno en que, al interponerse la demanda principal, se inste la acumulación *eventual y ad cautelam* de la inherente a esta exigencia de pago de los vencimientos futuros. Pues, aunque la normal brevedad esperable de todo proceso ejecutivo puede inicialmente hacer presumir que se decidirá el mismo antes de que llegue la fecha del nuevo vencimiento de plazo de la obligación de que todos ellos derivan, la circunstancia de que, a veces, dados los incidentes que el ejecutivo consiente, la posible oposición —más o menos compleja— del ejecutado, el presumible planteamiento de una cuestión competencial, etc., ningún obstáculo podrá existir para que, de antemano, se pida en la demanda, para su caso, la ampliación de la ejecución que el artículo 1.456 autoriza, condicionándola, por supuesto, al evento de que, durante la sustanciación de tal proceso, puedan vencer otros plazos.

Daría ello lugar a una acumulación eventual. Figura procesal no regulada por nuestra Ley, pero plenamente consentida, en general, por la doctrina. Por ejemplo, escribe Prieto Castro (36) que esta modalidad de la acumulación se caracteriza “porque de un sólo fundamento (causa petendi) se hace derivar una pluralidad de pedimentos (objetos), o con una diversidad de fundamentos se formula un único pedimento, o a base de una pluralidad de fundamentos se consigna una pluralidad de pedimentos de tal suerte enlazados que el segundo o posterior fundamento sólo se entiende empleado subsidiariamente, esto es, para el caso (eventualidad) de que el primero o anteriores no sean considerados aptos a fundar el pedimento de que se trate, o bien el segundo o posterior pedimento únicamente se repunte como formulado en igual supuesto, es decir, para el de que el primero o anteriores pedimentos no sean estimados”.

Observemos que, aunque el concepto dado supone en esa acumulación una condicionalidad negativa, en el sentido de que la estimación que se pretende de la segunda acción o pedimento requiere la no aceptación o rechazo de la pretensión primera, nada ha de impedir, para nosotros, que la acumulación eventual se produzca con condicionalidad positiva o por vía de consecuencia, es decir, que el acogimiento de la segunda petición presuponga, precisamente —como en el caso que estudiamos— la aceptación de la primera. Porque la eventualidad de pretensiones podrá darse formulando una pretensión principal que

---

(36) Colaboración citada, página 21.

sirva como premisa jurídica para que, una vez estimada, se acceda a una segunda que, simultáneamente, se plantea.

Hágase, de todos modos, en esa fase primaria por vía eventual a que nos referimos, o, en su momento, conforme a los artículos 1.456 y 1.457, es lo cierto que, en todo caso, se producirá una acumulación *por inserción*, que es la que tiene lugar cuando una pretensión que aún no se ha hecho valer, procesalmente se añade a otra que ha originado ya un proceso pendiente (37).

Pero una última cuestión podrá aún plantearse a propósito de esta ampliación de la ejecución. Porque si en vía ejecutiva ya vimos que sólo se puede actuar por títulos que reflejen la realidad de una deuda superior a diez mil pesetas, ¿precisará que el importe del nuevo plazo vencido supere también dicha cifra? Evidentemente, mal cabe decir que pueda gozar de privilegio una deuda cuantitativamente inferior al mínimo legalmente señalado, por el mero hecho de corresponder a un mismo título u obligación ya en ejecución. En este sentido parecería lógico exigir la concurrencia de lo así exigido, si la adición ahora pretendida, siquiera por mera adición, conserva, a todos los efectos, su individualidad propia. Ello, no obstante, hay que entender, antes y después de la reforma operada por la Ley de 23 de julio de 1966 en el artículo 1.435, que, cualquiera que sea la cuantía por la que la ejecución se amplíe, la acumulación será aceptable, siempre que se cumpla la única condición establecida por los artículos 1.456 y 1.457, consistente en que se trate, precisamente, de un nuevo plazo de la misma obligación, puesto que el cumplimiento de ella determina una adición cuantitativa, incluso más procedente, si cabe, que la autorizada por el 1.435, ya que éste la consiente cuando las cantidades sumadas procedan de títulos diferentes.

b') *Adición de demandas posteriores.*—Contemplamos ahora el caso del artículo 1.457 que, tomando como base lo que, a propósito de la acumulación de autos, determina el artículo 167 de la L. E. C., autoriza a que, aun cuando ya hubiese recaído sentencia de remate en la ejecución inicial, pueda reclamarse el importe de vencimientos ejecutivos posteriores, dimanantes del mismo título u obligación, a medio de posteriores demandas. Es evidente que el hecho de haber precluido la fase que llamamos de previa cognición, impone la necesidad de que la pretensión sea amparada por una nueva sentencia de remate, dado que la precedente no podía decidir sobre una inserción que, al tiempo de pronunciarse, no se había promovido.

Por lo demás, cuanto se ha dicho a propósito de la naturaleza jurídico-procesal de la anterior modalidad y de la precisa identidad de título originario es aplicable a esta variante, en la que ha de estarse, por aquella peculiar especialidad, derivada del momento de su planteamiento, a lo establecido en los artículos 1.457 y 1.458.

Para el primero, precisa en estos casos una nueva demanda y, con-

---

(37) Guasp, en obra citada, página 262.

siguientemente, nueva sentencia de remate ampliatoria. Dualidad de resoluciones definitivas, siquiera complementarias, que abona totalmente la impropiedad acumulativa a que aludimos. Porque, como se ha venido repitiendo hasta aquí, el efecto de toda acumulación propia de acciones o pretensiones es, para el artículo 159 de la Ley, el sometimiento de todas las acumuladas a un común debate y a una misma resolución final.

Sin embargo, no puede decirse que, más bien, nos encontremos ante un supuesto —también más o menos propio— de acumulación de autos, que después examinaremos. Porque la nueva demanda a la que se provee, no engendra una actuación procesal independiente durante algún tiempo del proceso ejecutivo ya en marcha, que, naciendo con absoluta separación de él, en un momento más o menos próximo de su discurrir procedimental aislado, se acumule a aquél. El artículo 1.457 manda que al nuevo escrito se provea, precisamente, en el mismo juicio ejecutivo, en el solo sentido de hacer nueva citación para sentencia (38). Ni siquiera en el supuesto, posiblemente excepcional, de que, a la vista de esta pretensión y traslado del escrito, se formule oposición por el ejecutado, y de que, por consecuencia, se forme la pieza separada a que el artículo 1.458 se refiere, puede decirse que se haya dado lugar a la producción de esa propia acumulación de autos. Ello por ser de esencia a la misma la existencia de dos o más actuaciones procesales inicialmente autónomas e independientes, que, por efecto de la simple petición acumulativa, han de suspenderse en su respectiva tramitación hasta tanto se resuelva en definitiva sobre la conjunción procesal que se pretende (artículo 184 de la Ley).

En un caso, pues, sin oposición y, en otro, con ella, es necesario un pronunciamiento de sentencia para que, complementando e integrando cuantitativamente la precedente, produzca el impacto procesal de que a partir de la firmeza de la última se actúe en vía de apremio única y naturalmente común.

Mas, permitida esta oposición, la especialidad y simplificación impuesta a la eventualidad procesal que comentamos nos induce a estimar que aquélla, en esta precisa fase, no debe, en buenos términos procesales, tener otro objeto que la impugnación de la acumulación que se pretende. O, dicho en otros términos, no podrá referirse más que al tema concreto de la ampliación instada. Bien justificando la improcedencia de la acumulación con base, por ejemplo, en el no vencimiento del plazo o en haberse instado aquélla en tiempo procesalmente inoportuno, ya en la no identidad del título de la ejecución inicial y la inserta, o, por fin, en un específico impedimento para la ejecución o exigibilidad del nuevo vencimiento ahora reclamado. Teóricamente, por lo que a este último extremo se refiere, cabe mencionar

---

(38) Por esto, dice Manresa (obra citada, tomo VI, página 475), dictará el Juez providencia, cuando se presente esta demanda, mandando que se una a los autos en que se comparece, y que se traigan éstos a la vista con citación de las partes para sentencia, entregándose al ejecutado la copia de la demanda.

el supuesto de que, después de estar sustanciándose el proceso ejecutivo donde esta reclamación nueva se pretende, extrajudicialmente hubieran transigido las partes sus diferencias, v. gr., en el sentido de que prosiga el proceso hasta la total efectividad de la cantidad inicialmente reclamada, pero conviniendo en que el importe de los vencimientos posteriores fuere prorrogado, o bien el acreedor resultase comprometido a no exigirlos judicialmente o a compensarlos con créditos posteriormente adquiridos por el ejecutado, correlativos a deudas de su ejecutante, etc.

De otro modo, admitiendo una amplia oposición, como la autorizada para la pretensión inicial por el artículo 1.463 de la L. E. C., y por los mismos medios de defensa autorizados por los 1.464, 1.466 y 1.467, se daría nueva oportunidad al ejecutado para volver a contradecir la misma obligación principal, corriéndose el riesgo de que la sentencia ulterior pudiera, incluso, ser contraria al fallo precedentemente recaído en el ejecutivo en que la adición se inserta. Cosa nada difícil, porque, a la vista del fracaso de la oposición anterior, podría ahora el ejecutado valerse de medios y pruebas más eficaces para oponerse nuevamente.

B) *Procedimiento para la acumulación.*—Dentro de esta esfera de la acumulación de pretensiones o acciones, nada habría que edicionar a la normativa legal de los artículos que integran la sección segunda, título IV, libro I de la Ley, dedicada a señalar el modo de operar en tales casos.

Es evidente, al efecto, que si una acumulación propia ha de constituirse por la inclusión de las diversas pretensiones que competan al acreedor contra su deudor, único o múltiple, ni al demandante ha de serle exigible ninguna actividad específica, ni al demandado dejarle otro trámite para impugnar la pluralidad de acciones que se le enfrenta distinto del del procedimiento general de que se ve asistido para oponerse, excepcionar o contradecir cada una de las pretensiones conjugadas. Así pues, no exigiéndose siquiera identidad del título ni de causa de pedir para que el actor ejercite su derecho a acumular sus pretensiones, ninguna razón asiste al ejecutado para impugnar el conjunto así resultante, fuera de la que pueda tener para atacar, como si la acumulación no se hubiere producido, cada una de dichas pretensiones.

Pero el hecho de que, irradiándose de este formato procedimental general, por lo que concierne al proceso ejecutivo, la Ley consienta específicas modalidades de acumulación —por lo mismo, calificada de impropia, por nuestra parte—, será preciso hacer detención en el especial procedimiento para la misma y de la impugnación posiblemente realizable por el ejecutado.

Sin embargo, no es posible tratar de construir una teoría general común a las manifestaciones de acumulación impropia acabadas de contemplar. Por lo mismo que no enmarcan en la propiamente dicha, sino que constituyen meras y variadas eventualidades derivadas de principios heterogéneos de conveniencia u oportunidad procesal, que, por otra parte, no derivan del mismo hecho ni se relacionan entre sí,

igualmente diverso tiene que ser el remedio impugnatorio que al ejecutado pueda atribuírsele y hasta el tratamiento procedimental.

Quizá no quede de común a la defensa del ejecutado otra cosa que la ausencia en todos los casos de una fase específica y distinta de la de la oposición a la ejecución surgida de la petición inicial. Porque no es posible admitir una discusión previa al fondo de la pretensión; oposición a la acumulación, distinta y precedente a aquélla. Y de ahí que pueda suscitarse una interesante duda al respecto. Pues si al ejecutado se le limitan por los artículos 1.464, 1.465, 1.466 y 1.467 los medios de oposición y defensa, mediante el catálogo de los que puede articular, ¿será alguno de ellos aplicable a la impugnación de la acumulación de pretensiones? La cuestión podrá surgir a propósito de la irregular o impropia; no en la regular o propia, por lo que va dicho de que la defensa del ejecutado respecto de todas las pretensiones conjugadas no puede darse más que a través de la impugnación de cada una de las pretensiones en conjunción.

Evidentemente, de que el ejecutado tenga cercenados por esos artículos sus medios de oposición, no puede deducirse la improcedencia de que se oponga, con los remedios específicos de la acumulación, a la que indebidamente se hubiera intentado o improcedentemente haya sido admitida. En este sentido, aun cuando la prevención del artículo 1.480 —de indudable carácter restringido, por su literalidad, a los incidentes de acumulación a un proceso universal— no fuera analógicamente aplicable al caso contemplado, no cabe duda de que en esa fase de oposición propia, al tiempo de atacar el fondo de las pretensiones, en conjunto o aisladamente, el ejecutado podrá excepcionar de inadecuada acumulación cuando las acciones ejercitadas conjuntamente sean incompatibles; cuando el Juez único carezca de competencia, objetiva o territorialmente —por ejemplo, por expresa sumisión a Juez distinto para conocer de alguna de las acumuladas (39)—, o cuando, por cualquier circunstancia, se haya incidido en algún motivo excluyente, según la Ley, de la acumulación instada. Esto por lo que respecta a la acumulación que llamamos propia.

En relación con la irregular o impropia, en la misma fase de oposición y con riguroso carácter previo, siquiera a modo de un pronunciamiento especial de tal denominación, deberá aducirse la improcedencia de haber transformado, en un caso, acciones no ejecutivas en una que lo sea por simple suma de débitos, cuando alguna de las deudas tomadas en la unión no derive de título referido en el artículo 1.429 de la Ley, o, aun cuando dimanando de él, no resultase exigible; en otro caso —cuando se haya acumulado el importe de vencimientos posteriores—, podrá oponerse a la acumulación instada, cuando, en cualquier momento posterior a la primera o en la fase de oposición prevista en el artículo 1.458, el ejecutado tenga interés en denunciar que la

---

(39) Vid., al respecto, las sentencias del T. S. de 20 de abril de 1887 y 10 de octubre de 1933, entre otras.

adición ejecutiva de los posteriores plazos se ha verificado indebidamente, ya por existir algún impedimento irradiado del título para exigir el importe adicionado en la fecha de su respectivo vencimiento, ya porque erróneamente se hubiera tomado tal cantidad como correspondiente —sin corresponder, en efecto— al mismo título ejecutivo inicial.

Independientemente de esta impugnación de parte, hemos de considerar legitimado al Juez para examinar de oficio la procedencia de toda acumulación de pretensiones, e, incluso, obligado está a ello al examinar inicialmente o en el momento previsto en los artículos 1.456 y 1.457 el despacho ampliatorio de ejecución que se le pide. Lo que vemos más dudoso es que, advertida por él, en cualquier momento del proceso ya en marcha, la indebida acumulación, pueda, de oficio, proceder a *desacumular*. No falta autor que da por supuesta esta posibilidad, cuando escribe que “si fuera improcedente, por razones de fondo o de oportunidad, entonces, aparte de que el Juez pueda desacumular de oficio, de lo que nada dice la Ley...” (40).

En realidad, creemos que, efectivamente, si las normas rectoras del proceso ejecutivo no se someten tan absoluta e incondicionalmente al principio dispositivo de las partes —ya que, de oficio, el juzgador ha de examinar los presupuestos sustantivos y formales de la ejecución acumulativa que se le propone—, el Juez, como en cualquier clase de procesos, deberá poner fin a una acumulación indebidamente verificada. Nuestra duda puede estar tan sólo en cuándo sea el momento en que debe proceder a ello. Entendemos que, tanto cuando haya sido impugnada la pluralidad de pretensiones por el ejecutado, como cuando, a través de las vicisitudes del proceso, el Juez aprecie tal defecto, habrá de decidir en su sentencia. Bien entendido que la estimación de la alegada o apreciada acumulación indebida no ha de significar que se rechace la pretensión así conjugada del ejecutante, en su conjunto o totalidad, con un necesario carácter general, sino que se desintegrará la conjunción y, como si todas las pretensiones hubieran sido ejercitadas con absoluta independencia, se dictará sentencia de remate en cuanto a las que se fundamenten como integrantes de procedente ejecutividad, rechazando las que no debieron acumularse y dejando en estos casos a salvo el derecho del actor para hacerlas, si procede, objeto del proceso a que por su entidad y concreta naturaleza hubieran debido dar lugar.

Esto, sin embargo, creemos que no debe producirse en el caso de que la acumulación se hubiera operado usando de la facultad establecida en el párrafo segundo del artículo 1.435 para lograr exceso de diez mil pesetas. Porque si en este supuesto la ejecución se había despachado con base exclusiva en la adición cuantitativa de dos títulos de cuantía inferior, y por esta sola circunstancia, se transformaron en ejecutivas pretensiones que carecían de esta naturaleza, en cuanto

---

(40) Guasp, obra citada, página 268.

proceda desacumular y se desacumule una de ellas —por no vencida, por no exigible, por no reflejarse en título ejecutivo, por afectada de pacto de sumisión expresa a otro órgano diferente, por sometida a un acuerdo transaccional, compensatorio, etc.—, la otra tampoco podrá dar lugar a una sentencia de remate, porque, automáticamente, dada su inferior cuantía, carecerá de virtualidad ejecutiva.

II. ACUMULACIÓN DE AUTOS.—También el proceso ejecutivo ofrece señaladas especialidades en orden a este instituto procesal que, en términos generales, difiere del anterior en que siempre presupone dos o más actuaciones procedimentales absolutamente independientes que, por determinadas circunstancias, en cualquier momento de su discurso procesal no agotado, conviene unificar para someterlas a una sola resolución final, dada la proyección de una contienda en la otra y el riesgo de resoluciones contradictorias o incompatibles.

Este riesgo, proveniente de la prosecución separada de procesos, es, en definitiva, junto al principio de economía procesal, lo que constituye el fundamento o justificación de la acumulación autorizada por todos los ordenamientos procesales. La simplificación —ha escrito Reimundin (41)— y la terminación a un mismo tiempo de todos los litigios —por una sola y única sentencia—, para evitar el escándalo jurídico de dos o más sentencias distintas y contradictorias, constituye la finalidad esencial de la acumulación.

Resultan, por esto, lógicas las causas señaladas por el artículo 161 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil para que se decrete la misma. Porque en todos los supuestos que prevé podrá producirse esa contradicción, surgible de la proyección e íntima relación que uno y otros procesos guardan entre sí.

Prescindiendo, pues, de la doctrina general de esta modalidad acumulativa, por lo que respecta al proceso de ejecución hay que tener en cuenta, como antecedente de lo que, al respecto, cabe comentar, la disposición del artículo 167 de dicha Ley que, como excepción a lo establecido en el 163 (42), autoriza la acumulación aunque se hubiera dictado sentencia de remate, considerándose al efecto que los procesos ejecutivos no han terminado hasta tanto se hubiera hecho pago al ejecutante o declarada la insolvencia del apremiado.

Ahora bien, como consecuencia de esta especie de acumulación, se requiere previamente la puesta en marcha de dos o más procesos totalmente independientes en su origen y más o menos avanzados en su sustanciación, aunque ambos han de encontrarse en idéntica instancia (artículo 165). Y por lo mismo, que la acumulación no se puede producir en una misma demanda, con carácter inicial, el que la de autos tenga efecto, a diferencia de la de acciones o pretensiones, no es facultad exclusiva, como ésta, del demandante, sino compartida por todos los que actúen como parte en cualquiera de los procesos

(41) Obra citada, I, página 393.

(42) Dice que *la acumulación puede pedirse en cualquier estado del pleito, antes de la citación para sentencia definitiva.*

llamados a fusionarse. De ahí el contenido del artículo 160, del que literalmente resulta la no exigencia de que el que la inste tenga el mismo carácter en todos los procesos. De ahí también que, iniciado un segundo o posterior juicio, tanto podrá el ejecutado que se hubiera personado en el primero comparecer en éste para pretender que al mismo se acumulen los restantes, de cuya iniciación se le da noticia, como cuando, no personado en el anterior, lo haga en los sucesivos para solicitar en éstos la acumulación de aquél. Y ambas cosas, tanto cuando se formule oposición a estas últimas ejecuciones, como cuando simplemente se solicite la acumulación sin hacer alegación u oposición alguna en relación con el fondo. Porque para solicitar la primera, basta ser parte y lo es quien, oponiéndose o no, comparece en plazo y forma.

Sentadas tales nociones generales, veamos ahora las manifestaciones, más o menos propias, de acumulación de autos o procesos que en el ejecutivo pueden producirse, con referencias al procedimiento aplicable a ellas, como hicimos en el supuesto anterior, si bien distinguiendo, porque en este caso es procedente, la ejecución singular y la universal.

A) *Ejecución singular*.—En términos de la mayor generalización y al solo efecto de entendernos, podemos significar por ella la que se produce por el ejercicio, a cargo de una sola persona —parte ejecutante— contra un solo deudor, con base en una exclusiva obligación reclamable o, incluso, por acumulación de pretensiones, pero con persecución de uno o más bienes de los que integran el patrimonio del ejecutado y nunca teniendo como fin la liquidación patrimonial toda.

Dentro de ella, pueden señalarse las mismas manifestaciones propias e impropias de acumulación, que distinguiremos seguidamente.

a) *Acumulación propia*.—Es muy frecuente que tenga lugar, sobre todo, en el proceso ejecutivo cambiario. Cuando preexisten determinadas letras de cambio, derivadas o no de una misma relación jurídica causal, entre los mismos ejecutante y ejecutado, con vencimientos distintos, puesto en marcha el ejecutivo primeramente instado, se inician nueva o posteriores ejecuciones, por vencimiento de otras cambiales o por tener origen dispar.

Vimos, a propósito de la acumulación de pretensiones autorizada por los artículos 1.456 y 1.457, que es consentida por la L. E. C. la simple ampliación de la ejecución precedente si han vencido nuevos plazos de una nueva obligación. Mas, sea por la dificultad que, dada la abstracción de la letra de cambio, existe para probar que los plazos posteriormente vencidos dimanen de un mismo título o negocio subyacente —exigencia literalmente impuesta por dichos preceptos (43)—,

(43) Con razón, la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 19 de julio de 1957 declaró que el Juez "o quo", al acordar la ampliación de la ejecución, incurrió en un manifiesto error, pues el art. 1.456 de la Ley de Enjuiciamiento civil no permitía dictar el auto de 1.º de septiembre próximo pasado, en el que no se tuvo en cuenta que en el presente juicio se actuaba única y exclusivamente al amparo de una letra, sin que el contrato privado, carente en absoluto de fuerza ejecutiva, sirviera para otra cosa más que

sea porque al ejecutante no le interesa usar de este remedio y prefiere promover un proceso nuevo e independiente, es lo cierto que se produce con harta frecuencia el hecho de que se estén sustanciando en el mismo o en diferentes Juzgados varios procesos ejecutivos entre idénticas partes y con la realidad de motivos determinantes de esa división de continencia de la causa, que trata de evitar la ley con la acumulación a que nos referimos.

Será, entonces, generalmente el ejecutado quien, abrumado por la multiplicidad de temidas costas y gastos, intente la acumulación que, desde luego, “deberá decretarse” —dice la Ley— cuando se acredite que los procesos inciden en las previsiones del artículo 161.

Ninguna especialidad, pues, supone esta acumulación propia cuando temporalmente tenga efecto antes de que se haya dictado sentencia de remate. Porque, una vez acumulados los procesos con precedencia a ésta, el sometimiento de todos ellos a una común y única resolución judicial, que es el designio de toda acumulación, puede lograrse (44).

El sometimiento, pues, a esta decisión, nos hace incluir a este evento en los casos de acumulación propia, y ya tendremos ocasión de hacer ver, cuando examinemos el procedimiento acumulativo, cómo, a tal efecto, ha de producirse la paralización del proceso más antiguo a fin de que pueda lograrse igualar a él, en el trámite, el más atrasado (art. 187).

Pero hay que advertir que esta regla general de acumulación de procesos ejecutivos quiebra en el caso previsto en el artículo 166 de la L. E. C., ya que ni la modalidad que examinamos, ni las de acumulación de un proceso singular a otro universal, pueden producirse en el caso de que la ejecución tenga por objeto exclusivo los bienes hipotecados, salvo la contraexcepción determinada por el artículo 127 (actual) de la Ley Hipotecaria (45).

b) *Acumulación impropia (de ejecuciones)*.—Tomando como base, de una parte, la regla general de que toda acumulación regular o propia requiere el sometimiento de dos o más procesos a una decisión judicial común, o, desde otro punto de vista, la pluralidad de reclamaciones por un mismo acreedor contra idéntico ejecutado, vamos a examinar algunos supuestos de acumulación de autos que, pese a su

---

para justificar la provisión de fondos, y por ello, no actuando en esta litis con el apoyo de semejante contrato, no puede basarse, como hace el Juez inferior, en el precepto citado, únicamente conjugable cuando venza algún plazo de la obligación en cuya virtud se procede, supuesto completamente distinto del de autos.

(44) Gómez Orbaneja y Herce dicen (en “Lecciones de Derecho Procesal”, todo I, página 134) que el efecto de la acumulación de autos es equivalente al de la acumulación de acciones, y de hecho produce una tal acumulación, bien subjetiva, bien objetiva. Igualmente dice Plaza (obra citada, tomo I, página 347) que el efecto es el de una fusión de pretensiones, aunque éstas están ya actuadas, a diferencia de las que se funden en la acumulación llamada de acciones.

(45) En caso de que no sean, por consiguiente, bienes hipotecados los únicos que se persigan, sino otros que no lo estén, la jurisprudencia viene rechazando el acogimiento de esta excepción.

impropiedad —por no reunir alguna de esas características esenciales—, son admitidos por la Ley. Llamamos a estos casos, genéricamente, acumulación de ejecuciones, que se produce en los siguientes supuestos:

aa) *Por un mismo acreedor.*—Tiene lugar en cualquier evento en que el mismo ejecutante actúa contra un mismo ejecutado y, a instancias de aquél o de éste, se produce la acumulación de todos o de algunos de los procesos seguidos, *pero también en todos o en cualquiera de ellos ya había recaído sentencia de remate.*

Es el supuesto más generalizado, porque, no obstante las diferentes vicisitudes que, en función del tiempo, pueda experimentar cada uno de los procesos que aisladamente preexistían, la coincidencia que procesalmente trata de conseguirse en los que se acumulan sólo puede corresponder, lógicamente, al hecho de que se iniciaran al mismo tiempo, lo que no ha de ser frecuente, pues cuando esto sucede, más bien lo que se realiza es una acumulación de pretensiones.

De ahí que, correspondiendo este supuesto a la sucesión de pretensiones por vencimientos posteriores de obligaciones —cambiarías o no— del ejecutado, la realidad es que, sobre todo en los casos en que en el primer proceso no hubo oposición, cuando se intenta la acumulación de los posteriores en aquél, ya se había dictado sentencia de remate. Lo que no es obstáculo, de todos modos, pues, como vimos, rige la señalada excepción para los ejecutivos del artículo 167.

Y como quiera que el principio de igualdad procedimental de los procesos en trance de acumulación impone la suspensión del más avanzado hasta conseguir que el otro u otros puedan llegar a una fase a partir de la cual el trámite sea común —que es el designio de toda acumulación— y, en consecuencia, precisa el avance de ellos para que también adquieran su respectiva sentencia de remate, la acumulación ya no puede incidir en modo alguno en la fase —común— de cognición que todo ejecutivo tiene, y es por lo que solamente se produce efectivamente —y así lo llamamos— una acumulación de ejecuciones, porque es tan sólo desde que se inicia el llamado procedimiento de apremio cuando el trámite comienza a ser común para todos los procesos.

bb) *Por el juego de la tercería.*—Consistirá la impropiedad de la acumulación en este caso, no sólo en que la misma se haya instado, como en el supuesto anterior, posiblemente cuando se haya dictado sentencia de remate en el proceso que pudiéramos llamar principal, aunque antes de haberse hecho pago al acreedor —evento autorizado, por lo menos, para la llamada tercería de mejor derecho— o antes de hacerse adjudicación de los bienes al rematante u otorgarse la escritura —conforme se previene para la de dominio—, sino porque, aunque se promoviera antes de recaer dicha sentencia —acumulación propia— de todos modos la acumulación es, para nosotros, impropia como corresponde al hecho de que aquí ya no se trata de acumular procesos en los que medie la identidad de sujetos pretensor y obligado.

que es consustancial a la propia acumulación o de autos en la ejecución singular.

Muy largo sería de contar —y, por supuesto, irradiada su exposición del concreto fin de estos comentarios— el tema de la auténtica naturaleza, caracteres y problemática de la llamada, en general, intervención procesal, y la cuestión de si la tercería puede considerarse propiamente como una manifestación de ella. Se trata de un fenómeno aún no cumplidamente elaborado por nuestro derecho positivo, y sólo parcialmente construido por la jurisprudencia patria, obligada a ello por los frecuentes supuestos en que, implícita o explícitamente autorizados por las leyes, se ha demandado su regulación. Nos basta indicar que, en términos generales, la misma se produce por causa de una demanda interpuesta por un tercero, que pretende total o parcialmente el objeto —la cosa, el derecho— litigioso de un proceso pendiente entre partes, sobre la base de un derecho que actúa contra los dos (46).

En el proceso ejecutivo, por permisión expresa de la Ley de Enjuiciamiento, puede producirse esta ingerencia extraña, la tercería, ya para tratar de eliminar de la afeción que todo embargo supone (47) un bien cuya propiedad se invoca por el interviniente, ya para hacer valer un crédito propio cuya efectividad preferente se pretende en dicha ejecución ajena. Es, como decimos, rigurosamente propia del proceso de ejecución, llevando razón Plaza al considerar inexplicable (48) que la misma no se extienda al de cognición, a pesar de que en él, como en el proceso ejecutivo, puede ser útil la intervención del tercero por razones de economía procesal, y, a veces, con notorio provecho para el esclarecimiento de la cuestión que la intervención del tercero plantea.

Sin embargo, es forzoso apuntar que en todo esto conviene diferenciar la tercería de la *intervención de un tercero*. Como decíamos en ocasión anterior (49), “no hay que confundir la tercería, como proceso o incidencia de otro anterior, con la intervención en el mismo de un tercero, entre otras básicas razones, porque en aquélla la demanda o pretensión engendra una actividad procesal que se inicia y termina con absoluta independencia del proceso ejecutivo, aunque puede ejercer influencia decisiva en él, en tanto la intervención del tercero se opera dentro del proceso mismo, en él se sustancia y decide, y los efectos son implicar, entre otras cosas, una alteración subjetiva de aquél. En este sentido, por el influjo que la tercería propiamente dicha puede tener en el proceso principal, surge, siquiera en un determinado momento, generalmente ulterior a su interposición, el efecto

---

(46) Así Fairén, en “Notas sobre la intervención principal en el proceso civil”, Rev. de Der. Privado, marzo 1954, páginas 183 y 184.

(47) Puede verse la auténtica naturaleza, contenido y efectos del embargo en nuestro trabajo “Embargo y mejor derecho”, en la Rev. de Der. Procesal número 3 de 1961, página 63 y siguientes.

(48) Obra citada, tomo I, páginas 298 y 299.

(49) “El llamado juicio...”, tomo II, página 330.

de una cuestión prejudicial, en cuanto suspende la decisión final hasta que se conozca el resultado de aquélla; suspensión necesaria por impedimento lógico, como explica Plaza, porque “las consecuencias de un proceso distinto del ya iniciado, obligan al Juez, por imperio de la Ley, a esperar la resolución que en aquél recaiga, sin la cual no podría dictar aquella para la que fue requerido”. Pero —terminábamos— fijémonos bien en ese esencial nota de proceso distinto del ya iniciado”.

Digamos, por lo que aquí importa, que la única modalidad de las dos señaladas —tercería de dominio y de mejor derecho— determinantes de una acumulación— y, por supuesto, en su modalidad de autos o procesos— es la llamada de mejor derecho. No la de dominio, porque la finalidad por ella pretendida, respecto del ejecutivo en que incide, no es la auténtica pluralidad de pretensiones o ejecuciones inherentes a toda acumulación, sino exclusivamente el acreditamiento de un hecho negativo al embargo allí trabado: el no dominio o titularidad de los bienes afectados. El efecto, pues, no será otro que la simple desafección de la cosa y la consiguiente imposibilidad de seguir manteniéndola como objeto de la efectiva y material satisfacción del crédito ejecutado.

Será, por consiguiente, exclusivo motivo de acumulación de autos la tercería de preferencia o de mejor derecho. Su finalidad es, en efecto, la posposición del crédito del acreedor que se anticipó a ejecutar, una vez declarada la preferencia del tercero y la fusión de la ejecución acumulada con la preexistente; todo ello insertando el proceso declarativo previo o independiente (50) para obtener la declaración judicial de preferencia. De ahí que, siendo necesaria esta declaración independiente, no precise la suspensión de los autos llamados a acumularse, impuesta con carácter general por el artículo 184 de la Ley, desde que la acumulación sea instada —por cuando aquí, propiamente, nunca se insta—, sino, excepcionalmente para este caso, desde que el proceso ejecutivo o principal deba esperar el resultado de ese declarativo que en él se inserta, siguiendo, por lo mismo, cada actuación procesal su curso, hasta que en su “iter” procedimental se encuentren en el punto común de hacer definitivo pago a los acreedores así, prácticamente, devenidos en concurso. Tal resulta del artículo 1.536 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Es por esta razón por lo que, con independencia de otras que quedaron oportunamente señaladas, cabe decir que estamos en presencia de una acumulación impropia.

A poco que se medite, se comprende que, en puridad, este supuesto no puede considerarse como excepción al mandato del artículo 164, según el cual sólo es posible acumular *entre sí* procesos de idéntica

---

(50) Por eso dice Fenech (en “El proceso penal”, pág. 492) que las tercerías se conciben por la Ley como procesos de declaración instados por un tercero *ajeno al proceso de ejecución pendiente*, como medio de defender un derecho que cree lesionado por la actividad ejecutiva, y cuya titularidad se atribuye.

naturaleza. Pues si bien es verdad que el que se inserta en el de ejecución es esencialmente declarativo —por lo que va dicho de que esta clase de tercería tiene por objeto la obtención, sin más, de una declaración de la preferencia ulteriormente enfrentable—, la acumulación se produce, desde el punto de vista real, efectivo y práctico, entre un proceso ejecutivo preexistente y un título que, por más que obtenido en el declarativo, es idénticamente ejecutivo: la sentencia firme de preferencia oportunamente lograda. Lo que ocurre es que la ejecutividad del título no deriva de su inclusión en el catálogo legal del artículo 1.429, sino de la cualidad de ejecutoria que toda sentencia firme ofrece. Identidad, por lo demás, deducida, a efectos de la concurrencia de ejecuciones que esta modalidad de la acumulación supone, del hecho incontestable de que, ni siquiera, tampoco en el proceso de ejecución lo que se ejecuta es el título incluido en aquel artículo en sí, sino la sentencia de remate que siempre, pese a la apariencia y realidad de aquél, es preciso conseguir. Ya lo poníamos de manifiesto en nuestra citada obra cuando, estudiando la naturaleza del proceso de ejecución, decíamos (51) que “por la circunstancia de que nuestro ordenamiento procesal regula el juicio ejecutivo con mixtura de sus peculiares características y las de otros procesos, hasta el extremo de que, por una lamentable confusión de conceptos, permite fundamentar la oposición del ejecutado en esas relaciones no siempre plasmadas en el título de ejecución, y estableciendo una serie de diligencias procesales que salen del marco de lo que por proceso de ejecución debe entenderse —de tal suerte que, con oposición o sin ella, la fase propiamente ejecutiva no puede decirse, con propiedad, que comienza en nuestra Ley hasta que es firme la sentencia llamada de remate—, nosotros estimamos que no sería atrevido afirmar que el título de ejecución que determina la vía ejecutiva propiamente dicha, el que inicia en nuestro Derecho el proceso de ejecución, es únicamente la sentencia de remate” (52).

Es más, aunque lo correcto sería que la sentencia pronunciada en el declarativo, objeto de la tercería, se limitase a declarar la preferencia del tercero a cobrar su crédito, pero que la efectividad del mismo no implicase su realización en el proceso de ejecución entablado por el otro acreedor, por imperativo del artículo 1.536 de la Ley y de la jurisprudencia que lo interpreta, el fallo que en la tercería recaiga si, por una parte, ha de ser declaratorio de aquel derecho, por otra es ejecutivo, puesto que el pronunciamiento tanto declara que es preferente el crédito del tercerista como manda que en el proceso de ejecución pendiente se le haga pago antes de que se satisfaga

---

(51) Tomo I, página 33.

(52) En la misma creencia está Guasp (obra citada, págs. 769 y 770) cuando explica que “al haber una sentencia en el procedimiento del juicio ejecutivo, es evidente que la finalidad del juicio la integra su obtención y que sólo después de emitida esa sentencia podrá hablarse de ejecución, la cual no será ya ejecución de la pretensión inicial, sino de la pretensión que se base, como título, en la sentencia condenatoria dictada”.

el crédito objeto de la ejecución en que tal declaración se inserta (53).

Pues bien, por lo concerniente a la acumulación de ejecuciones que es, por lo dicho, efecto de esta tercería, y dada la referencia que hacíamos al artículo 127 de la Ley Hipotecaria, con el 166 de la de Enjuiciamiento, convendrá diferenciar los dos eventos de imaginable incidencia de la intervención de un tercero en el proceso ejecutivo:

a') *El acreedor ordinario*: Poco resta por decir después de las consideraciones hechas, puesto que las mismas derivan de la especial fisonomía del tercerista de mejor derecho. Este, en efecto, interviene para, aprovechando una ejecución que él no ha promovido y beneficiándose de toda la actividad procesal desplegada por el ejecutante, hacer valer un derecho incompatible con el de éste, en cuanto cuantitativamente excedan ambos del importe de los bienes afectos a la seguridad del crédito primeramente exigido. Esto es de esencia a la intervención que estudiamos, explicada por Hellvig (54) en el sentido de que la pretensión del tercero ha de excluir total o parcialmente la aducida por el *primus petitor*, o bien la practicabilidad de la de éste tal y como la ha dirigido contra el demandado. Explicando el fenómeno, nosotros decíamos (55) que la tercería de dominio es una incidencia, pero la de mejor derecho es, prácticamente, una acumulación, en vía de apremio o ejecución propiamente dicha, de reclamaciones procesales con cognición previa separada y totalmente autónoma respecto del proceso ejecutivo en que incide, de varios créditos contra un mismo deudor y sobre unos mismos bienes afectados, lo que si es bien correcto en un juicio de ejecución universal, no nos parece tan lógico en el de ejecución aislada o singular.

Por consecuencia, el impacto que tal tercería produce en el proceso de ejecución, por lo que concierne a la acumulación que estudiamos, no es otro que el de la conjunción de dos créditos enfrentados, en su fase de realización, por dos distintos acreedores contra un deudor común y con cargo a un mismo objeto patrimonial afectado (56). Concurrencia, pluralidad de ejecuciones, condicionada por la compatibilidad cuantitativa de los créditos, pero excluyentes —incluso en su proceso de acumulación— en el supuesto de insuficiencia de patrimonio embargado, de tal modo que, de ocurrir así, se producirá no la acumulación a que aludimos, sino un efecto de simple pospo-

(53) Pueden verse las sentencias del T. S., de 19 de diciembre de 1911 y 21 de noviembre de 1917, habiendo llegado la de 13 de febrero de 1892 a decir que no es congruente la sentencia que declara la preferencia del tercerista y no manda que se le reintegre de su crédito.

(54) Cfr. "*System des deutschen Zivilprozessrechts*", I, página 353.

(55) Obra citada, tomo II, página 282.

(56) Por ese efecto procesal, dijo la sentencia de 23 de enero de 1958 que la tercería de mejor derecho supone un concurso singular, cuya naturaleza viene impuesta por la concurrencia de varios créditos que han de hacerse efectivos con los bienes objeto del embargo. Por ello, la misma jurisprudencia ha exigido para su viabilidad, que se trate de un deudor común y de bienes también comunes (fallos de 23 y 27 de enero de 1958) y que el título sea realizable y preferente (sentencias de 14 de enero y 1.º de marzo de 1882 y 10 de mayo

sición, con alcance de posible ineffectividad (57) del crédito primitivo, que quedará incluso eliminado de la ejecución propia (58).

b') *El acreedor hipotecario*: Otra modalidad podrá producirse por el juego del artículo 127 de la Ley Hipotecaria, aludido por el 166 de la de Enjuiciamiento, como excepción a la prohibición de acumular procesos ejecutivos entre sí cuando sólo se persigan los bienes hipotecados. Dice, en efecto, la norma remitida, en su párrafo final, inciso último, que "no se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor ni del tercer poseedor, ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos". Es decir, que a efectos de la acumulación excepcionada para este supuesto, tendremos que entender que, afectándose por una ejecución bienes hipotecados exclusivamente, el tercerista que pretenda acumular su ejecución habrá de ser un acreedor inscrito, dándose, prácticamente, en este supuesto un fenómeno que podríamos conceptual de tercería registral o, al menos, dará lugar a que la posible preferencia se decida conforme a la legislación hipotecaria.

Cuando, pues, se produzca un evento de posible acumulación, de tal modo autorizada y condicionada, los dos procesos en que se afectan bienes hipotecados, como dice Manresa (59), deberán acumularse, si lo pide el acreedor de la primera hipoteca, que será a quien interese, sobre todo si el segundo lleva más adelantados sus procedimientos, porque, además de concurrir la identidad de cosas y de acciones, se hallan en el caso de la salvedad antes indicada.

Por ello, y a virtud de la prohibición deducible del artículo 166, no habrá posibilidad de acumulación, tratándose de ejecuciones afectantes a bienes hipotecados, más que en los siguientes casos: 1.º, cuando, junto a éstos, se afecten y persigan otros bienes, y 2.º, cuando, aun persiguiéndose exclusivamente los primeros, se produzca la intervención de un tercero, fundando su reclamación sobre los mismos bienes por título anteriormente inscrito.

---

de 1884) no siendo preciso que haya mediado la ejecución a instancias del tercero (30 de mayo de 1917 y 1.º de febrero de 1942), y, por último, que el título tenga realidad en el momento del embargo (fallos de 25 de noviembre de 1926, 22 de junio de 1928 y 24 de febrero de 1936).

(57) En tal trance, pensamos que, sólo por el remedio de una ampliación de embargo, si procesalmente era aún posible, el crédito del *primus petitor* podría también hacerse efectivo.

(58) Es curioso observar que el efecto de la tercería solamente se produce respecto del crédito cuando éste sea declarado preferente, pues, en caso de no serlo, aún cuando parecería lógico que, pospuesto al del primer ejecutante —el actor en el ejecutivo— aún pudiera también hacerse efectivo cuando, satisfecho el crédito de aquél, quedasen bienes suficientes para satisfacer al actor en la tercería el propio, no es posible legalmente que esto suceda, pues la normativa legal, para nosotros, condiciona esta acumulación de ejecuciones a la necesaria y expresa declaración de preferencia del tercerista y no al otro caso, por compatibles que puedan resultar, cuantitativamente, ambos créditos.

(59) Obra citada, tomo I, página 622.

Téngase en cuenta, con la sentencia de 18 de mayo de 1898, que la disposición del artículo 127 a que aludíamos no es aplicable al tercero que reúna además la cualidad de poseedor de esos bienes y que no hubiera sido demandado por el acreedor, conforme a los párrafos anteriores, pues en tal caso, fuera del juicio ejecutivo y por medio de la correspondiente tercería, puede oponerse a que la sentencia de remate dictada contra el deudor se ejecute en sus bienes.

Obsérvese, de todas formas, que este supuesto especial no es de fácil incidencia en el proceso de ejecución ordinario. Porque cuando, efectivamente, sólo se trate de perseguir bienes hipotecados de evidencia es que, naciendo de la hipoteca una misma acción ejecutiva, incluso más privilegiada, expeditiva y exenta de oposición del deudor, ejercitable en un proceso de ejecución especialísimo, como el regulado por la Ley Hipotecaria para estos casos, mal podrá ocurrir que acreedor, tan plenamente garantizado y absolutamente inmune de defensas por el ejecutado, prescinda de hacer efectivo su derecho por este cause —exento incluso de la posibilidad acumulativa— y elija, como cualquier otro acreedor de menor rango, el proceso ejecutivo ordinario de la Ley de Enjuiciamiento, con tantas mixturas cognitivas y tan pagado de impurezas.

B) *Ejecución universal*.—Ya sabemos que se trata de la que tiene por objeto la liquidación y reparto del patrimonio total del deudor común, contra quien, conjuntamente y en un solo proceso, se actúa por una pluralidad de acreedores. De estas características, tan genéricamente expresadas, participan tanto el concurso de acreedores (60), la quiebra (61) y la testamentaria o abintestato, sin perjuicio de que, en su momento, consideremos la auténtica naturaleza de los últimos, bastando, por el momento, observar con Plaza (62) que es también característica del proceso sucesorio, tal como nuestra Ley lo regula, su fin liquidador, que le asemeja, en ese aspecto, a los procesos de ejecución universal.

Pero, en sí, dada esa precisa circunstancia, con producirse en ellos de hecho una auténtica acumulación de pretensiones, no constituye —puesto que esa pluralidad y conjunción es consustancial a la universalidad de esta ejecución, objeto de un proceso único así llamado— la acumulación de que ahora nos venimos ocupando. Esta se producirá, a los fines de nuestro estudio, por la coexistencia, en

---

(60) Gómez Orbaneja y Herce (obra citada, tomo I, página 549) dicen que “se denomina procedimiento concursal porque todos los acreedores concurren para ser pagados con el patrimonio disponible, y está inspirado en el principio de la comunidad de pérdidas y de trato igual a todos los créditos de la misma categoría (privilegiados, preferentes, comunes)”.

(61) Los mismos autores señalan (pág. 566) que la quiebra es un proceso de ejecución general o colectiva, que descansa en el principio de la comunidad de pérdidas y, como todo procedimiento de ejecución, exige un título ejecutivo, cual es en este caso la resolución judicial (auto) declaratoria del estado de quiebra.

(62) Obra citada, tomo II, volumen 1.º, página 494.

un momento determinado, de tal proceso de ejecución general y otro u otros ejecutivos singulares.

Queda dicho, entonces, que la modalidad de esta acumulación es la de autos o procesos, cuya nota peculiar se constituye por la imperativa absorción, normalmente establecida por la Ley, de los procesos singulares respecto del general o universal. No resulta tal prevalencia de las disposiciones generales de la de Enjuiciamiento civil, reguladoras de la acumulación de pretensiones o de autos en general, sino de las específicamente consagradas por ella a la normación de los procesos concursal, de quiebra y de testamentaria.

En efecto, de la sección segunda, título IV, libro I, no aparece una alusión a esta prevalencia y efectiva atracción del proceso singular al universal en ninguno de sus artículos, al menos de forma explícita. Sólo se limitan algunos de ellos a hacer referencia a aquellos procesos universales. Son ejemplo los 166, el párrafo tercero del 171 y el segundo del 187. Sin embargo, así resulta de otros pasajes de aquella o de otras leyes especiales, donde se regula esa acumulación —imponiéndola, incluso— y consagrando siempre, a sus efectos, la principalidad del proceso general y, por supuesto, estimando también siempre que el Juez que conozca de éste tiene competencia atrayente respecto del que lo hace del proceso singular.

Igualmente aparece de tales preceptos especiales la necesidad o imposición de esta acumulación, a diferencia de la genérica acumulación de procesos singulares, que es meramente potestativa para las partes. Tal resulta del artículo 160, en que se lee que ésta sólo podrá decretarse a instancia de parte legítima y que, para este efecto, lo serán los que hayan sido admitidos como partes litigantes en cualquiera de los pleitos cuya acumulación se pretenda.

Dentro de nuestro sistema expositivo, distinguiremos también la acumulación propia de la impropia, como hemos hecho a propósito de la acumulación en los juicios singulares.

a) *Acumulación propia*.—Como la universalidad o singularidad de ella no desvirtúa la naturaleza ejecutiva de los procesos afectados, ni, por otra parte, a los fines que aquí interesan, los procedimientos de concurso y quiebra no ofrecen ninguna diferenciación, fuera de la establecida —con más o menos razón— por las leyes, en función de la no calidad de comerciante en el ejecutado o del ejercicio por éste del comercio, incluiremos aquí como regular o propia acumulación la que se produzca a propósito de procesos *ejecutivos* singulares. porque en este caso no se desvirtúa la exigencia general del artículo 164 de la Ley, de acumular “entre sí” los que sean de la misma clase. Correlativamente, no podrá propiamente entender que constituya una acumulación propia, en sentido legal, la que, por más que venga autorizada por especiales disposiciones legales, se produzca entre un proceso ejecutivo y otro ordinario, ponemos por caso.

El carácter necesario de esta acumulación, por lo que concierne al concurso de acreedores, viene establecido en el número 3.º del

artículo 1.173 de la L. E. C., a cuyo tenor, “en el mismo auto en que se haga la declaración de concurso, se dictarán las disposiciones siguientes: ... *la acumulación al juicio de concurso de las ejecuciones que haya pendientes contra el concursado en el mismo Juzgado o en otros, con la excepción establecida en el artículo 166*”.

El primer problema que el artículo plantea consiste en determinar lo que, a estos efectos, deba entenderse por *ejecuciones*. Se sabe que a éstas tanto puede llegarse —y referirse la Ley— a los procesos típicamente ejecutivos, como a las que se producen por consecuencia de una condena dimanante de un simple proceso declarativo o cognitorio, previstas en el artículo 919 y siguientes de aquélla.

Creemos, en este sentido, que, a pesar de que de los diversos apartados del artículo 1.186, que hacen referencia a ese 1.173, parece deducirse que sólo ha de contraerse este último, cuando emplea el término “ejecuciones” a los procesos de ejecución o “autos ejecutivos” literalmente aludidos en aquél, no cabe duda que han de acumularse cuantas ejecuciones, en la acepción más amplia de la palabra, hubiera pendientes. Tras de ser ello lógico, pues ejecutiva es la acción para la efectividad material de cualquier sentencia firme, así es indudablemente deducible de lo que se dispone en el artículo 1.187, que, con terminología más absoluta e inequívoca, establece que serán también acumulables a estos juicios las acciones y pleitos expresados en el artículo 1.003. Y como los mencionados por éste, independientemente y además de los ejecutivos, son: ... 2.º, las demandas ordinarias por acción personal, pendientes en primera instancia contra el finado; 3.º, los pleitos incoados contra el mismo por acción real que se hallen en primera instancia..., y 4.º, todas las demandas ordinarias y ejecutivas que se deduzcan contra los herederos del difunto... es evidente que la acumulación tendrá lugar con motivo de toda clase de ejecuciones, cualquiera que sea la naturaleza del proceso y de la acción de que deriven.

Esto no obsta a que, por razón de método y como venimos haciendo, sólo entendamos por acumulación propia la que se produzca en estos procesos universales por absorción de otros procesos singulares auténticamente ejecutivos.

Obsérvese que esta acumulación, imperativa y necesaria, es común a esas modalidades del proceso universal a que aludimos, aunque el hecho de que para el concurso de acreedores resulte literalmente establecida por la Ley y omitida explícitamente para el de quiebra, haya podido dar lugar a aparente duda, solventable en el sentido de que, como quiera que, comparadas ambas variantes, hay que entender que, en realidad, las normas de la quiebra vienen a revestir mero carácter especial respecto de las del concurso de acreedores —por razón exclusiva de la profesión del deudor—, hay que entender querido por el legislador que en lo no expresamente determinado por él para la misma tengan plena vigencia las reglas del concurso. Y entonces la acumulación al proceso de quiebra ha de regirse por las dadas para éste

No falta además previsión al respecto en el artículo 1.379 de la Ley procesal, en donde, aunque no se imponga con la inexorabilidad que consta del 1.173 —limitándose a decir que “la acumulación al juicio de quiebra de los pleitos pendientes o que se promuevan contra la masa se acomodará a las reglas establecidas para este caso en el juicio de concurso”—, por lo mismo que la remisión es incondicional, obligado resulta también aplicar el principio de *necesariedad* de la acumulación que para el concurso se impone (63).

Advertamos por fin que, previéndose, cuando media un expediente de suspensión de pagos, que pueda llegarse a este proceso universal que estudiamos, el legislador ha dispuesto *ad cautelam*, en el párrafo 4.º del artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922 que “los juicios ordinarios y los ejecutivos en que no se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados, que se hallaren en curso al declararse la suspensión de pagos, seguirán su tramitación hasta la sentencia, cuya ejecución quedará en suspenso mientras no se haya terminado el expediente”.

En general, y como aplicable a la acumulación propia en juicios universales y singulares, hay que advertir, con la sentencia de 14 de diciembre de 1945, que no constituyen juicio ni pleito las diligencias de jurisdicción voluntaria, y con la de 7 de enero de 1896, que tampoco pueden acumularse las simples demandas de pobreza, mientras el que la pretende no haya formalizado la demanda principal.

b) *Acumulación impropia*.—Dados el concepto, exigencias y normativa legal de la acumulación de autos que hemos considerado como propia, en función ahora, no de esa identidad de pretensores —que no es aquí ponderable, por ser de esencia en los juicios universales la pluralidad y diversidad de ellos—, sino por razón de la naturaleza de los procesos en acumulación (que, como vimos, según las normas generales rectora de aquéllas, han de ser de igual naturaleza, aquí ejecutiva), aludiremos ahora a las siguientes variantes:

a) La primera está constituida por la eventualidad que, con carácter excluyente de la acumulación propia acabada de examinar, puede plantearse en el supuesto previsto de que los procesos singulares que se absorben por el universal tengan naturaleza *no ejecutiva*. Así va

---

(63) Esta es la opinión general de nuestros procesalistas, pudiendo leerse en Guasp (obra citada, página 1020) que, aunque en el art. 1.044 del Código de comercio al que la L. e. c., remite, que establece las disposiciones que han de tomarse en el auto de la declaración de quiebra, no se señala, como diligencia consiguiente, la de la acumulación, la omisión no quiere decir que la acumulación no juegue en el proceso de quiebra, sino que probablemente está fundada en que se produce, no de manera automática y en un primer momento en que aún no se conocen los procesos acumulables, sino en un segundo instante, en que ya se tienen noticias de las pretensiones que deben incorporarse al proceso de quiebra. En efecto —dice— el artículo 1.379 de la L. e. c. establece, con toda claridad, que la acumulación al juicio de quiebra de los pleitos pendientes o que se promuevan contra la masa, se acomodarán a las reglas establecidas para estos casos en el juicio de concurso.

a ocurrir en multitud de casos, ya que, según hemos puesto de manifiesto, no sólo ejecuciones, en el sentido más amplio, serán las que deban fusionarse, sino pretensiones, posiblemente, no ejecutivas formuladas en autos declarativos como consecuencia, de modo principal, de la remisión que hemos visto hecha al artículo 1.003.

No habrá, de todas formas, especialidad conceptual para el evento, ya que, estén las actuaciones acumulables y acumuladas en fase cognitoria, o de efectiva ejecución, las mismas han de quedar sometidas a la decisión judicial que recaiga en el proceso general absorbente, tanto a propósito de una y otra fase que, desde la acumulación efectiva, le ha de ser común.

b') Otra manifestación de acumulación impropia tal vez pueda deducirse de la reserva excepcional que se hace de lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley Hipotecaria por el 166 de la de Enjuiciamiento, implícitamente reiterada para el caso de suspensión de pagos, como hemos visto, por el párrafo cuarto del artículo 9 de la ley especial. Porque si, como ésta establece y según se vio, no son acumulables tampoco a estos procesos universales los ejecutivos en que sólo se persigan bienes hipotecados, salvo la apuntada excepción, quiere decirse que, cuando en éstos se persigan conjuntamente bienes hipotecados y otros que no lo estén, por imperativo de los artículos 1.173 y 1.379, la acumulación tendrá efecto parcialmente. Es decir, en lo que afecte a la persecución de los bienes no hipotecados. Absorción procesal, en parte, que, derogando para este supuesto el principio de total e incondicional sometimiento de los procesos acumulados a decisión y ejecución únicas, implicará una impropiedad acumulativa, dado que el proceso parcialmente acumulado no ha de empecer a que se continúe actuando en él con absoluta independencia, autonomía y desconexión, respecto del universal, en cuanto se relaciona y refiere a la persecución de esos bienes hipotecados.

Téngase en cuenta que el privilegio específicamente establecido a favor del acreedor hipotecario, a pesar del carácter restrictivo con que ha de interpretarse toda norma de excepción, ha sido analógicamente aplicado a otros supuestos por la jurisprudencia, como se ve en la sentencia de 22 de enero de 1917, declarativa de que si en el ejecutivo se persiguen bienes de un quebrado afectos al pago de capital y pensiones enfitéuticas y el título del ejecutante está inscrito en el Registro de la Propiedad, ha de estimarse aplicable al caso, siquiera por analogía, lo dispuesto en el artículo 166.

c') La tercera variante puede estar constituida por la acumulación que se produce en los procesos sucesorios de abintestato y testamentaria. Impropiedad que aquí deriva de la auténtica naturaleza de esta clase de actuaciones, ya que, en puridad, creemos que no constituyen una propia modalidad de ejecuciones universales, sino que, simplemente, tienen con los procesos de este tipo de común la mera liquidación de un patrimonio, aparte la irregularidad, que es también aplicable al concurso y la quiebra, de autorizarse una acumulación, no sólo de

procesos de ejecución, sino también de cualquiera otra clase, declarativa o cognitoria.

Sería de desear tener ahora tiempo suficiente para precisar la auténtica naturaleza del proceso de adjudicación de bienes, que constituye la finalidad de toda testamentaria o abintestato, sobre todo cuando, incluso, llega a ponerse en tela de juicio su entidad de proceso, ya que no pocos autores le atribuyen mero carácter de actos de jurisdicción voluntaria.

Significado autor, como Guasp (64), lo considera como un auténtico proceso, que donomina de distribución de un patrimonio, señalando que tiene con los procesos universales la afinidad de recaer sobre la totalidad del patrimonio de una persona y, por consiguiente, la índole universal.

Pero parece como si, dentro de aquella finalidad distributiva común, debiéramos ahondar más para encontrar la típica fisonomía de estas actuaciones. El objeto material del proceso, a nuestro juicio, no es bastante para obtener la calificación específica del mismo, siendo más bien el modo especial como a esa distribución se llegue, en éste y en otros procesos universales, para indagar si por identidad de aquél, el proceso puede ser de la misma naturaleza. Es decir, que, ponderando la fisonomía de cada pretensión, quizá se conozca mejor la verdadera razón de ser y específica finalidad de cada tipo procesal de distribución o liquidación, para lograr su plena aglutinación.

Es cierto que en la testamentaria o en el abintestato —y, desde ahora, siempre que aludamos a uno de estos procesos, se habrá de considerar aludido el otro—, se persigue la distribución o reparto de toda una universalidad de bienes; la liquidación y reparto, entre una pluralidad de interesados, de toda la herencia. Y aunque con ello, en términos de la mayor generalidad, se satisface el derecho de cada uno de aquéllos y, conjuntamente, el de todos, nunca puede decirse que en todo caso la universalidad corresponda a un mismo origen de los derechos en conjunción, ni que esa liquidación y distribución sea la verdadera sustancia procesal de la actuación referida.

En efecto, en la testamentaria, aun no interviniendo acreedores, o inexistiendo deudas, por mínimas que éstas sean, los herederos hacen distribuir el patrimonio para verificar su reparto en especie normalmente, o sea, adjudicándose en pago de sus haberes determinadas cosas o derechos. No hay plena ejecución en el propio sentido procesal, porque la característica transformativa de la cosa embargada, la enajenación precisa en los ejecutivos (singulares o generales) para obtener metálico con el que hacer pago a los que tienen acreditado derecho al reparto, no tiene lugar en estos procesos sucesorios. Lo que verdaderamente se opera y que, exactamente, corresponde a lo, más o menos directamente, pretendido por todos, es la subrogación personal de los adjudicatarios en la titularidad vacante de los bienes, sin que, como

---

(64) Obra citada, página 1224.

regla general, se haya de producir necesariamente la realización material de aquéllos para pago a los partícipes. Por eso el efecto es el que el mismo autor señala, cuando dice (65) que así se consigue una importante eficacia material, en cuanto que se practica la división de los bienes de la herencia. El estado de indivisión preexistente al proceso —explica— se convierte en otro por el que se traspasan a cada heredero los bienes que singularmente le correspondan.

Podríamos, entonces, significar cómo el proceso sucesorio se diferencia del de ejecución universal en que, mientras en el segundo, como en el ejecutivo singular, se produce la transformación de cosa en dinero para pagar con éste los créditos concurrentes, en aquél se transforma simplemente una situación jurídica. La misma Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce que no es totalmente un proceso de ejecución universal en el tratamiento que da a la acumulación, pues mientras ésta viene obligatoriamente impuesta para el concurso y la quiebra (artículos 1.173 y 1.379), se concibe en la testamentaria y en el abintestato como mera potestad de las partes (artículo 1.004).

Por ello pensamos que únicamente podrían indentificarse mejor estos procesos sucesorios con los ejecutivos en el caso de que se promovieran los primeros con carácter voluntario por los acreedores del causante o de la misma herencia, como se prevé, incluso, para declarar a ésta en concurso o quiebra en el artículo 1.053 de la Ley, ya que en tal caso la pretensión no se encamina, como auténtica finalidad procesal, propia de su naturaleza típica, a la adjudicación de bienes —en el sentido visto de sustitución de titularidades o de cesación de una comunidad—, sino a la realización de bienes precisa para satisfacer el crédito de quien acciona (66). Si en un caso —testamentaria y abintestato— la finalidad de la pretensión es hacer cesar la indivisión, distribuyendo y repartiendo un patrimonio entre quienes suceden al titular que falta, con adjudicación de los bienes en su misma entidad y especie, en el de testamentaria promovida, como el abintestato, por uno o más acreedores, sólo se aspira —porque a otra cosa no puede aspirarse por falta de acción de los promotores— a la efectividad, con liquidación patrimonial en lo preciso, del crédito base (67).

---

(65) Obra citada, página 1231.

(66) Por esta especial característica quizá sea por lo que el artículo 1.093 —distinguiendo perfectamente el papel desempeñado por los herederos como pretendores, y el aislado, no pluripersonalizado ni fundido, de los acreedores—, dispone que, cuando se haya promovido el juicio a instancia de uno o más acreedores, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción.

(67) La sentencia de 27 de mayo de 1913 dijo que la facultad concedida a los acreedores por el número 4.º del artículo 1.038 de la L. e. c. no les autoriza para solicitar la nulidad de una declaración de herederos abintestato anterior, pues sólo a los herederos testamentarios o abintestato corresponde dicha acción.

En general, entendemos que los acreedores no pueden actuar ni tener otras facultades en estos procesos que las mismas que se les atribuyen en la partición extrajudicial o en la división de las cosas comunes, que pusimos de relieve en

Consideramos, pues, que solamente con impropiedad puede pensarse, con la Ley de Enjuiciamiento, en la acumulación de ejecuciones singulares y de pretensiones no ejecutivas al proceso sucesorio calificando a éste de ejecutivo universal con naturaleza procesal que quizá sólo en el caso referido de promoción voluntaria por los acreedores podría tener.

Por lo demás, hay que decir que esta acumulación resulta impuesta por el artículo 1.003 de la L. E. C., a cuyo tenor, para los efectos de la causa 4.ª del artículo 161, se declaran acumulables a estos juicios y a los de testamentaria: 1.º Los pleitos ejecutivos incoados contra el finado antes de su fallecimiento, con la excepción establecida en el artículo 166. 2.º Las demandas ordinarias por acción personal, pendientes en primera instancia contra el finado. 3.º Los pleitos incoados contra el mismo por acción real que se hallen en primera instancia, cuando no se sigan en el Juzgado del lugar en que esté sita la cosa inmueble, o donde se hubiere hallado la mueble sobre la que se litigue. 4.º Todas las demandas ordinarias y ejecutivas que se deduzcan contra los herederos del difunto o sus bienes después de prevenido al *ab intestato*, con la excepción antes indicada del artículo 166" (68).

d') Otra posible variante de acumulación impropia, dentro del proceso sucesorio, aparentemente se encontraría en lo que cabría denominar acumulación de procesos acumulados, producible con verdadera rareza en el supuesto del artículo 1.053 de la misma L. E. C., cuando dispone que las "testamentarias podrán ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra, en los casos en que así proceda respecto a los particulares, y si lo fueren, se sujetarán a los procedimientos de estos juicios". Porque, entonces, si al proceso de testamentaria universal se habían acumulado otros, ejecutivos o no, como consecuencia de lo que dispone el 1.003, al promoverse el concurso o quiebra de aquella, siendo imperativa la acumulación a éste de todas las actuaciones, se refundirían en una multitud de pretensiones ya actualizadas.

Sin embargo, no es esto lo que, a nuestro juicio, se significa por tal precepto. Porque, efectivamente, en tal supuesto así habría que proceder, pues, como dice Manresa (69), hecha la declaración de concurso o de quiebra, cesará el juicio de testamentaria o el de *abintestato* en el estado en que se halle y desde allí en adelante se acomodará la sustanciación a las reglas establecidas para los concursos

---

nuestro trabajo "El proceso de disolución de la comunidad", en Rev. de Der. Procesal, número 2 de 1960.

(68) Señalemos que esta posibilidad, explícitamente admitida en el último número de este artículo, al aludir a "demandas... ejecutivas que se deduzcan contra los herederos", es un argumento muy decisivo para robustecer la tesis por nosotros recientemente mantenida de ser posible dirigir, contra los que lo sean del aceptante de una letra de cambio, la acción ejecutiva que, en vida, pudo enfrentarse a éste. (Vid. mi trabajo "¿Es viable la acción ejecutiva contra los herederos del aceptante?", en Rev. de Derecho Español y Americano, abril-junio 1967.)

(69) Obra citada, tomo V, páginas 24 y 25.

o las quiebras, según el caso. Pero, pese a todo, no creemos que el fenómeno pueda considerarse como el de una legal transformación procesal de la testamentaria ni, en puridad, dar lugar a una acumulación, más o menos propia, de procesos universales. Pensemos que lo que el artículo en cuestión prevé es la mera posibilidad de que la testamentaria, la herencia —no el proceso engendrado por ella— sea objeto de concurso o quiebra, lo mismo que pudo serlo el causante de ella en vida. Es decir, que, llegado el supuesto, las testamentarias, como el artículo dice “se sujetarán a los procedimientos de estos juicios”, o sea, que las normas de ellos le son aplicables como en el caso de concurso o quiebra de cualquier persona física.

La Ley de Enjuiciamiento aquí se preocupa solamente de determinar la plena legitimación pasiva de la herencia para ser concursada o quebrada; no de anular, por ello, la autonomía o individualidad de un proceso testamentario. Por ello, entendemos que, llegado el trance, aun habiéndose promovido previamente un proceso universal de testamentaria o abintestato, el impacto de la declaración de concurso o quiebra afectante a la herencia en división, no debe ser otro que el de dejar sin efecto toda adjudicación a herederos o legatarios hasta que la quiebra o concurso hayan terminado por pago a los acreedores de la herencia, conforme, con carácter general, se dispone por el artículo 1.093, pudiendo, en consecuencia, tras de esta inevitable crisis procesal, reanudarse la marcha del proceso sucesorio que al efecto debe conservar su plena autonomía e independencia.

e' Por último, hemos de referirnos a algún supuesto de acumulación impropia que se integra por la que llamamos acumulación de procesos universales. Porque hay que ponderar el caso de que, por la circunstancia de encontrarse en tramitación, no sólo procesos ejecutivos singulares, sino universales, de concurso, quiebra o testamentaria, se puede producir la acumulación referida.

Si la finalidad de toda acumulación era la de simplificar el trámite, someter las ejecuciones simultáneas a una misma decisión y liquidar en los procesos universales todo el patrimonio y, como efecto práctico determinado por la misma, la absorción de uno por otro proceso, es evidente que, enfrentándose ante una acumulación, por ejemplo, un proceso de testamentaria y el de concurso o quiebra, teniendo ambos para la Ley idéntica fuerza de atracción, no será ya el puro principio de universalidad de la ejecución el que deba privar para acumularlos.

Para resolver el conflicto creemos que si ambos procesos son de naturaleza ejecutiva (por ejemplo, dos de concurso o dos de quiebra), ha de regir con carácter general el principio de prioridad, y el más antiguo absorberá al más moderno, entre otras razones por ser de presumir que, generalmente, será aquél el que se encuentre en trámite más avanzado. Así está decidido por los fallos del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1889, 27 de junio de 1891 y 28 de agosto de 1893. Pero estas sentencias, cuya aplicación determinaría la prefe-

rencia de cualquier proceso de testamentaria respecto del más moderno de concurso o quiebra, tan sólo deberán aplicarse al caso de dos procesos de inequívoca naturaleza ejecutiva que se hallen en conflicto. No cuando con el concurso o quiebra se conjugue el testamento en sí, es decir, cuando, como vimos, más que de liquidación y realización de bienes entre muchos interesados (caso de contienda exclusiva entre herederos, que es el más común), más que de ejecución, en el sentido propio y procesal, se trate de poner fin a la indivisión de un patrimonio, sin efectiva realización. De suerte que la solución más procedente en orden a determinar preferencias en la acumulación, será la de decidir solamente la preferencia de la testamentaria sólo en el supuesto de que la misma fuera instada por los acreedores, considerando en los restantes eventos preferente al concurso y a la quiebra, aunque éstos sean de iniciación más reciente.

Nos fundamos para ello: 1.º, en la no preferencia temporal asignable a los juicios más antiguos, que se aprecia en el número 3.º del artículo 161 de la Ley; 2.º, en la interpretación que la doctrina viene dando al artículo 1.053 de la misma, antes examinado; 3.º, en la imperatividad que resulta de su artículo 1.173, para que, de oficio y sin excepción de ninguna clase, se acuerde la acumulación de cualquier proceso pendiente —y, consiguientemente, más antiguo— al de concurso y, por remisión legal, al de quiebra; 4.º, porque, contrariamente, la acumulación a los procesos testamentarios es meramente potestativa, según se deduce del artículo 1.004 de la misma Ley mencionando a las personas que “pueden” pedir aquélla, sin que la acumulación resulte, por tanto, impuesta al Juez al prevenir el juicio.

C. *Procedimiento para la acumulación.*—Con bastante sistemática se contienen en la L. E. C. las reglas precisas para llevar a cabo la acumulación de autos que, dada la distinción que anteriormente hemos hecho, convendrá examinar separadamente:

a) *Ejecución singular.*—Rigen las normas de los artículos 160 y siguientes. Ya dijimos que es procedente llevar a cabo la acumulación cuando se solicita por cualquiera de las partes en los procesos que se ventilan en un mismo o en diferentes Juzgados, siendo eficiente cuando se solicite antes de que en los procesos ejecutivos se hubiere hecho pago al acreedor o acreditado la insolvencia del ejecutado (70).

Nuestra Ley, a efectos del procedimiento, distingue el caso de que los autos respecto de los que se pretende se encuentren en el mismo o en diferentes Juzgados. En el primer supuesto, el Juez común dispondrá que se haga por el Secretario relación de los autos afectados (artículo 168), con citación de las partes y audiencia de los defensores de éstas, dictándose, por fin, la resolución —auto— que proceda, y que es apelable en ambos efectos (artículos 169 y 170).

---

(70) Ya se señaló cómo esta regla del artículo 167 constituye una exención respecto de la de carácter general del 163 que prohíbe la acumulación cuando ya se haya verificado la citación para sentencia.

En el caso segundo, instada por cualquiera de las partes litigantes, con los requisitos y traslados de los artículos 172 y 173, según dispone el 174, el Juez ante quien se solicite la acumulación dictará auto declarando si la misma procede o no, y en el primer evento, en la misma resolución, mandará dirigir oficio al Juez o jueces que conozcan de los restantes procesos, acompañándoles testimonio de los antecedentes relativos a la causa por la que aquélla se solicitó y reclamándose los autos. Otorgada la acumulación, tras la audiencia de las partes del proceso reclamado y la decisión del Juez que de éstos entiende, estimándola procedente, se remitirán las actuaciones al que las hubo pedido, con emplazamiento, ante él, de las partes (artículos 176 y 177).

Si el Juez requerido deniega la acumulación, lo ha de participar al requirente en la forma señalada por el artículo 179, y este último decidirá si mantiene su pretensión acumulativa o desiste de la misma. En el primer evento, lo comunicará al requerido para que éste pueda continuar conociendo de los autos. Caso contrario, hará remisión de sus actuaciones al Juez o Tribunal superior común, conforme preceptúa el artículo 182, planteándose con ello y decidiéndose en la forma ordinaria cuestión de competencia, a cuyo efecto deberá interesar del requerido que niega la acumulación que haga idéntica remisión.

Desde que se pida la acumulación —dice el 184— quedará en suspenso la sustanciación de los pleitos a que se refiera, y no se alzarán hasta que los jueces hayan decidido o decida el superior común (artículo 185); suspensión que, para el párrafo segundo de este último artículo se entenderá, sin embargo, excepcionalmentealzada cuando se hubiere dictado alguno de los autos que, con arreglo a los artículos 173, 179 y 181, son apelables en un solo efecto, sin perjuicio de lo que proceda luego que se hubiere dictado ejecutoria a consecuencia del recurso interpuesto.

Esta regla general es lógica consecuencia del efecto sustancial de la acumulación, por ser necesario unificar el trámite, en relación con el tiempo, para que haya lugar a la verificación de aquél establecida en el artículo 186: que los autos acumulados se prosigan en un solo juicio y sean terminados por una sola sentencia, por regla general.

Y decimos que así ha de ocurrir por regla general puesto que ello es referible a la acumulación que hemos examinado como propia, dentro de la llamada ejecución singular, ya que no ocurre en la impropia, así llamada por nosotros porque se verifica sin posibilidad temporal de sometimiento a una misma decisión en el caso de que, al amparo del precepto excepcional del artículo 167, se solicite y produzca después de haberse dictado sentencia de remate, y, que por lo mismo, denominamos acumulación de *ejecuciones*, tanto cuando aquélla se inste estando ambos procesos sentenciados como cuando, al que ya dispone de sentencia de remate, se acumule otro en fase procesal menos avanzada, o viceversa, puesto que esto no ha de ser obstáculo para la acumulación.

Pero esta disparidad en el trámite de las actuaciones acumuladas plantea la siguiente interrogante: ¿Precisará que todas las decisiones recaídas en los procesos que se fusionan hayan mandado seguir adelante la ejecución? Para nosotros, la acumulación no ha de afectar, en principio, al fondo de las cuestiones ejecutivas debatidas en los procesos que se acumulan. De ahí que podrá llevarse a cabo, cuando sea procedente, sin perjuicio de que, al decidir en común para todas ellas o al operar sobre las ejecuciones que se acumulen, pueda decidirse en sentido favorable respecto de una o más de las que se hayan sustanciado con independencia y se rechacen las restantes, sin que por ello se entiendan desacumulados los procesos cuyo final no puede ser idéntico.

Podrá darse, finalmente, el caso de que, estimando el Juez requerido que procede la acumulación, entienda que, empero, debe hacerse en el proceso de que él viene conociendo. En tal supuesto, dice el artículo 180 que el Juez requirente dará vista, por tres días improrrogables, a la parte que hubiere pedido la acumulación, y, evacuada la vista o recogidos los autos, dictará la resolución que estime procedente. En caso de no acceder a ello se producirá el mismo estado de conflicto y deberá actuarse realizando idéntica remisión de actuaciones al superior común. Porque, como dijo la sentencia de 5 de julio de 1926, siendo en puridad, la acumulación una cuestión de competencia, que es de derecho público procesal, no puede tener eficacia sino la resolución del superior o el asenso unánime de todos los litigantes interesados. Decisiones superiores que se exigen por la necesidad de determinar el Juez o Tribunal que debe asumir el conocimiento de los procesos, conforme a las reglas precisas que la ley fija para conservar la unidad del procedimiento (sentencia de 27 de enero de 1945), no siendo en consecuencia aplicables a esta situación procesal los criterios legales que, normalmente, y sin esa acumulación, podrían atribuir la competencia a distintos Jueces o Tribunales (fallo de 26 de noviembre de 1943).

La lectura de esta última sentencia nos plantea una cuestión importante. Hace referencia al caso de que, sustanciándose un proceso ejecutivo en que, no habiéndose oportunamente excepcionando la incompetencia de jurisdicción —por ejemplo, por mediar un pacto de sumisión expresa a Juez distinto— se inste la acumulación a otro sustanciado ante el mismo Juez al que las partes se sometieron expresamente, y, en trance de acumulación, se niegue la que el primero pretenda con base en que, procediendo, desde luego, acumular, deberá verificarse aquélla, pero trayendo dicho proceso a este otro, aduciendo que, efectivamente, el competente no es el Juez ante quien se sustancian los autos, pese al pacto de sumisión, sino el que, por el pacto, debe entender de ambos. Creemos —y así lo abona la jurisprudencia— que una cosa es la competencia para entender de un proceso y otra para acumular los preexistentes, debiendo determinarse una y otra por reglas específicas dispares. Así, no excepcionada en su momento procesal oportuno la incompetencia de un Juez, no ha de ser correcto aprovechar la acumu-

lación para, remediando la omisión anterior, aducir un tema cuya posibilidad de planteamiento había precluido. La Ley, con independencia de la inicial competencia para entender de cada proceso, marca reglas precisas para decidir sobre la concreta acumulación, y ésta, necesariamente y con total abstracción de aquélla, ha de decidirse. A efectos de la absorción de actuaciones que toda acumulación produce, a favor del Juez que conoce del proceso más antiguo. Así se dispone incondicionalmente por el párrafo segundo del artículo 171, que no consiente más excepción que la determinada por el influjo atrayente a los juicios universales de los procesos singulares. Tal resulta, además de las sentencias de 27 de junio de 1891 y 26 de noviembre de 1943, de la de 29 de noviembre de 1921 que, elocuentemente, explica que a las disposiciones establecidas a fin de acumular los autos ceden las normas ordinarias de competencia, contra lo que supone la parte actora, fundada en el texto del artículo 183, el cual se limita a ordenar que las actuaciones sucesivas del incidente —a partir de la remesa al superior que haya de decidir— se acomodarán a lo prevenido para las competencias, sin audiencia del Ministerio público; de donde sólo se deduce que han de ser observados los trámites de forma prescritos al efecto, y por consiguiente que en el caso actual no cabe otorgar valor a la sumisión pactada en el contrato, ya que ello implicaría la indebida aplicación preferente de aquellas normas, en perjuicio de una solicitud amparada por la ley.

El impacto de toda acumulación de autos en los procesos a que afecte es el de un motivo de crisis del proceso, pues, como dijo Plaza (71), la misma determina una modificación de los efectos actuales del mismo, en orden a la comparecencia, a los presupuestos y aun al régimen del proceso mismo, que ha de ser uno y común para los acumulados.

Otra especialidad procedimental, ciertamente excluida de estas reglas generales de acumulación, se produce en el supuesto de la que, habiéndola llamado nosotros aquí acumulación de ejecuciones —en orden al procedimiento y en función de su específico y singular efecto— implica una acumulación que, más bien, constituye una ejecución excluyente de la principal.

Es el caso de la producida por el juego de la tercería de mejor derecho, de la que, prácticamente, todo quedó dicho al referirnos a tal modalidad de intervención. En efecto, interpuesta una tercería —aunque sea de dominio—, por lo que se relaciona con el procedimiento, ni los diferentes procesos así relacionados (no acumulados) se paralizan como, por regla general, es obligado hasta que pueda decidirse sobre la acumulación, ni ambos se someten a un mismo trámite y decisión. No es, pues, que exista comunión en el procedimiento y en su resolución, sino que, discurriendo ambos procesos por un *iter* procedimental siempre separado, autónomo y distinto —para uno, rigiendo el rito

---

(71) Obra citada, tomo I, pág. 401.

ejecutivo, en tanto para la tercería el del declarativo que corresponda—, sólo podrá producirse acumulación ejecutiva en cuanto las respectivas pretensiones objeto de aquéllos sean compatibles entre sí.

Porque la inserción, proyección o, si se quiere, aunque sólo en términos muy amplios, la acumulación que se postula no corresponde más que a la idea de que, antes de que el ejecutante realice su derecho, se efectivice íntegramente el del tercerista. A éste no le interesa impugnar la pretensión de aquél ni discutir el derecho ajeno, sino, tan sólo, anteponer el propio solicitando declaración de su preferencia. Entonces, la acumulación de ejecuciones cobra realidad en el supuesto de que, con los bienes realizados o realizables, haya bastante para hacer efectivas las dos ejecuciones procesalmente concurrentes. No en caso de insuficiencia, pues, entonces, el efecto de esa preferencia declarada será la imposibilidad de practicar cualquiera otra actuación procesal con finalidad de ejecución efectiva del crédito del *primus petitor*.

Sólo, pues, en lo afectante al procedimiento, porque *ab initio* se desconoce esa aducida preferencia y la compatibilidad de las ejecuciones—más encontradas que concurrentes—, por lo mismo es por lo que la ejecución principal hasta entonces ha de paralizarse, conforme al artículo 1.536 y por lo que a la tercería de mejor derecho se refiere, antes de llegar el momento de hacer pago al ejecutante, por más que los bienes afectados por la ejecución ya hubieren sido rematados y consignado su importe.

Conocida la compatibilidad de las ejecuciones concurrentes, para el futuro el efecto procedimental es, efectivamente, el de la acumulación, pero, por lo dicho, de ejecuciones —la de la primitiva sentencia de remate y de la declarativa de preferencia que se ejecuta por inserción—, hasta que ambas queden totalmente realizadas.

De todos modos, la especial significación y proyección en el proceso ejecutivo de la tercería de mejor derecho, puede plantear en la práctica un fenómeno curioso, determinado por la concurrencia de más de una tercería de esta especie, que nosotros, por sus efectos, consideramos como un auténtico, aunque reducido, concurso de acreedores. Aludíamos a ello en ocasión anterior (72), examinando la prohibición del artículo 1.538 para una segunda tercería (73), y significábamos que, al tener, por la literalidad del precepto, que calificarse de tal la promovida por el mismo tercerista —porque el concepto “segunda tercería” supone tan sólo un sentido de repetición por la misma persona—, no pudiendo, naturalmente, suponer que no sean admisibles en un mismo proceso de ejecución segunda, tercera y todas las tercerías imaginables si los actores en cada una de ellas son distintos de los que lo fueron en la primera. No hay obstáculo legal alguno —decíamos— para que cada acreedor, por su parte, y con absoluta independen-

(72) En “El llamado juicio...”, tomo II, págs. 336 y siguientes.

(73) “No se permitirá en ningún caso segunda tercería, ya sea de dominio, ya de preferencia, que se funde en títulos o derechos que poscyera el que la interponga al tiempo de formular la primera.”

cia de los demás ejercite su tercería, debiendo, entonces, admitirse la pretensión a trámite, sustanciarse la incidencia y, hasta ulteriormente, prosperar.

Por esto, si todas y cada una de esas tercerías, en su indiscutible autonomía y tratamiento procedimental separado, persiguen como común designio proyectar, cada una, por su parte y en diferentes momentos —aunque siempre antes de que el pago se hubiere hecho al acreedor ejecutante—, en un mismo proceso ejecutivo para posponer el crédito de quién lo promovió al que se tiene por preferente, será preciso, procesalmente, establecer, en definitiva y a los efectos de hacer pago a esos acreedores, así devenidos preferentes en su singularidad, la preferencia entre sí, de los diversos créditos enfrentados, puesto que todos lo son respecto del que tiene el ejecutante.

En nuestra citada obra exponíamos posibles soluciones, no aceptables, en definitiva, por impedimentos legales prácticamente insuperables, como era el de una acumulación de autos no autorizada más que cuando parte legítima la pida, o, de oficio, en casos no aplicables al contemplado ni siquiera analógicamente, y, a la vista de ello, que lo único aceptable en la práctica sería considerar planteado un simple incidente en ejecución de sentencia, como efecto práctico de “un pequeño concurso de acreedores, eventualidad no prevista por la Ley, pero prácticamente posible, en que el Juez ha de ponderar, dada la índole de la pretensión respectiva y su común proyección en un mismo apremio, quién, entre todos, debe cobrar primero, porque, indiscutiblemente, aunque cada acreedor tiene un absoluto y aislado derecho a la efectividad de su crédito y hasta a la preferencia, es necesario coordinar cada interés con los demás interconcurrentes, y, ante este evento, el Juez tendrá necesidad de resolver de algún modo” (74).

En ese incidente en ejecución, se daría una posibilidad a cada tercerista de oponerse y contradecir la ejecución contraria que trata de excluir la propia; oposición admitida, con carácter general por la doctrina (75), con base en que si la sentencia no puede perjudicar directamente al tercero, aunque resuelva sobre una relación jurídica incompatible con la del mismo, por no tener frente a él autoridad de cosa juzgada, ni estar el tercero relacionado con ninguna de las partes, aquél podrá siempre promover el oportuno proceso, como si la sentencia no existiera, para que se declare a su favor la relación que en el juicio anterior se reconociera a favor de una de las partes.

Amparan, aun indirectamente, está posibilidad los fallos del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1900 y 15 de abril de 1903, para los que corresponde al juzgador en ejecución de sentencia decidir si la entrega de la cosa es o no posible, y, concretamente, el de 7 de octubre de 1898, según el que, cuando sobre un mismo asunto existen

---

(74) Obra y tomo citados, pág. 339.

(75) Gimeno Gamarra: “La oposición de tercero a la sentencia y a la ejecución en el Derecho español”, *Rev. Der. Priv.*, abril 1950, pág. 328.

dos sentencias contradictorias, debe suspenderse su cumplimiento hasta que se decida el conflicto.

La definitiva preferencia habrá de decidirse considerando que lo que juega no debe ser la fecha del crédito ni su posible mayor rango o privilegio, sino que, en trance de concurrir esas sentencias enfrentadas, deberá estarse a la regla del artículo 1.924 del Código Civil, según la cual los créditos que consten de ellas —como los documentados en escritura pública— tendrán preferencia entre sí por el orden de las fechas de las referidas sentencias, aunque con la templanza y condicionamiento que, para determinados supuestos, señalábamos en ocasión anterior (76).

Hecha esta digresión, por último, digamos que hay que estar a lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley Hipotecaria, como excepción a la prohibición de acumular procesos ejecutivos en los que sólo se persigan bienes hipotecados, a que aludíamos anteriormente para significar que el procedimiento aquí establecido, *mutatis mutandi*, es aplicable cuando intervenga un tercero basándose también en título inscrito en el Registro de la Propiedad, en que la acumulación será posible, o bien que la misma tendrá lugar a propósito de esos otros bienes no hipotecados que conjuntamente se persigan con los que lo estén.

b) *Ejecución universal*.—Limitándonos a señalar a grandes rasgos el procedimiento de acumulación en ella, convendrá aludir a los procesos concursal, de quiebra y sucesorios (testamentaria y abintestato).

En relación con el primero, la acumulación ha de acordarse de oficio y desde un primer momento. Así resulta del número 3.º del artículo 1.173 de la L. E. C., que la manda hacer al Juez en el mismo auto en que se haga la declaración de concurso, sin más excepción nuevamente consignada en este pasaje que la del artículo 166, a propósito de la persecución exclusiva de bienes hipotecados, por supuesto con la contraexcepción del artículo 127 de la Ley Hipotecaria.

Relacionando aquel artículo con el 1.187 de la propia Ley procesal, tanto se acumularán las ejecuciones todas, en el sentido más amplio que, en su lugar, dábamos a esta expresión, como otras actuaciones no ejecutivas (actuaciones y pleitos), incluso ordinarios, declarativos o cognitorios, dada la remisión que en el último artículo citado se hace al 1.003 de la propia Ley.

Observemos, sin embargo, con las sentencias de 24 de junio de 1898, 17 de febrero de 1915, 11 de diciembre de 1925, 27 de enero de 1953 y 5 de octubre de 1954, que ni a la quiebra ni al concurso son acumulables los procesos que se encuentren en ejecución de sentencia firme, aunque ésta pueda afectar a los sujetos a aquellos procedimientos.

Esta atracción de los procesos singulares a los de carácter universal es tan absoluta que, para el fallo de 17 de febrero de 1926, procede

---

(76) 'En nuestro "Embargo y mejor derecho", Rev. de Der. Procesal, número 3 de 1961, págs. 63 a 95.

incluso respecto del ejecutivo que se seguía contra el concursado, como avalista de unas letras de cambio, y otra persona en concepto de deudor principal, sin que sirva de obstáculo que sean dos los ejecutados y uno sólo el concursado, dada la responsabilidad del aval concebido en términos generales.

Advirtamos que la acumulación procedente, dada la remisión aludida al artículo 1.003, no tiene el carácter imperativo deducible de la mandada hacer en el 1.173, puesto que en el 1.187, que a aquél remite, se condiciona a que sea solicitada por el depositario-administrador o los Síndicos, y, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1932 hace derivar el derecho del Juzgado a acordar la acumulación desde que sea firme el auto haciendo la declaración del concurso.

Entonces, por esa no obligatoriedad de acumulación en este caso, cabe preguntar qué ocurrirá con esos procesos no necesariamente acumulables. Evidentemente, parece que, dada la principalidad del proceso universal, al no producirse la acumulación, las actuaciones o ejecuciones no acumuladas seguirían su curso independientemente sin afectarse por el concurso, salvo en su sometimiento a la preferencia ejecutiva que han de tener las resoluciones que en éste último recaigan. En este sentido, dado el perjuicio que a los acreedores en los procesos no acumulados puede producir su no inserción en el concurso, entendemos que el artículo 1.187 no puede derogar las disposiciones generales de la sección segunda, título IV, libro I de la Ley, y que, en consecuencia, ha de quedar en pleno vigor el artículo 160 que, sin restricción ni excepción alguna, faculta a quien sea parte legítima en cualquiera de los procesos acumulables a instar la acumulación a los procesos universales, puesto que, aun no siendo aquéllos ejecutivos, quedan comprendidos a estos efectos en el artículo 1.003, en relación con el 1.187. Ello será lo más frecuente, puesto que es deducible de la Ley cuando toma en cuenta, para determinar la graduación y preferencia de los créditos, incluso a los que resultaren de sentencia firme, por cierto para respetar la que se deduzca de ésta, toda vez que, según el artículo 1.256, no podrán ser sometidos a discusión los créditos respecto de los cuales hubiese recaído sentencia firme de remate en los juicios ejecutivos acumulados al concurso (77).

No obstante esta norma general, entendemos que tal vez pueda perderse la preferencia dicha cuando el ejecutante singular hubiera descuidado el acreditamiento de su crédito o instado la acumulación en sazón, dado que el artículo 1.279 de la Ley, cuando determina los efectos de la mora de los acreedores, sin hacer distinción alguna entre éstos, incluye en su número 2.º la pérdida de cualquier prelación que pueda corresponderle, quedando reducido a la clase de acreedor

---

(77) Dice su párrafo segundo que "estos créditos se tendrá por reconocidos, aunque sin variar de naturaleza para el efecto de su graduación, y sin perjuicio del derecho de los síndicos para impugnarlos en el juicio declarativo que corresponda según su cuantía".

común si comparece después de celebrada la junta de graduación. Esta determinación la encontramos justificada por la absorción que se produce del proceso singular y el sometimiento del mismo a los efectos y decisiones del universal.

Verificada la acumulación, a partir del momento procesal en que tenga lugar, los acreedores en el proceso acumulado tienen todos los derechos, acciones y obligaciones que correspondan, sustantiva y procesalmente, a cualquier acreedor que sea parte en el concurso. Por ejemplo, el que se le pague el crédito por el orden establecido en dicha junta de graduación (artículo 1.286); percibir el correspondiente dividendo, si se trata de acreedor común (artículo 1.290); personarse en la pieza de calificación del concurso (artículo 1.299); intervenir en el convenio (artículo 1.303), etc.

Como trámite común de la acumulación al concurso de acreedores, quiebra, testamentaria y abintestato —a la vista de las remisiones legales que han sido y serán aquí aludidas—, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 1.186 de la Ley, que, como en el supuesto general de la acumulación reglada por la sección segunda, título IV, del libro I, al evento de que los procesos radiquen en el mismo Juzgado o en otro diferente y con la misma posibilidad de abocar la incidencia a una cuestión competencial, decidible en la forma ordinaria (78).

Por lo que respecta al procedimiento acumulativo a seguir en el *proceso de quiebra*, hay que señalar lo que dispone el artículo 1.379 de la L. E. C., que, con riguroso carácter general, preceptúa que “la acumulación al juicio de quiebra de los pleitos pendientes o que se promuevan contra la masa, se acomodará a las reglas establecidas para este caso en el juicio de concurso”. Cuanto va dicho, entonces, respecto del modo de proceder en el proceso concursal para acumular otros singulares, de cualquier clase que sean, será rigurosamente apli-

---

(78) Dice el artículo 1.186 que “para llevar a efecto la acumulación ordenada en la disposición 3.ª del art. 1.173 se observará lo siguiente: 1.º Si los autos ejecutivos radicaren en la misma Escribanía del concurso, el juez mandará al actuario que los acumule al juicio universal, poniendo en ellos testimonio de la providencia y citando al ejecutante para que comparezca en este juicio a hacer uso de su derecho. 2.º Si radicasen en otras Escribanías del mismo Juzgado, mandará al actuario que requiera a sus compañeros con testimonio de la providencia, a fin de que le entreguen los autos para acumularlos al concurso, citando también a los ejecutantes con el objeto antedicho. 3.º En ambos casos, si el ejecutante se opusiere a la acumulación, pedirá, en los autos ejecutivos, dentro de tercero día, reposición de la providencia en que se haya mandado, y oyendo al depositario administrador del concurso por otros tres días, para lo cual se le entregarán los autos, resolverá el juez lo que estime procedente, siendo apelable esta resolución en ambos efectos. 4.º Si las ejecuciones pendieren en otros Juzgados, el juez, remitiendo el testimonio del auto de la declaración de concurso y demás que estime necesario, les oficiará reclamándoles los autos para acumularlos al juicio universal.

En este caso se procederá en la forma ordenada por los artículos 175 y siguientes; y si el juez requerido denegase la acumulación, se formará pieza separada del concurso, con testimonio de lo necesario para los procedimientos ulteriores.”

cable al que ahora examinamos y, por supuesto, el mandato acumulativo determinado por el número 3.º del artículo 1.173 y la posibilidad de instar, voluntariamente, la acumulación referida en el 1.187, en relación con el 1.003, los gestores de la quiebra.

Esta obligatoriedad resulta impuesta por nuestra jurisprudencia (por ejemplo, en las sentencias de 10 de diciembre de 1896, 12 de febrero de 1926 y 7 de diciembre de 1932), con base en que no es lícito a ningún acreedor por acción personal sustraerse a las disposiciones que en la quiebra regulan la graduación y pago de los créditos, en perjuicio de otros acreedores de igual o preferente derecho.

Significamos que, dada la literalidad del artículo 1.379 de la Ley, la acumulación, así devenida obligatoria, será extensiva —aunque así no conste dicho para el concurso de acreedores— a cualquier reclamación, ordinaria o ejecutiva, que se produzca contra la masa, por supuesto, con posterioridad a la declaración judicial de la quiebra (79). Lo que quiere decir y producir este doble efecto: 1.º, que no parece posible que ningún acreedor con posterioridad a aquélla pueda hacer efectivo su derecho accionando fuera y con independencia del expediente de quiebra, y, 2.º, como consecuencia de esto, que, no habiéndose podido ni siquiera originariamente iniciarse actuación alguna con motivo de su pretensión, en puridad no habrá lugar a una efectiva acumulación de procesos, sino a la inserción —o, si se quiere, acumulación— de una pretensión (para la Ley, acción) a unos autos precedentes.

Señalemos también que las sentencias de 26 de marzo de 1910 y 13 de julio de 1942, cuando aluden a que *puede* decretarse de oficio la acumulación, dan a entender que la misma no está afecta a la misma necesidad del artículo 1.173 que, para el concurso, ordena al Juez que, en el mismo auto en que se haga la declaración de éste, mande hacer la acumulación, y cuya incondicional remisión por el 1.379 pondría en contradicción la mera facultad judicial deducible de aquellos fallos. Pensamos que no es interpretable así y que el hecho de expresar que “puede” practicarse la acumulación de oficio, más bien lo que hace es reforzar la necesidad legal de practicar la acumulación, impuesta para el concurso, en el proceso de quiebra, con carácter igualmente obligatorio. Lo único que se quiere significar, precisamente, es que para ello no precisa instancia de parte, como excepción a esta exigencia impuesta por el artículo 160 de la misma Ley, y al extremo de que debe acordarse por el Juez sin consideración alguna al principio dispositivo de las partes e, incluso, cuando éstas se opusieran.

---

(79) Excepción hecha de las deudas que se originen con motivo de la sustanciación de la quiebra, ya que, para la sentencia de 2 de octubre de 1953, aquellas que origina la interdicción del quebrado, en relación con la necesidad de gestionar sus intereses mientras dura el juicio, como son, entre otras, las derivadas de la custodia y conservación y administración de sus bienes y del mantenimiento de éstos en producción, en evitación de perjuicios a los acreedores, deben estimarse exceptuados.

Pero tal necesidad no tiene carácter tan absoluto que haya de afectar a los procesos ejecutivos singulares que estuvieren fuera de las previsiones generales del artículo 167, cuando limita procedimentalmente la acumulación a los en que aún no se hubiera hecho pago al acreedor o acreditada la insolvencia del ejecutado. Es por ello por lo que la sentencia de 11 de julio de 1927 declaró que, a pesar de lo dispuesto en los artículos 1173 y 161 de la Ley adjetiva, cuando está ya ejecutándose la sentencia de remate del juicio ejecutivo cuya acumulación se pretende y se ha hecho ya algún pago al ejecutante, a cuenta del quebrado, no es el ejecutivo acumulable a la quiebra, conforme a la jurisprudencia, sin que tal solución sea contraria a los principios que informan dichos preceptos legales, porque la excepción confirma la regla.

Este respeto absoluto de la quiebra a las normas generales de la acumulación en el concurso se ve también en la sentencia de 27 de enero de 1953 para la cual, tratándose de procesos declarativos, es improcedente la acumulación al universal de uno de menor cuantía cuya acumulación fue ordenada después de que en él había recaído sentencia firme. Igual adaptación plena resulta de los fallos de 22 de junio de 1895 y 24 de junio de 1898, ordenando el mismo respeto a la preclusión establecida en los artículos 163 y 166 de la Ley.

Pero es de tener en cuenta, con el de 13 de julio de 1942, que precisa que las actuaciones propias de la efectividad del pago tuvieran materialmente lugar en un momento anterior a la declaración del concurso o la quiebra, sin que opere en contra la accidental circunstancia de que se recibiera por el Juez del ejecutivo posteriormente el oficio comunicándole el auto de declaración de aquél.

Por lo que respecta a aquella primera manifestación de la acumulación que llamábamos impropia dentro de estos procesos universales, constituida por la absorción de reclamaciones procesales no ejecutivas, ninguna especialidad procedimental cabe señalar distinta de la normativa general de toda acumulación. Porque si las mismas llegaron a fase de ejecución con anterioridad a poder ser acumuladas, la misma tendrá efecto en cuanto ya vimos cómo la Ley previene trámite idéntico para la absorción por los procesos universales de cualquier clase de ejecuciones, término más amplio que el de simple proceso ejecutivo, y que permite asimilarlos en todo a éste. Y en el caso de que aún no hubiere recaído sentencia firme —como se exige para las actuaciones no ejecutivas—, el sometimiento a la decisión general del concurso, quiebra o testamentaria, es incondicional y absoluto y, por supuesto, común también la fase de ejecución.

En cuanto a aquella otra variante, constituida por la posibilidad de acumular procesos ejecutivos en que, no sólo se han perseguido bienes hipotecados, sino otros que no los estén, habiéndose expuesto en lo necesario, cuando examinábamos tal evento, el precedente actuar judicial, ahora sólo resta por decir que el sentido de la jurisprudencia ha sido considerar excepcional el privilegio, al extremo de haberlo

atemperado en ciertos casos, incluso cuando sólo se perseguía aquella clase de bienes. Así resulta de la sentencia de 1.º de mayo de 1885 que declara no hallarse comprendido en el caso de excepción que para la acumulación de autos determina el artículo 166 el juicio ejecutivo por medio del cual se pretende hacer efectivo un crédito garantizado con hipoteca general, cuando las personas interesadas no utilizaron, después de publicada la nueva Ley Hipotecaria, el derecho que les correspondía para convertirla en especial. La de 22 de diciembre de 1899 dijo que se somete a la jurisdicción del Juez del concurso el acreedor hipotecario que persiga bienes de esta clase, cuando se hubiera personado y practicado gestiones en aquél.

Digamos, por fin, en cuanto al procedimiento de acumulación en los *procesos sucesorios*, que la misma se llevará a efecto previa solicitud de parte, en todo caso, teniendo el artículo 1.004 de la L. E. C. tal carácter que impide una acumulación de oficio por el Juez.

A tal efecto, se faculta para instarla, desde que se hubiera prevenido al abintestato —y, por analogía, la testamentaria—: 1.º, al Promotor Fiscal, mientras sea parte en el juicio; 2.º, al Administrador de los bienes, mientras tenga la representación del abintestato; 3.º, a los herederos o cualquiera de ellos, luego que fueren reconocidos y declarados tales por ejecutoria, y 4.º, a cualquiera otro que sea parte legítima en el juicio de abintestato.

Dada dicha naturaleza, dijo la sentencia de 24 de abril de 1893 que si la acumulación no se pidió oportunamente, la existencia del proceso no obsta a que las reclamaciones aisladas promovidas o que se promuevan, se tramiten y resuelvan separadamente.

De todas formas, esa posibilidad de pretender la acumulación se condiciona por los artículos 163, 165 y 167 de la Ley de Enjuiciamiento, cuyo respectivo contenido señala requisitos para ello, no procediendo, consiguientemente, practicarla cuando los procesos estén en trámite de citación para sentencia —salvo la excepción consagrada para los ejecutivos—, o se encuentren en diferentes instancias. En este sentido decidieron acertadamente los fallos de 28 de marzo de 1888 y 17 de junio del mismo año.

De todas las consideraciones hechas y de la propia naturaleza del proceso sucesorio, hay que deducir que la acumulación tratada no supone en el mismo el efecto específico de la institución que examinamos, constituido por el designio legal de evitar decisiones contradictorias y producir economía procesal y de tiempo. A poco que se medite, se advierte cómo no es que los procesos ejecutivos, ordinarios o de cualquier otra especie, a partir del momento en que su mal llamada acumulación se opera, se sometan todos ellos al trámite procesal que aún sea temporalmente posiblemente común al de abintestato o testamentaria.

Ya se prevé la imposibilidad de que así ocurra en el artículo 187 de la Ley, que después de decir en su párrafo primero que cuando se acumulen dos o más pleitos se suspenderá el curso del que estu-

viere más próximo a su terminación, hasta que los otros se hallen en el mismo estado, dice en el párrafo segundo que esta regla no es aplicable a las acumulaciones que se hagan a los juicios universales, a cuya tramitación se acomodarán, desde luego, los que se acumulen a ellos.

La excepción —aunque no del todo exacta— implícitamente cala en la realidad de que, lejos de seguirse un trámite común a los procesos acumulados y al universal absorbente —de imposible efectua-ción, dada su diametralmente opuesta normativa procedimental, ínsita a su dispar naturaleza jurídico-procesal—, cada proceso acumulado, ejecutivo o no, seguirá su curso, con arreglo a su específico trámite y con independencia de lo que, procedimentalmente también, continúe ocurriendo con los restantes que se atraigan al universal y en el universal mismo, hasta obtener sus respectivas sentencias definitivas. Únicamente ocurre, si acaso, que la ejecución de todas ellas —de ser ejecutables, por estimatorias, contra la masa hereditaria— se proyectará concurrentemente en la liquidación patrimonial del causante, que es la exclusiva finalidad del abintestato o de la testamentaria.

Con acierto, señala Manresa (80) que en estos casos el efecto que produce la acumulación es el de atribuir competencia exclusiva al Juez que conoce del juicio universal para conocer de esos otros juicios, ya sean ejecutivos, ya ordinarios. En realidad, tenemos que decir que, simplemente, la llamada acumulación lo que determina procesalmente es, tan sólo —aparte de esta consecuencia competencial— que los pronunciamientos de las sentencias recaíbles en cada uno de esos procesos sean tenidos en cuenta a la hora de la distribución patrimonial que constituye el designio del proceso universal. Que la posible pluralidad de acreedores de esa masa, por preexistencia de créditos contraídos frente al difunto, o de participación en la herencia, como herederos o legatarios (por oportuna disposición testamentaria o declaración judicial de tales), concurren, como en cualquier otro concurso de acreedores o quiebra, para repartirse el patrimonio relicto.

Y en esta posible acumulación de ejecuciones —de efectividad de créditos, a favor de unos y otros— habrá incluso necesidad en muchos casos de determinar como auténtico incidente en ejecución —al modo del pequeño concurso de acreedores a que aludíamos como posible consecuencia del ejercicio de varias tercerías afectantes a un mismo proceso ejecutivo—, la preferencia a virtud de la cual ha de satisfacerse el crédito de los pretenses, como herederos y acreedores, entre sí. Preferencia que, establecida legalmente a favor de los últimos, con carácter absoluto (81), tendrá que decidirse entre los acreedores

---

(80) Obra citada, tomo IV, pág. 784.

(81) El artículo 1.026 del Código civil dispone que “hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios se entenderá que se halla la herencia en administración”, y el 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento civil que “cuando se haya promovido el juicio a instancia de uno o más acree-

no herederos, caso de insuficiencia de bienes por las reglas generales de prelación de créditos de los artículos 1.921 y siguientes del Código.

Pero obsérvese, por fin, que, dada la finalidad liquidatoria de estos procesos sucesorios en que, en definitiva, no es posible ir a la adjudicación y reparto entre herederos y legatarios, sin que se hayan ido satisfaciendo las deudas del causante o de su masa hereditaria —para lo que, simplemente, los procesos ejecutivos o declarativos que se acumulen sólo significarán el acreditamiento judicial de simples partidas de cargo—, ni siquiera en esa ulterior fase ejecutiva del proceso universal cabe, en puridad, decir que pueda producirse la arriba prevista acumulación de ejecuciones —al menos por lo que respecta a herederos y acreedores—, en cuanto no es posible, por lo expuesto y legalmente establecido, con carácter específico para este juicio universal, que “concurran” con los acreedores a ejecutar sus créditos quienes, como los herederos, en todo caso han de esperar a que se determine si, efectivamente —por haber remanente en el crédito así resultado partible—, tienen algún crédito o derecho a percibir.

Este efecto, de un modo u otro, viene a reconocerse por la doctrina y de ahí que calificásemos de impropriamente ejecutivo universal al proceso sucesorio de abintestato o testamentaria. Por esta falta de concurrencia entre interesados y no sometimiento a las consecuencias legales de toda acumulación, propia o impropia, de los créditos reclamados, el mismo autor últimamente citado entiende (82) que, en caso de demora en el pago de deudas, el titular de un crédito reconocido y vencido podrá solicitar del Juez que mande al administrador judicial que lo haga efectivo, lo mismo que, quien haya vencido en un proceso reivindicatorio, conseguir idéntico mandato judicial para que la cosa reivindicada y concedida por sentencia firme o allanamiento le sea entregada sin demora por el representante de la testamentaria. Sin embargo, pensamos nosotros que en el supuesto de ser varios los acreedores —por acumulación— concurrentes, el Juez debe aguardar con prudencia, para decidir sobre esas aisladas pretensiones, a la conclusión de todos los procesos, declarativos o ejecutivos, que en el de testamentaria se hayan proyectado, para poder mejor determinar la posible preferencia de cada acreedor, sin precipitarse a satisfacer el crédito del acreedor más diligente.

---

dores, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantidos a su satisfacción”.

(82) Obra y tomo citados, págs. 785 y 786.

# Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: II. El adoptado

FRANCISCO CASTRO LUCINI  
Notario. Doctor en Derecho

SUMARIO: A) Requisitos de la adopción relativos al adoptado. a) Consentimiento del adoptado. b) Consentimiento del cónyuge del adoptado. c) Consentimiento de otras personas relacionadas con el adoptado. d) Otros posibles requisitos.—B) Requisitos especiales del adoptado en la adopción plena. e) Edades mínima y máxima para poder ser adoptado plenamente. f) Examen de los conceptos de “abandonado” y de “expósito”. g) Examen del concepto de prohijamiento. h) ¿Pueden asimilarse los ya adoptados a los prohijados, a los efectos del artículo 178, párrafo 2.º, inciso final del Código civil? i) Otras cuestiones relativas al adoptado. j) La adopción entre parientes. k) Las prohibiciones.

## A) REQUISITOS DE LA ADOPCION RELATIVOS AL ADOPTADO

En otro lugar (1) me he referido a los requisitos generales de la adopción y los que se exigen al adoptante. Ahora corresponde hacerlo respecto a los que se exigen al adoptado, tanto los comunes para ambas clases de adopción —plena y menos plena— como los especialmente exigidos en la adopción plena.

Por lo que se refiere a los requisitos exigidos al adoptado comunes para ambas clases de adopción, nuestro Código sólo exige expresamente el consentimiento del adoptado mayor de edad y el de ciertas personas relacionadas con el mismo (cónyuge, personas que deben consentir el matrimonio del adoptado menor de edad).

### a) *Consentimiento del adoptado.*

Resulta evidente la necesidad de oír al adoptado y aun de exigir su consentimiento cuando posee capacidad civil para darlo, ya que no

---

(1) Vid. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo XIX, fascículo II, abril-junio 1966, págs. 337-368.

se concibe una adopción “impuesta” (2). En este sentido, las legislaciones suelen anticipar a la mayoría de edad civil la edad a partir de la cual se exige el consentimiento del adoptado (3).

El Código civil español exige expresamente que el adoptado mayor de edad manifieste a la presencia judicial su consentimiento (art. 176, párrafo 1.º), y, evidentemente, el mismo consentimiento ha de ser prestado al otorgar la escritura de adopción (arts. 25 de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 y 193 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944), al menos, en los supuestos ordinarios.

Parece desprenderse del artículo 176 del Código civil que el consentimiento del adoptado sólo es preciso cuando tenga veintiún años cumplidos, no cuando sea menor de edad. Tal conclusión, sin embargo, no puede aceptarse sin un análisis detenido de las situaciones en casos particulares, por lo que resulta conveniente distinguir:

1.º *Adoptado mayor de edad y capaz.*—Debe prestar su consentimiento a presencia judicial y al otorgarse la escritura.

2.º *Adoptado mayor de edad incapacitado legalmente.*—Es lógico que no se pueda exigir su consentimiento cuando no está en condiciones de darlo. Todo dependerá, pues, de la clase de incapacidad. En su lugar consentirá, según el propio artículo 176, la persona que debiera dar su consentimiento para el matrimonio del incapaz (!), disposición que comentaré más adelante. Ahora basta decir que semejante persona no existe, pues una de dos: o quien contrae matrimonio está cuerdo—en un intervalo lúcido al menos—, caso en que él dará su consentimiento, o no lo está, caso en que su consentimiento no puede ser suplido por persona alguna. Por otra parte, tampoco puede interpretarse esa referencia al “consentimiento de las personas que debieran darlo para su matrimonio” como sinónima de la licencia previa, pues ésta no se precisa para el matrimonio de los mayores de edad (cfr. artículo 45 del Código civil). Con un máximo esfuerzo interpretativo pudiera entenderse que con ello quiere aludirse al consentimiento de

---

(2) Desde antiguo viene concediéndose gran valor al consentimiento del adoptado. Acerca de su posible significado en el caso singular de la “adoption testamentaria” puede verse PRÉVOST, M. H.: *Adoption d'Octave*, en Rev. Int. Droit antiq., III año, t. V, 1950.

(3) Así, es de 18 años en Grecia, 16 en Bélgica, 15 en Ecuador, 14 en Alemania, Holanda, Hungría y El Salvador, 13 en Polonia, 12 en los Países Escandinavos, varios Estados de Norteamérica, Queensland (Australia), Islandia y Venezuela, descendiendo hasta los 10 años en la U. R. S. S. y en Quebec. El Código civil italiano establece que el adoptado debe ser oído si es mayor de 12 años, que hasta los 18 el consentimiento lo da su representante legal, de los 18 a los 21 debe dar su consentimiento el adoptado y el asentimiento su representante legal, y que a partir de los 21 sólo es necesario el consentimiento del adoptado (a. 296). El Código civil suizo (art. 265) y la Ley inglesa exigen el consentimiento del adoptando cuando es capaz de discernimiento, dejando la Adoption of Children Act al juez la tarea de apreciar cuándo, teniendo en cuenta su edad y grado de inteligencia, debe participar el menor en el acto de adopción.

aquellas personas que debieran prestarlo en la hipótesis de que el mayor de edad fuese menor no emancipado por anteriores nupcias y pretendiese contraer matrimonio; conforme a esto corresponderá prestar el consentimiento para la adopción del mayor de edad incapacitado legalmente a las personas enumeradas en los artículos 46 y 47 del Código civil, sin que creamos sean de aplicación las disposiciones del artículo 49, es decir, que en ningún caso podrá llevarse a cabo la adopción del incapaz mayor de edad con licencia del Ordinario o del Presidente de la Audiencia Territorial, pues la misma sólo debe actuar como supletoria dentro de su propio ámbito circunscrito al supuesto de negativa de la licencia para el matrimonio (no para la adopción) de los primeramente llamados a darla.

Aun en el caso de no aceptar la interpretación propuesta, se puede llegar a la misma conclusión. En efecto, si se quiere hacer posible la adopción de un mayor de edad incapacitado carente de discernimiento, deberá prestar el consentimiento necesario su representante legal, esto es, el tutor. Pero éste no podrá decidir tal cuestión por sí solo, sino que precisará la autorización del Consejo de familia, como órgano tutelar a quien compete resolver los asuntos de mayor importancia, pues aunque el artículo 296 del C. c. no incluya este acto expresamente, la enumeración de supuestos no es taxativa.

En cambio, cuando el adoptado mayor de edad incapaz tenga discernimiento, únicamente a él compete decidir sobre su propia persona y, por tanto, será el propio incapacitado quien deberá consentir su adopción (v. gr.: adopción del declarado pródigo) (4).

3.º *Adoptado mayor de edad incapaz de hecho, mas no legalmente.*—En este caso, a los efectos que nos interesan, el adoptado viene considerado como teniendo plena capacidad civil y, por tanto, deberá prestar personalmente el consentimiento. La adopción podrá ser impugnada, como es lógico, probando la falta de capacidad al tiempo de realizarse. Semejante prueba será, en la generalidad de los casos y una vez otorgada la escritura, muy difícil.

4.º *Adoptado menor de edad.*—Dentro de los menores de edad hay que distinguir los emancipados de los no emancipados, y dentro de aquéllos, los diferentes tipos de emancipación según las causas que la originan, por lo que este apartado se subdivide en los siguientes:

1') *Adoptado menor de edad no emancipado.*

El consentimiento para la adopción habrá de darlo la persona que deba prestarlo para el matrimonio del menor. Aquí tiene plena vigencia la norma del artículo 176 en relación con los artículos 46 y 47 del Código civil.

2') *Adoptado menor de edad emancipado por anteriores nupcias.*

Como tal menor no requiere licencia para poder contraer matri-

---

(4) Cfr. artículo 224 del C. c.

monio, nos encontramos ante parecido problema que hemos visto existía respecto a los incapacitados legalmente mayores de edad, con la diferencia de que en este caso el menor tiene discernimiento. Las posibles soluciones son: o mantener en toda su vigencia el artículo 176 entendiendo la frase como aquellas personas que, de no estar emancipado el menor por matrimonio, hubieran debido dar su consentimiento para éste, o llamar al tutor para que dé el consentimiento al no existir Consejo de familia, o bien entender que no se precisa más consentimiento que el del propio menor emancipado por matrimonio, puesto que la emancipación le habilita para regir su persona como si fuera mayor y no se incluye la adopción entre las limitaciones impuestas a su capacidad de obrar, que debe ser la regla general.

La solución depende de que entendamos acotado el ámbito de la exigencia del consentimiento de las personas que deban darlo para el matrimonio por el de la propia remisión que el artículo 176 efectúa a los artículos 45 y siguientes o no, estimando en este último caso tal expresión como una mera referencia para determinar las personas, pero no el presupuesto, que actúa independientemente.

3') *Adoptado menor de edad emancipado por cualquiera otra causa diferente del matrimonio.*

Estos menores requieren la licencia para contraer matrimonio, a diferencia de la interpretación que ante el silencio legal predominaba antes de la reforma de 1958 (art. 45, núm. 1.º, del C. c.) y, por tanto, precisarán el consentimiento de la persona que debiera darlo para su matrimonio, sin perjuicio de consentir, además, personalmente el adoptado. Sería excesivo interpretar que en todos los casos el consentimiento del representante sustituye al del propio interesado, cuando éste tiene capacidad para darlo.

Vemos, pues, los problemas planteados por la redacción de la ley civil sustantiva, que se agudizan al ponerse en contacto con la ley procesal, ya que mientras según la primera cuando el adoptado es menor, no sólo no aparece como necesario su consentimiento, sino que no se establece expresamente que el juez le oiga o examine (sólo con respecto a la adopción de expósitos u otros asilados establece el párrafo 2.º del artículo 176 del Código que la Administración del establecimiento —no el juez— oirá al adoptado, si tuviere suficiente juicio), según el artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento civil “cuando el adoptado sea mayor de siete años, el juez le hará comparecer para explorar su voluntad, consignándose también en los autos si está conforme con la adopción o no la contradice”. La contradicción puede resolverse, en base a los artículos 175, núm. 1.º, párr. 2.º, y 176, estimando, con el profesor DE CASTRO, que se ha suprimido la regla de la Ley de Enjuiciamiento civil por excesivamente rígida, y que ha sido sustituida por la de que el juez deberá siempre ponerse en contacto directo con el menor: primero, para averiguar la suficiencia de su juicio o estado

de razón, y luego, en su caso, para explorar su voluntad respecto a la adopción (5).

En cambio, resulta claro en nuestro Derecho que no basta con que el adoptado mayor de edad preste su consentimiento en la escritura de adopción, sino que necesariamente habrá de manifestarlo a presencia judicial, bajo pena de nulidad de la adopción. A este respecto difieren las decisiones de los tribunales brasileños: la sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de lo civil del Tribunal de Apelación de Río Grande del Sur, de fecha 10 de octubre de 1944 (recurso núm. 2.429), declaró nula la adopción en que el adoptado no estuvo presente en el acto judicial y no expresó, por tanto, su consentimiento, mientras que la de 22 de noviembre de 1942 de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo federal (recurso núm. 10.379) admitió la validez de una adopción con el ulterior consentimiento del adoptado.

El consentimiento será revocable hasta tanto se haya otorgado la escritura pública.

La defectuosa construcción de los artículos 46 y 47 del Código civil se pone de manifiesto en que no distinguiendo entre menores emancipados y no emancipados, llama subsidiariamente para prestar la licencia en todos los casos al Consejo de familia, siendo así que éste no existe para los menores emancipados. ¿Tendrá que constituirse "ex profeso" el Consejo de familia para conceder la licencia a un menor emancipado huérfano? La medida parece demasiado grave, pues es bien sabido la lenta tramitación y las dificultades que, de hecho, surgen en tales casos. Aquí se revela, una vez más, la falta de coordinación sistemática de la reforma de 1958. Este inconveniente se traslada al caso que estamos considerando, de otorgar el consentimiento para la adopción de un menor emancipado huérfano, pues aplicando en su texto los artículos 46 y 47 tendrá que constituirse un extraño Consejo de familia a estos efectos, cuando hubiera sido mucho más sencillo mantener la situación anterior a la reforma de 1958, ya recibida unánimemente por la doctrina, y, en consecuencia, no requerir la licencia para los menores emancipados, los cuales tampoco precisarían consentimiento de un órgano protector para darse en adopción. Es discutible la exigencia de una protección que ocasiona más molestias que ventajas positivas; su justificación es, al menos, muy dudosa. Una posible salida a este incongruente requisito consistiría en estimar suficiente el consentimiento del tutor del emancipado, por analogía de lo dispuesto en el artículo 317, aunque para ello hubiera que forzar ciertamente el tenor literal de los artículos 46 y 47.

Quede bien claro que cuando nos planteamos, ahora como más adelante, el problema del consentimiento lo hacemos desde el punto de vista sustantivo, no procesal (comparecencia en juicio). Una cosa es el poder comparecer en juicio personalmente —de lo que nos ocu-

---

(5) Vid. F. DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil*, 2.<sup>a</sup> edic., Madrid, 1964, pág. 200.

paremos al hablar de los requisitos de forma o procedimiento de la adopción— instando la puesta en marcha del mecanismo procesal, y otra distinta la de expresar, incluso a presencia judicial, un consentimiento. Con mayor motivo se acusará la diferencia en orden al consentimiento que ha de reflejarse en la escritura pública.

b) *Consentimiento del cónyuge del adoptado.*

Establece el artículo 176 del C. c.: “La adopción se autorizará previo expediente en el que necesariamente se manifestará a la presencia judicial el consentimiento del adoptado mayor de edad; si fuere menor o incapaz, el de las personas que debieran darlo para su matrimonio, y si fuere casado, el de su cónyuge.”

Introduce el Código, al exigir el consentimiento del cónyuge del adoptado, una novedad, ya que el anterior artículo 178 nada decía sobre este particular —de donde se desprendía no era necesario—, lo que llevó a declarar al Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de mayo de 1951, “que no es requisito que afecte a la validez de la adopción el consentimiento del cónyuge del adoptado, pues el artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento civil se refiere al consentimiento del cónyuge del adoptante” (6). Este consentimiento plantea las siguientes cuestiones:

1.<sup>a</sup> Ante quién deberá prestarse. Expresamente dice el Código que a presencia judicial. En mi opinión, no es preciso recogerlo nuevamente en la escritura, sino que basta con lo que acerca del mismo contenga el auto autorizando la adopción. Si en este auto no se hace referencia al consentimiento, el notario podrá dirigirse al juez solicitando la correspondiente aclaración, pues de resultar que no se ha prestado, la adopción sería nula (a. 176), con la posible responsabilidad para el funcionario autorizante. El cónyuge del adoptado no será, pues, otorgante de la escritura necesariamente, aunque, como dice el refrán, “lo que abunda no daña”, y puede ratificar así el consentimiento prestado anteriormente. Además, el artículo 1.831 de la L. E. C. preceptúa que en la escritura intervendrán el adoptante, el padre o la madre del adoptando y éste si fuere mayor de catorce años, omitiendo, como se ve, al cónyuge.

2.<sup>a</sup> Carácter de este requisito. Se trata de un requisito esencial, cuya omisión determina la nulidad de la adopción (art. 176, párr. final). El cónyuge no precisa manifestar los motivos de su oposición o no prestación del consentimiento, que no podrá suplirse en casos normales ni prescindirse del mismo, debiendo el juez dar por terminado el expe-

---

(6) Creemos es una errata y querrá decir “el art. 1.831 de la L. E. C. no se refiere al consentimiento del cónyuge del adoptado”. Bien es verdad que tampoco se refiere al consentimiento del cónyuge del adoptante, cuya necesidad deriva del antiguo artículo 174 del Código civil, por lo que la referencia más indicada parece ser a éste.

diente sin aprobar la adopción en cuanto se patentice la falta de consentimiento del cónyuge del adoptado.

3.<sup>a</sup> En situaciones anormales (ausencia, incapacidad, separación, etcétera), estimo será aplicable lo dicho anteriormente con respecto al consentimiento del cónyuge del adoptante, que se da aquí por reproducido, con la salvedad que no será preciso conste en la escritura el particular concreto de que se trate.

c) *Consentimiento de otras personas relacionadas con el adoptado.*

Exige el artículo 176 del Código civil que si el adoptado fuere menor o incapaz se manifieste a presencia judicial el consentimiento de las personas que debieran darlo para su matrimonio.

Nada impide que la ley fije una mayoría de edad especial para ser adoptado, distinta la mayoría de edad civil, alcanzada la cual no precise el adoptado el consentimiento de sus padres o representantes legales. Esta edad puede estar por encima de la establecida con carácter general, como sucedía en el art. 346 del Código civil francés de 1804, en el que era de veinticinco años, o en los Códigos austriaco de 1811, italiano de 1865, rumano de 1864 o japonés anterior al de 1948; pero lo más frecuente es que sea inferior, predominando entonces en las legislaciones el criterio de exigir, como suplemento o complemento de capacidad, el consentimiento de ambos padres y no referirlo tan sólo como hace nuestro Código a uno de ellos (v. gr.: parágrafo 1.747 del B. G. B., art. 297, párr. 2.<sup>o</sup> del Código civil italiano y art. 347 del Código civil francés). En efecto, parece evidente que por regla general, las razones que pueda tener la madre para oponerse —y, por tanto, no consentir— la adopción de su hijo son, por lo menos, tan respetables como los motivos que pueda esgrimir el padre, si no superiores; ya estamos lejos de la concepción individual de la patria potestad como poder exclusivo del padre, superada por la de concebirla como función conjunta del padre y de la madre. Nuestra legislación no ha aprovechado la reforma de 1958 para recoger este sentido moderno de la adopción y, en virtud de la remisión del art. 176 a los arts. 46 y 47 del Código, corresponderá dar el consentimiento primero al padre y sólo subsidiariamente a la madre.

Además de este motivo de crítica, incurre el art. 176 en el defecto de equiparar el menor al incapaz, con las consecuencias que de ello se derivan, según vimos en el apartado a). Recapitulado lo dicho entonces, habremos de contemplar separadamente los distintos supuestos.

1) Adoptado mayor de edad incapaz. Opino que la ley se refiere al que haya sido declarado judicialmente incapacitado, no al que sólo lo sea de hecho, pues éste conserva a su favor la presunción de capacidad. En este caso:

1 a) Si la incapacidad implica la falta de discernimiento que se precisa para consentir (caso del loco, del imbécil —aunque la cuestión sea dudosa— y del sordomudo que no sepa leer ni escribir cuando

la resolución judicial así lo aprecie), el consentimiento deberá prestarlo su tutor con autorización del Consejo de familia.

1 *b*) Si la incapacidad no lleva consigo la falta de discernimiento (como sucede con el pródigo y el interdicto) el consentimiento deberá prestarlo el mismo mayor incapacitado.

2) Adoptado menor de edad emancipado. Hay que partir de la regla general de que la emancipación habilita al menor para regir su persona como si fuera mayor y conciliarla con la exigencia del art. 176 en relación con el art. 45, para lo que es conveniente distinguir estos supuestos:

2 *a*) Emancipado por matrimonio. Entiendo que no precisa consentimiento de persona alguna —salvo el del cónyuge— porque el artículo 45 le dispensa de obtener el consentimiento para el matrimonio y como el art. 176 se remite a los arts. 46 a 48, que son aplicación del art. 45, debe entenderse en la extensión que el propio art. 45 —al que se remite— establece. Además, juega la regla general del artículo 317, no figurando la limitación de darse en adopción entre las restricciones de su capacidad de obrar.

2 *b*) Emancipado por cualquiera otra causa que no sea el matrimonio (y la mayor edad, si ésta se considera como causa de emancipación, solución muy dudosa). Se precisará el consentimiento del mismo menor emancipado y, además, como complemento de su capacidad, el de las personas que deban darlo para su matrimonio, que veremos a continuación.

3) Adoptado menor de edad no emancipado. En principio, conforme al Código civil, parece que bastará el consentimiento de la persona que deba darlo para su matrimonio, que será:

3 *a*) Si es hijo legítimo, su padre; faltando éste o hallándose impedido, en orden sucesivo, la madre, el abuelo paterno, el materno, las abuelas paterna y materna y, en defecto, el Consejo de familia (art. 46).

3 *b*) Si es hijo natural reconocido o legitimado por concesión real —los legitimados por matrimonio se equiparan a los legítimos— el consentimiento deberá ser otorgado por quien le reconoció o legitimó, sus ascendientes y el Consejo de familia, por el orden expuesto anteriormente (art. 47, párr. 1.º).

3 *c*) Si se tratare de hijo adoptivo, el consentimiento habrá de prestarlo el adoptante. En su defecto, si la adopción es plena, lo prestará el Consejo de familia y si es menos plena, antes que a éste se pedirá a las personas de la familia natural a quienes corresponda (artículo 47, párr. 2.º). Este artículo, en conexión con el 176, constituye un argumento favorable a la posibilidad de adoptar a quien ya está adoptado, si alguna duda hubiere.

3 *d*) Los demás hijos ilegítimos obtendrán el consentimiento de su madre cuando fuere legalmente conocida; de los abuelos maternos en el mismo caso, y a falta de una y otros, del Consejo de familia.

3 e) A los jefes de las casas de expósitos corresponde prestar el consentimiento para la adopción de los educados en ellas. Lo que guarda conformidad con lo dispuesto en los reglamentos de tales instituciones (Vid. art. 86 del Regl. del Instituto Provincial de Puericultura e Inclusa de Madrid, aprobado el 28 de enero de 1944).

De aquí resulta que la aplicación de lo establecido en el art. 176 queda limitada a los emancipados por cualquier causa distinta del matrimonio y a los no emancipados. No se nos oculta, sin embargo, la posibilidad de aplicar literalmente el art. 176 y llamar en todo caso a las personas que "*debieran*" dar su consentimiento para el matrimonio. En realidad, la cuestión no tiene demasiado alcance práctico, pues normalmente vendrán a coincidir con las que hemos expuesto, ya que el orden de llamamiento es sensiblemente igual que al ejercicio de la tutela legítima. Mucha menos importancia tiene la cuestión en su aspecto judicial que en el notarial, pues siempre podrá el juez, si lo cree conveniente, hacer constar en el expediente que tales personas han sido oídas y han prestado su consentimiento. Mayor importancia ofrece el problema de si el consentimiento de esas personas sufre al del adoptado menor. Entiendo que no, entre otras razones, porque debe estimarse sigue vigente en su espíritu el art. 1.831, párr. 2.º de la L. E. C., con arreglo al cual en la escritura de adopción intervendrán el adoptante, el padre o la madre del adoptado (se sobreentiende menor de edad) y *éste* si fuera mayor de catorce años. La propia ley procesal señala que "el padre o la madre que tengan bajo su potestad al adoptando podrán suscribir la solicitud (de adopción), en cuyo caso se ratificarán en ella ante el juez. Si no la hubiesen suscrito, deberán dar su consentimiento a presencia del juez consignándose en los autos" (art. 1.826) y que "no oponiéndose al adoptando y prestando su consentimiento el padre o la madre, en su caso, el juez admitirá la información ofrecida, con citación del Ministerio fiscal" (art. 1.828, párrafo 1.º). De dónde, si el adoptando se opone, no prosigue la tramitación del expediente.

La regla general y tradicional según la cual el consentimiento de los padres y personas llamadas a prestarlo no puede ser suplido —cuando pueden y no quieren darlo— por el de otras personas, ni siquiera por el de los funcionarios públicos que intervengan en el expediente, es objeto de excepciones cada vez más numerosas y justificadas, en atención a la conducta observada por los progenitores o el fundamento de su negativa. La Ley inglesa de 1926 permitió ya al Tribunal prescindir del consentimiento paterno cuando la oposición de los padres es injustificada y perjudicial para los intereses del menor; parecidas reglas se encuentran en el Código letón de 1937 y en las leyes de Quebec de 1924 y checoslovaca de 1928 (7).

(7) Esto no es obstáculo para que los Tribunales ingleses se muestren muy exigentes en lo que concierne a la obtención del consentimiento, de manera especial respecto al consentimiento materno. En cambio, los tribunales escoceses tienden a aprobar la adopción faltando este consentimiento si la madre ha aban-

Ya nos hemos referido antes a las dificultades que plantea la exigencia legal de que el consentimiento se preste por el Consejo de familia aplicada a los menores emancipados huérfanos, pues es lo cierto que para ellos el Consejo no existe y una de tres: o habrá que constituirlo especialmente con este objeto, o se entiende que basta el consentimiento del tutor ocasional (por analogía con lo dispuesto en el art. 317) o se prescinde de ambos, interpretando que la palabra "menor" del art. 176 ha de interpretarse restrictivamente, como *menor no emancipado*, de lo que hay ejemplo en otros artículos del Código (v. gr.: art. 1.903). Sin perjuicio de lo que dijimos anteriormente, ésta podría ser la solución preferible. Así se evitaría que un menor de dieciocho años casado no precisase el consentimiento y, en cambio, éste fuera necesario para el soltero mayor de dieciocho (v. gr.: casado con catorce años y soltero de veinte).

d) *Otros posibles requisitos.*

Como tales pueden estimarse la audiencia de ciertas personas relacionadas con el adoptado, que puede resolver el juez y solicitar el Ministerio fiscal, así como la del propio adoptado y sus más próximos parientes, que establece el párrafo 2.º del art. 176 ante la Administración del establecimiento que ha recogido al adoptado, susceptible de ampliarse con carácter general. Sin embargo, tales requisitos más bien lo son de trámite o procedimiento que de fondo, por lo que su estudio se aplaza para más adelante.

Ahora interesa señalar la posibilidad de que nuestra legislación hubiera tomado en consideración la edad del adoptado con carácter general, estableciendo un límite máximo o mínimo (o ambos) para poder ser adoptado. A decir verdad, son escasas las legislaciones que imponen directamente la exigencia de una edad mínima en el adoptado, pudiendo citarse las de los países norteafricanos de Derecho musulmán, en los que el adoptado ha de tener uso de razón, la de Irlanda, donde el plazo mínimo es de seis meses y la de Bolivia, que aumenta la edad mínima hasta los catorce años. En cambio, la edad mínima resulta más frecuentemente impuesta indirectamente por la exigencia de un determinado plazo durante el cual el adoptado ha debido permanecer bajo los cuidados del adoptante, plazo que ha de ser inmediatamente anterior a la adopción. Esta exigencia se contenía ya en el art. 345 del Código civil francés de 1804, motivada por la desconfianza del legislador hacia la adopción, cuyo éxito veía dudoso (8). Actualmente vuelve a establecerse, pero con distinta finalidad, en interés exclusivo

---

donado a su hijo y hay dificultades en encontrarla (KORNITZER, M., *Child adoption in the modern world*, 1952, pág. 218).

(8) Artículo 345 C. c. francés de 1804: "La facultad de adoptar no podrá ejercitarse sino con respecto a quien se haya, durante su minoridad y durante seis años por lo menos, suministrado socorros y proporcionado cuidados no interrumpidos".

del adoptado, por cuanto viene a asegurar la existencia de un verdadero deseo por parte del adoptante en llevar a cabo la adopción. Además, éste dispone así de tiempo suficiente para darse cuenta de las dificultades y los medios más adecuados de superarlas. En este sentido se relaciona con el "probation period" al que ya hemos aludido, establecido en las legislaciones anglosajonas y que en los Estados Unidos constituye la segunda etapa del procedimiento de la adopción. En Gran Bretaña este período suele durar tres meses y es un verdadero ensayo de adopción. Otras legislaciones establecen un plazo mayor, como la ecuatoriana y la peruana (seis meses), la holandesa (tres años) o la argentina (dos años, salvo que sea hijo del cónyuge del adoptante). En nuestra Patria, aunque este período no se halle establecido legalmente con carácter general, en la práctica se observa, pues la tramitación hasta la aprobación judicial suele durar aproximadamente ese tiempo (de tres a seis meses), aparte de aquellos otros casos en los que antes de constituir el vínculo adoptivo se acude al acogimiento o al prohijamiento, acerca de los cuales contienen plazos mínimos los distintos reglamentos de los establecimientos benéficos.

Es difícil señalar la conveniencia de una edad mínima para ser adoptado y determinar cual sea esta, pues mientras está admitido casi con unanimidad que no es muy aconsejable adoptar al recién nacido, por los inconvenientes derivados de la imposibilidad de prever su futuro desarrollo y, en menor grado, suprimir la alimentación materna, hay quienes hacen nacer los riesgos derivados de la separación tardía a los seis meses, aconsejando como edad óptima para ser adoptado la de dos meses, mientras que otros, basándose en estadísticas, señalan que los riesgos y peligros de una mala adopción alcanzan el 5,77 por 100 para los adoptados en edades superiores a los diez años, el 1,68 por 100 para los menores de un año y descienden hasta el 1,25 por 100 para los comprendidos entre uno y dos años, de donde deducen que ésta es la edad óptima para ser adoptado si se quiere reducir los riesgos al mínimo, no faltando quienes se limitan a decir que, en todo caso y puestos a elegir, es preferible adoptar pronto para asegurar lo mejor posible el éxito de la separación afectiva del niño y su cariño al nuevo hogar, aunque no pueda obtenerse un cuadro completo de sus características mentales, que adoptar más tarde, quizá con mayor conocimiento de éstas pero con el handicap imprevisible de un pasado, quizá no satisfactorio, fuera de la familia adoptante.

Más frecuentemente las legislaciones ofrecen ejemplos de la exigencia inversa, es decir, establecen un límite máximo de edad para poder ser adoptado, el cual oscila entre los veintiún años (leyes inglesas de 1926 y 1950, australianas de 1925 y 1947) y los siete años (Irlanda), fijándose a veces en conexión con la mayor edad civil (9).

---

(9) Tal sucede en las leyes canadienses de 15 de marzo de 1925. Child

La preocupación dominante en estas legislaciones, que sólo conocen una clase de adopción, es la de que esta institución sea un medio eficaz de protección a la infancia, especialmente a la infancia abandonada (10). Nuestro Derecho no establece una edad máxima para poder ser adoptado con carácter general.

Menos extendida está la exigencia de otros requisitos, como la identidad de raza, sexo y creencias religiosas, que, además, suelen enunciarse como prohibiciones, por lo que nos ocuparemos de ellas en el correspondiente apartado.

## B) REQUISITOS ESPECIALES DEL ADOPTADO EN LA ADOPCION PLENA

Resultan del párrafo 2.º del artículo 178, conforme al cual “únicamente podrán ser adoptados (plenamente) los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esa edad por los adoptantes”.

Este precepto exige dos requisitos diferentes y, dentro de uno de ellos, se admite forma alternativa:

1.º Ser abandonado o expósito.

2.º (De cumplimiento alternativo.) Ser menor de catorce años y llevar tres años en alguna de las situaciones anteriores o ser mayor de catorce años habiendo sido prohijado anteriormente por los adoptantes.

e) *Edades mínima y máxima para poder ser adoptado plenamente.*

De donde, mírese por donde se mire, la edad mínima para que un niño pueda ser adoptado plenamente es la de tres años. Antes de esta edad no es posible adoptarlo plenamente. Y la edad máxima es la de catorce años, con la única excepción de que antes de haber cumplido los catorce años haya sido prohijado por quienes se proponen adoptarlo, caso en que no existe límite máximo de edad.

La exigencia de ese límite mínimo de edad para ser adoptado plenamente, resuelve en sentido negativo la pregunta de si podrá ser adoptado plenamente el concebido y no nacido. En cuanto a la adopción menos

---

Welfare 1944, Adoption 1946 y 1950, las de la mayor parte de los Estados Unidos, el Código mejicano de 1928, el soviético del mismo año y las leyes ecuatoriana de 1948, húngara de 1952 y holandesa de 1956.

(10) La legislación vigente en la provincia canadiense de Quebec, llevando el sistema a sus últimas consecuencias, exige no sólo que el adoptado sea menor, sino también que sea hijo ilegítimo, o si es legítimo, que sus padres no puedan atender a su subsistencia y educación. El adoptado, además de ser menor, no debe estar casado. La ley de 1923 autorizaba la adopción de los casados, pero esta norma desapareció al año siguiente. (Vid. TRUDEL, G., *Traité de droit civil de Québec*, t. II, pág. 155.)

plena, me inclino también por la negativa, pues aunque el artículo 29 manifiesta que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, ello es siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo 30, de donde se desprende que el concebido no tiene personalidad anticipada y, al no ser persona, no podrá ser adoptado. Lo que sí será posible es comenzar a instruir el expediente de adopción durante el embarazo de la madre, pero una efectiva adopción no es posible antes del nacimiento. Y no creo sea necesario aducir argumentos tales como el consistente en que las relaciones de estado y la irrevocabilidad de la adopción no encajan bien dentro de las situaciones jurídicas de pendencia en que se encuentran las relaciones jurídicas que afectan al sólo concebido, sino que la misma posibilidad de admitir la decisión definitiva acerca de la suerte de quien todavía no ha nacido, repugna al sentimiento humano. ¿Y si la madre, al ver a su hijo en el mundo, quiere quedarse con él? ¿Es que no podrá retirar el consentimiento dado anticipadamente? Ello y consideraciones análogas aconsejan no permitir la adopción de quien todavía no ha nacido. Desde el punto de vista técnico, está, además, la dificultad que entraña la comparecencia del representante del concebido, pues verdadero representante no cabe, y en este caso no existe un precepto especial que, cual el artículo 627, equipare a la persona que "representaría" al concebido. Tampoco se va a obligar al adoptante a llevar consigo al nacido con alguna tara o defecto físico, incluso repelente. Y esto no se puede saber hasta el nacimiento. Tal adopción del concebido quedaría expuesta a múltiples contingencias, lo que induce a rechazarla para nuestro Derecho a falta de una disposición expresa que, cual la ley brasileña de 8 de mayo de 1957, la autorice expresamente, pues no cabe ampararla bajo el principio del artículo 29. Es dudoso que la adopción sea un efecto favorable para el concebido. Eso no puede saberse de modo inmediato, sino tiempo después. Dicho artículo parece partir de una situación ya objetivamente conformada y cuyos efectos, en principio al menos, se ofrecen como plenamente convenientes (favorables) para el concebido. Se dirá que el juez no autorizará la adopción si no la cree conveniente al concebido. Pero es que ahí reside precisamente la dificultad. También es digna de tenerse en cuenta la "ratio" histórica del artículo 29 que aconseja no ampliar desmesuradamente su campo de aplicación, sino mantenerlo dentro de supuestos análogos al que motivó su nacimiento, fundamentalmente de orden patrimonial, en que puede determinarse "a priori", con margen muy pequeño de error, la existencia y la cuantía del "efecto favorable" al concebido.

f) *Examen de los conceptos de "abandonado" y "expósito".*

La adopción plena se circunscribe exclusivamente a los abandonados y expósitos. ¿Quiénes merecen tal consideración? La ley nada dice, y la ausencia de concepto legal es tanto más lamentable cuanto

la fijación de tales conceptos es materia controvertida en el Derecho comparado. En nuestra legislación, la falta de definición es total, ya que ni en el Código civil ni en las leyes especiales se contiene el concepto. Tampoco los reglamentos de las casas de expósitos nos ilustran sobre el particular, pues la idea mantenida por los mismos acerca de quiénes deben considerarse expósitos y quiénes no, peca de excesivamente restringida, aparte de que carecen de un concepto sobre quiénes sean abandonados. Por todo ello conviene detenerse un poco ante este punto.

El primer problema que se plantea es el de determinar si las expresiones “abandonado” y “expósito” son sinónimas o diferentes y, en su caso, precisar en qué radica la diferencia.

A mi juicio no cabe duda que se trata de conceptos distintos, aunque el legislador les conceda el mismo tratamiento y en cierto modo los asimile a los efectos de autorizar la adopción plena de quienes se encuentren en cualquiera de dichas situaciones. Una cosa es la exposición y otra muy distinta el abandono, aun cuando en nuestro Derecho no siempre se hayan diferenciado claramente.

De entre los precedentes históricos merecen citarse los siguientes textos: la ley 1.<sup>a</sup> del título IV, libro IV del Fuero Juzgo establece que “si algum omne tomar el ninno o la ninna echada, é lo criar, é los padres le conocieren despues: si los padres son omnes libres, den un siervo por el fio ó el precio. E si lo non quisieren fazer, el iuez de la tierra los deve fazer redemir el fio que echaron; e los padres deven seer echados por siempre de la tierra. E si non ovieren de que lo puedan redemir, aquel que lo echó sea siervo por él. Y este pecado o quier que sea fecho en toda la tierra, el iuez lo deve acusar é penar.” El título correspondiente lleva la rúbrica en romance “IV. Titol de los ninnos echados”, correspondiente a la latina “IV. Titulus de expositis infantibus”, de donde resulta que emplea las palabras “echar” “echados” como sinónimas de los actuales términos “exponer” y “expósitos” (11). El Fuero Real (libro IV, Título XIII, ley 1.<sup>a</sup>) determina que “si algún niño ó otro de mayor edad fuese desechado por su padre ó por otro, sabiéndolo él, e consintiéndolo su padre, no haya más poder en él, ni en sus bienes, ni en vida ni en muerte: y esto mesmo sea de madre ó de otro cualquier que lo habie en poder.” La Partida IV, título XX (De los criados que ome cria en su casa, maguer non sean sus fijos), ley 4.<sup>a</sup> (De los niños que son *echados* a las puertas de las iglesias, e de los otros lugares, e de como los padres, e los senores que los *echaron*, non los pueden demandar despues que fueren criados) contiene las expresiones “echar” y “desamparar” o sus derivados, aunque parece emplearlas en sentido idéntico: “Verguença ó crueldad, ó maldad mueue a las vegadas al padre ó a la madre en *desamparar* los hijos pequeños, *echándolos* a las puertas de

---

(11) La cita se hace de la edición en latín y castellano publicada por la Real Academia de la Historia en 1815.

las iglesias, e de los ospitales, e de los otros lugares... E porende dezimos, que si el padre ó la madre demandare a tal fijo o fija despues que lo á echado, e lo quiere tornar en su poder, que lo non puede fazer..." Glosando Gregorio López el término "echándolos", "isti expositi dicuntur...", considerando este hecho como causa de extinción de la patria potestad ("... quod si pater consensit expositioni perdat patriam potestatem") (12). En la Novísima Recopilación encontramos ya el término "expósito", que se utiliza constantemente en las cinco leyes que integran el título XXXVII del libro VII: De los expósitos; y de las casas para su crianza, educación y destino. Tales leyes hablan de "niños expósitos y desamparados", "niños expósitos y huérfanos", "los de la doctrina, desamparados y hospicios", "criaturas abandonadas", etc. Por su parte, la Ley de 23 de enero-6 de febrero de 1822, conocida también por Decreto de las Cortes de 21 de diciembre de 1821, relativa al Establecimiento general de Beneficencia, parece distinguir entre los niños *expósitos*, cuyo concepto da por supuesto, y los niños *absolutamente desamparados*, que define como "aquellos que habiendo sido *abandonados* por sus padres, o quedado *huérfanos* de padre y madre, no hubiesen sido recogidos por ningún pariente o persona extraña, con propósito de cuidar de su crianza" (art. 57). La Ley de 20 de junio de 1849, que reorganiza la Beneficencia, distingue entre casas de maternidad y expósitos, por una parte, y casas de huérfanos y desamparados, por otra (art. 3.º). Y el Real Decreto de 14 de mayo de 1852 que aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley anterior, diferencia claramente las *casas de expósitos*, en las que se reciben los niños que nacieron en la Maternidad, si sus padres determinasen dejarlos a cargo del Establecimiento, y todos los que fuesen "expuestos" o entregados a mano, de las *casas de huérfanos y desamparados*, que tienen por objeto la crianza de los niños procedentes de las casas de expósitos desde los dos años hasta los doce, así como los abandonados que ingresen después de la edad de dos años.

De todo lo anterior parece deducirse que el término más amplio es el de "desamparado" y que la exposición viene a ser una especie del abandono. Por ello, teniendo en cuenta las diversas formas en que éste se puede realizar, sería factible establecer la siguiente distinción:

1. *Abandono cualificado o punible*, castigado por el Código penal (Título XII, capítulo III), que supone por parte del sujeto deseo de abandonar con dolo eventual de muerte, pues se pone en peligro la vida del menor abandonado.

(12) La edición consultada es de 1610. La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1865 se manifiesta en el mismo sentido al decir: "Según dispone la ley 4.ª, tít. XX, Partida IV, para que el padre o la madre pierdan el poderío que han sobre sus hijos, es necesario que por vergüenza o crueldad o maldad los *desamparen* siendo pequeños, *echándolos* a las puertas de las iglesias o de los hospitales o de otros lugares; y que una vez así abandonados, no pueden después volverlos a su poder. Esta ley, como de carácter personal y odioso, debe aplicarse según sus literales palabras, sin dar a éstas una extensión mayor de la que en sí tienen".

2. *Abandono no punible:*

A) *Abandono simple o exposición:* que entraña el deseo e intención de abandonar, pero sin poner en peligro la vida del menor.

B) *Abandono involuntario:* cuando no existe la intención de abandonar, sino que el abandono surge por fuerza mayor (catástrofe, guerra, etc.).

C) *Abandono indirecto:* Tiene lugar cuando no existe intención inicial de abandono, sino que ésta surge posteriormente, por omisión del deber de información o la falta de interés sobre el menor.

Además, por su forma, puede distinguirse entre:

a) *Abandono legal,* cuando el padre o la madre declaran su intención de abandonar al hijo, por lo que puede llamarse también *ex-preso*.

b) *Abandono de hecho o presunto,* que resulta de la conducta del padre o de la madre, o, en general, de la persona a cuyo cargo está el menor. Especie suya es el abandono moral.

Argumentos favorables a esta distinción, o a otra análoga, se encuentran en los artículos 487 a 489 y 584, núms. 14 y 15, del Código penal, 175 del Código civil —que tras referirse a los abandonados y expositos, lo hace a “su falta total de culpabilidad en el abandono”, con lo que parece aludir a supuestos de abandono involuntario— y las disposiciones generales y especiales sobre Beneficencia.

En Francia, la legislación y la doctrina distinguen las siguientes especies de abandonados:

1.º *Huérfano pobre,* aquel que careciendo de padre y madre así como de ascendientes a los que poder recurrir, no posee medio alguno de subsistencia (Ley de 15 de abril de 1943, art. 6.º, párr. 3.º).

2.º “*Enfant trouvé*”, el que, nacido de padre y madre desconocidos, ha sido encontrado en un lugar cualquiera o llevado a un establecimiento de recepción (Ley cit., art. 6.º, párr. 1.º). La doctrina llama a estos últimos “*enfants déposés*”. Tanto unos como otros son nuestros expositos.

3.º *Abandonado* (*enfant abandonné*), el nacido de padre o madre conocidos, desamparado sin que pueda recurrir a ellos ni a sus ascendientes (Ley cit., art. 6.º, párr. 2.º). El supuesto más frecuente es que la madre declare su intención de abandonar al hijo al director del establecimiento firmando la oportuna declaración. Si el hijo es menor de un año, puede hacer un abandono secreto, esto es, sin indicar el nombre, lugar ni fecha de nacimiento. Previamente se informa a la madre que quiere recurrir a este medio para deshacerse de su hijo de los socorros oficiales y de la existencia de las Casas de Maternidad, así como de la eventualidad de que el hijo sea adoptado. Si aun así persiste en su propósito de abandonarlo, se le concede un plazo, transcurrido el cual se convierte el abandono en definitivo. También puede

abandonar al niño en un establecimiento privado, conforme al artículo 17 de la Ley de 24 de julio de 1889. Estos niños abandonados no suelen darse en adopción antes de un año.

4.º El *abandono moral* es la situación en que se encuentran aquellos niños cuyos padres han sido privados del ejercicio de la patria potestad en virtud de lo dispuesto en las leyes, y cuya tutela ejerce el servicio de asistencia a la infancia (Leyes de 24 de julio de 1889, título I, y de 15 de abril de 1943, art. 6.º, párr. 4.º).

5.º El *abandono indirecto* es el que surge como consecuencia de una progresiva falta de interés de los padres sobre la situación de su hijo, dejando de solicitar noticias de modo prolongado. De aquí que se emplee el término "désintéressement" para designar esta situación. Para poder dar de alta en un establecimiento a un niño así abandonado es preciso que transcurran dos años (Ley cit. 1943, art. 6.º, párr. 5.º). Entre nosotros, el Reglamento de la Inclusa de Madrid alude a esta situación, que procura evitar (13).

Todos los incluidos en las cinco categorías mencionadas constituyen los pupilos del Estado (pupilles de l'Etat), que no hay que confundir con los de la Nación, los cuales pueden ser adoptados, salvo los comprendidos en el apartado cuarto, porque en cuanto a éstos es posible que, en la mayoría de los casos, sus padres recuperen la patria potestad.

6.º Aquellos niños cuya madre (no se ha dado ningún caso en que haya abandonado el padre) los ha abandonado emitiendo una declaración unilateral de voluntad en este sentido, sin que intervenga en el acto ningún establecimiento. Este caso es el que plantea los mayores problemas. Uno de los más célebres fue el resuelto por la sentencia del Tribunal civil de Dôle de 9 de marzo de 1949 (14). Una madre había declarado notarialmente abandonar irrevocablemente a su hija natural reconocida ("abandonner purement et simplement et totalement, sa fille naturelle..."), entendiendo que "cet abandonne total... ait

---

(13) Según el artículo 4.º, párrafo final del Reglamento de la Inclusa de Madrid, "se advertirá a las madres, cuando así sea preciso, de los derechos y obligaciones que incumben a la función maternal, indicándoles la conveniencia de mantener, en su propio interés y en el de su hijo, estrecho contacto con éste, atendiendo a su crianza, cuando menos en sus primeros meses dentro de la Institución. Se procurará con esto por el personal de la oficina receptora restringir, en lo posible, los casos de *abandono*, convenciendo a las madres de que su sitio predilecto debe ser aquel del que podrá disponer en la propia Institución para educar a su hijo".

La noción de "enfant abandonné", en el sentido del artículo 368 del Código Civil francés, reformado por la Ley de 8 de agosto de 1941, ha sido frecuentemente definida por la jurisprudencia, sea a título preventivo, sea "a posteriori", al resolver sobre la nulidad de la adopción. (Vid. Trib. Civ. de Briançon, Sent. 25 de mayo de 1946, en Rev. trim. de Droit civ., 1947, pág. 317, y Sentencia del Tribunal de Grenoble de 12 de mayo de 1948, en Rev. cit., 1948, pág. 464.)

(14) J. C. P., 49, II. 4910.

un caractère définitif et irrévocable...”) a favor de un matrimonio que deseaba legitimarla adoptivamente, no interviniendo dicha madre con posterioridad en el correspondiente procedimiento de legitimación. El Tribunal declaró que no existía abandono en el sentido del artículo 368 del Código civil francés, reformado por la Ley de 8 de agosto de 1941, ya que si se admitiese una solución contraria “resultaría una especie de contradicción irreductible, pues, de una parte, la legitimación adoptiva es por naturaleza irrevocable, y de otro, ningún principio jurídico podría, a falta de precepto expreso, impedir a la madre revocar su abandono posteriormente, dado que había sido constatado por acto unilateral”. Por otra parte, entendió el Tribunal que la nueva fórmula “enfant abandonné” empleada por el legislador de 1941 en vez de la antigua expresión “pupille de l'Assistance Publique”, no implica intención de modificar el concepto anteriormente vigente y de la misma “no se desprende que el legislador de 1941 haya creado una nueva categoría de beneficiarios, la de los hijos que fuesen abandonados por sus padres sin ser pupilos de la Asistencia pública”. El Tribunal se hace eco también de la tendencia según la cual la limitación de las categorías de beneficiarios de la adopción y las precauciones establecidas para impedir o al menos para dificultar las investigaciones ulteriores de los padres por la sangre, implican la voluntad, por parte del legislador, de que la ruptura de los vínculos familiares entre el adoptado y su familia por la sangre sea completa y total, no exclusivamente jurídica, lo cual no sucedió en el caso debatido. Entre las dos familias —la adoptiva y la familia por la sangre— del adoptado, la Asistencia de la Infancia (nueva denominación de la Asistencia pública desde la Ley de 15 de abril de 1943) interpone un muro infranqueable. Los contratos de abandono en que ella interviene son válidos y el lugar donde se ha colocado al niño no se revela jamás, existiendo para las personas empleadas en dichos servicios la obligación del secreto profesional (art. 39 de la Ley cit. de 1943).

No obstante, todas estas razones, LAGARDE critica la sentencia, cuyas motivaciones revelan, en su opinión, una desconfianza excesiva (15). Este autor estima que satisface cumplidamente la letra y el espíritu de la Ley de 1941, la definición que de la expresión correspondiente a “enfants abandonnés” daba la Ley de 27 de julio de 1904, reproducida textualmente por la de 15 de abril de 1943, que nosotros hemos transcrito anteriormente: “L'enfant qui, né de père ou de mère connus, en est délaissé sans qu'on puisse recourir à eux ou à leurs ascendants”. Poco importa, añade, si, de hecho, el niño no ha sido recogido por los servicios de la Asistencia. En última instancia, compete a la Autoridad judicial definir la imposibilidad de ser socorrido

---

(15) Vid. LAGARDE, Gaston: *Jurisprudence française en matière de Droit civil. A.—Personnes et droits de famille*, en *Revue trimestrelle de Droit civil*, 1949, págs. 402 y ss.

("l'impossibilité de recours"), sin que ello vincule la práctica administrativa.

Otras cuestiones, relativas a esta materia, suscita la práctica, las cuales han dividido a la doctrina, como las siguientes: ¿Es preciso que los padres sean desconocidos de hecho, o basta con que el vínculo de filiación no se encuentre legalmente establecido? El problema puede plantearse con respecto al hijo natural, pudiendo preguntarse si es suficiente que un hijo natural no sea reconocido para que sus padres deban reputarse desconocidos. En opinión de LAGARDE (16), que estudia la cuestión desde el punto de vista del art. 368 del Código civil francés (17), se impone la contestación negativa, ya que si los padres son conocidos de hecho y si ambos no han abandonado al hijo, resulta imposible llevar a cabo la legitimación adoptiva de éste; el arrepentimiento o la mala fe de cualquiera de los padres podría conducirle a perturbar la tranquilidad de la familia adoptiva, lo que el legislador ha querido precisamente evitar. Si el padre conocido de hecho es culpable de adulterio o incesto, subsiste el mismo peligro de chantaje moral; pero es difícil calificar jurídicamente de "padre conocido" al que carece de derecho a hacerse conocer y que nadie tiene el derecho de desenmascarar, de suerte que ni posee el interés necesario para impugnar la regularidad de la adopción.

En nuestro Derecho, como el art. 178 del Código civil, no exige que los padres del abandonado sean desconocidos —pues si lo fueran sería un expósito y ambos términos vendrían a expresar lo mismo, en contra de lo que hemos mantenido— no se plantea en todo su rigor el problema que divide a la doctrina francesa. Bastará con que exista la situación objetiva de abandono, caracterizada por la falta de asistencia e imposibilidad de obtenerla, para que el menor pueda ser adoptado. De aquí se sigue que sólo pueden ser abandonados aquellos que, por su edad o circunstancias, están imposibilitados de atender a su subsistencia por sus propios medios. Quien puede valerse por sí mismo, no podrá ser abandonado. Claro es que esta posibilidad guarda relación, en general, con la edad, no presumiéndose en el mayor de edad y siendo la presunción más débil en edades próximas a la mayoría.

Otra cuestión es la de precisar si es necesario que el abandono sea definitivo y, en caso afirmativo, cuando adquiere este carácter. A lo primero, mientras unos, como LAGARDE, contestan afirmativamente, sosteniendo que el niño confiado provisionalmente por su madre a una Obra no puede considerarse abandonado, la sentencia del Tribunal de Grenoble de 19 de enero de 1949 manifestó una opinión contraria, quizá para evitar la dificultad de precisar en qué momento el abandono puede considerarse definitivo.

---

(16) Revue trim. Droit civil, 1949, pág. 404.

(17) Según el párrafo 1.º del artículo 368 del Código Napoleon, modificado por Ley de 8 de agosto de 1941, "la legitimación adoptiva no se permite, sino en favor de los menores de cinco años abandonados por sus padres o cuyos padres son desconocidos o han muerto".

Para nuestro Derecho, habida cuenta de que el citado art. 178 se limitaba a hablar de “abandonados” sin exigir que lo hayan sido definitivamente, parece que bastará con la situación inicial de abandono objetivo, pero sin que la misma prejuzgue la cuestión acerca de si el abandono ha existido realmente o ha sido sólo provisional, impuesto por el azar o la necesidad. Siempre quedará a los padres la posibilidad de probar su falta total de culpabilidad en el abandono y su buena conducta a partir de este y pedir que se declare extinguida la adopción, si bien será discrecional del juez, en atención a las circunstancias que determina el art. 175 acceder o no a tal solicitud, siendo factor decisivo lo más conveniente para el adoptado. De modo que nuestra Ley establece una presunción de culpa por parte de los padres, cuya desvirtuación por sí sola no opera la extinción de la adopción. Por otra parte, tal facultad de los padres está sujeta a preclusión, pues sólo puede hacerse valer durante la minoría o incapacidad del adoptado, que es precisamente cuando éste, de no haber sido adoptado, hubiera estado en la situación de abandono.

Pudiera, en fin, preguntarse si basta la declaración unilateral de abandono hecha por la madre —o por el padre, en su caso— para que pueda autorizarse la adopción. De acuerdo con la sentencia del Tribunal de Dôle antes citada, hay que responder que si tal declaración es hecha ante la Asistencia de la Infancia es suficiente, por sí sola, para permitir la ulterior legitimación adoptiva, mas no si se ha efectuado ante una persona privada y la madre no interviene en la posterior legitimación. A mi modo de ver, la cuestión estriba en que no cabe un abandono de un ser humano cuyo cuidado nos incumbe por la naturaleza y por la ley como quien abandona cualquier objeto o cosa. Lo único posible es ceder los derechos que se ostentan y las correlativas obligaciones a personas que expresamente prevé la Ley, por lo regular Instituciones —personas jurídicas— de Beneficencia. Esto así, no produciría efectos el abandono unilateral hecho por el padre o la madre, por ser contrario a las leyes e inmoral, ya que estas no admiten una declaración de voluntad en este sentido, sino con las formalidades precisas y garantías adecuadas de que otra persona se encargará de la asistencia y cuidado del abandonado. A falta de una disposición semejante a la del art. 2.º de la Ley uruguaya de 20 de noviembre de 1945 —según el cual la cualidad de menor abandonado se prueba por una sentencia firme que tenga la autoridad de cosa juzgada y declare la pérdida de la patria potestad— serán admisibles en nuestro Derecho todos los medios generales de prueba para estimar que existe tal situación, siendo uno de los principales medios probatorios la presunción en razón a las circunstancias y transcurso del tiempo.

Una vez ha sido examinado el concepto de *abandonado* y los principales problemas que suscita, procede analizar el de “expósitos”, sin perjuicio de establecer, como resumen final, las conclusiones obtenidas en vista de todo lo expuesto.

Con la denominación española de "expósito", equivalente a la francesa "enfant exposé", la italiana "esposto", la portuguesa "exposto", la inglesa "foundling" y la alemana "findelkind", equivalentes todas ellas a "niño encontrado", se designa a aquellos recién nacidos entregados por quienes tienen la obligación de cuidarlos a la correspondiente institución de Beneficencia, que se hace cargo de ellos, o simplemente depositados, de modo transitorio, en un lugar adecuado para que otras personas los recojan y los entreguen a la Autoridad competente. Más brevemente puede ser definida la exposición como el acto de poner de manifiesto al niño recién nacido para que otro lo recoja. Esta especie de abandono lleva implícita la idea de entrega a la Autoridad pública, representada por la Institución benéfica, pues quien encuentra al niño no puede quedárselo por su sola voluntad (argumento: art. 584, núm. 15 del Código penal). Como vemos, la exposición se diferencia del abandono cualificado o punible en que aquella presupone una cierta seguridad de que el niño será recogido, mientras que el abandono consiste en depositarlo en un sitio en que es posible o fácil que tarde tanto tiempo en ser recogido que haya perecido o sufrido grave daño (18).

El primer establecimiento dedicado a la lactancia y educación de expósitos parece haber existido en Tréveris en el siglo IV, caracterizándolo el torno ("tour", "ruota") que hoy ha desaparecido casi por completo. La primera disposición que en nuestra Patria se refiere de modo claro a los expósitos, con este nombre, es la Real Cédula de 11 de diciembre de 1796, dada por Carlos IV e inserta como ley 5.<sup>a</sup> del título XXXVII del libro VII en la Novísima Recopilación. Antes se habían dictado otras disposiciones, pero en ninguna de ellas se relacionaban claramente a los expósitos con el prohijamiento o la adopción, mientras que la citada ley prevé el prohijamiento de los expósitos. La ley de 1822 antes citada determina que "los niños expósitos y abandonados que no fuesen reclamados por sus padres, y los huérfanos de padre y madre, podrán ser prohijados por personas honradas..." (art. 65) y en análogo sentido se manifiesta el Reglamento de 1852 (art. 22). Más recientemente, la Ley de 17 de octubre de 1941 se refería a la adopción de los acogidos en casas de expósitos, pero derogada esta Ley por la de 24 de abril de 1958, se procura suprimir la denominación de "expósito", que se supone vejatoria. Eco de esta tendencia la constituye el Reglamento de régimen interno del Instituto provincial de Puericultura e Inclusa de Madrid, el cual no habla de "expósitos" sino de "acogidos" (arts. 4, 5, 6, 16, 50, 53, 83, 85, etc.), distinguiendo entre ellos las siguientes categorías:

1.<sup>a</sup> Lactantes, hasta los quince meses o dos años como máximo (arts. 67, 2.<sup>o</sup> núm. 1.<sup>o</sup> y cap. VII).

2.<sup>a</sup> Destetados, desde los quince meses o dos años hasta los cinco años (arts. 2.<sup>o</sup>, párr. final y 67).

---

(18) Vid. Sentencia de 30 de marzo de 1904.

3.<sup>a</sup> Asilados o simplemente acogidos, los que no hayan sido pro-hijados al cumplir los cinco años, desde esta edad en adelante (art. 87).

En el indicado concepto de “expósitos” caben todas estas categorías, al igual que los acogidos a que se refiere la Orden de 1.º de abril de 1937.

De todo lo dicho, creo que podemos concluir que el abandono constituye el género y la exposición la especie o, dicho de otro modo, que todo expósito es un abandonado, pero no todo abandonado es un expósito. Este es el hijo de padres desconocidos, abandonado al nacer de modo que no se ponga en peligro su vida. De suerte que faltando algunas de las expresadas circunstancias, no existirá exposición sino abandono. Tales ideas, abandono y exposición, no son sinónimas. Determinar cuándo existe alguna de estas situaciones estimo que es cuestión de hecho a resolver en cada caso por el juez que apruebe la adopción mediante el empleo de su racional criterio. La doctrina del Tribunal Supremo relativa al abandono de niños como especial figura delictiva puede ser tenida en cuenta a manera de orientación, con las salvedades precisas, pues para la existencia del delito basta que se interrumpan los cuidados y asistencia necesarios aunque la madre reclame al niño al día siguiente del abandono al enterarse de que había sido recogido con vida (sentencias de 6 de febrero de 1887 y 8 de noviembre de 1916), mientras que en un caso semejante al expuesto no existiría el abandono a que se refiere el art. 178 del Código civil para permitir la adopción plena. Para que exista “abandono civil” se precisa que quienes abandonaron al niño no hayan vuelto a ocuparse de él o que, habiendo intentado recuperarlo, el tribunal competente haya estimado oportuno privarles del ejercicio de la patria potestad y de la guarda del menor que, en ausencia de parientes que lo tomen a su cargo, será entregado a un establecimiento benéfico. No estimo preciso que los padres sean desconocidos de hecho —posible expósito—, sino que basta con que resulten legalmente desconocidos. De modo que, en principio, cualquier hijo legítimo no natural tendrá la consideración de abandonado y podrá ser adoptado plenamente (18 bis).

¿Podrán asimilarse los huérfanos a los abandonados? Que la simple orfandad no basta por sí sola para poder ser adoptado plenamente lo dice bien claro la Exposición de Motivos de la Ley de 1958: “No se ha estimado conveniente extender la adopción plena a los huérfanos, que siempre podrán ser susceptibles de adopción menos plena; aquélla se configura tan sólo para los abandonados o expósitos”. Pero si la orfandad va acompañada de otras circunstancias que equiparan la situación del huérfano a la del abandonado (v. gr.: hijo póstumo cuya madre fallece al dar a luz, huérfano sin familia ni parientes...)

---

(18 bis) Sobre esta cuestión, puede verse ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, J.: **En torno a los conceptos de “abandonado” y “expósito” como sujetos de la adopción**, en R. G. L. J., t. LV, núm. 3 septiembre 1967, págs. 323-343.

por carecer de familia que lo recoja, debería permitirse la adopción plena, pues existe idéntica razón; tan necesitado de protección estará un abandonado como un huérfano sin parientes y aún la adopción plena de este último será, si me apuran, más aceptable, pues no estará expuesta a la contingencia de una posible impugnación. Además, si otro posible fundamento del legislador al limitar la adopción plena a los abandonados o expósitos parece haber sido la de evitar posibles conflictos entre la familia adoptante y la familia por la sangre del adoptado, es posible interpretar con amplitud el término "abandonado" para dar cabida en él a los huérfanos desamparados y permitir su adopción plena. Incluso los precedentes históricos abonan una tal asimilación, pues ya veríamos como la Novísima Recopilación se refería indistintamente a los huérfanos, expósitos, etc., para permitir su prohijamiento (19).

g) *Examen del concepto de prohijamiento.*

El art. 178, párrafo segundo, del Código civil permite excepcionalmente que puedan ser adoptados plenamente los abandonados o expósitos que siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes (por quienes se proponen adoptarlos). Con lo que no se establece límite máximo de edad para el adoptado en este supuesto. Mientras vivan prohijante y prohijado (abandonado o expósito) podrá aquél adoptar a éste plenamente. Por esto y porque ha existido respecto al prohijamiento y la adopción una triple confusión legal, jurisprudencial y doctrinal, parece conveniente dedicar algunas líneas al prohijamiento.

Rastro de la confusión legal a que nos referimos se encuentra en Las Partidas, que definían a la adopción como prohijamiento: "Adoptio en latín tanto quier dezir en romance como porfijamiento" (Partida IV, título XVI, ley 1.<sup>a</sup>). Anteriormente nos dicen: "Porfijados son una manera de hijos, a que dizen en latín adoptivi..." (Tít. XVI cit., "De los hijos porfijados", pr.) e incluso incurre en semejante identificación algún Código moderno, como el de Guatemala de 1877 (art. 267). La misma jurisprudencia no se ha visto libre de la confusión, pudiendo citarse, entre otras, las sentencias de 25 de octubre de 1889, 12 de junio de 1901 y 19 de abril de 1915 (20). También

---

(19) Estos casos, poco frecuentes en tiempos de paz, salvo catástrofes, han sido numerosos en los países afectados por las últimas guerras, motivando una legislación especial, que admite para tales huérfanos la adopción plena o instituciones equivalentes. Así, la Ley francesa de 8 de agosto de 1941 modificó el párrafo 1.º del artículo 368 del Código civil permitiendo la legitimación adoptiva de los menores de cinco años cuyos padres han muerto.

(20) La sentencia de 25 de octubre de 1889 declara que las instituciones protectoras de que trata la Ley de 1822 y el Reglamento de 1852 tienen verdadero carácter de adopciones, bastando para que se realicen la autorización de la Comisión provincial de Beneficencia.

La sentencia de 12 de junio de 1901 se expresa del siguiente modo: "*Resultan-*

la doctrina sufrió el contagio. VISO define la adopción como especie de prohijamiento y, en sentido idéntico, RAMOS manifiesta que “para que el prohijamiento surta efectos habrán de cumplirse los requisitos que exige el Código al hablar de la adopción (21). Incluso en una obra reciente, el Diccionario de Derecho Privado de Casso y Cervera (22) puede leerse: “*Prohijamiento*. Acto jurídico por el que una persona recibe como hijo adoptivo a un expósito o niño abandonado por sus padres y recogido en establecimiento de Beneficencia pública.”

La confusión puede tener su origen en que filológicamente adopción y prohijamiento se han venido utilizando como sinónimos. Pero no por ello cabe desconocer su diverso significado desde el punto de vista jurídico. A este respecto es digna de destacarse la sentencia de 5 de marzo de 1934, debida a la ponencia del profesor Castán Tobeñas, según la cual existe entre ambos términos una diferencia no menos neta que la que existe entre ellos y el de acogimiento. De tal modo que cabe hoy destacar estas tres categorías o matices de la relación familiar o cuasi-familiar que se constituye por el hecho de recibir como hijos o cuando menos como conviventes y protegidos, a quienes no lo son por naturaleza: 1) la *adopción*, caracterizada por la forma

---

*do*: Que... en 1861 la misma D. R. sacó de la Casa central de Maternidad de Sevilla otra niña..., la cual, mediante el oportuno expediente, el Gobernador, Presidente de la Junta Provincial de Beneficencia, concedió en adopción...”. A continuación, en los Resultandos 4.º y 5.º se habla de que la niña fue “prohijada por la testadora” y que “era evidente que la clase de prohijamiento fue la de arrogación propiamente dicha, toda vez que por su calidad de expósita no tenía padres”.

Con mayor claridad se advierte la confusión en la sentencia de 19 de abril de 1915, según la cual “*Considerando*: Que para excluir de la herencia intestada a un hijo adoptivo no existiendo ninguna de las líneas preferentes, descendientes, ascendientes legítimos o naturales reconocidos, sería inevitable no sólo olvidar el concepto jurídico de la adopción, sino desviarse en absoluto de las reglas del Derecho general de sucesión, efecto éste contrario al orden moral y público de nuestro país que la jurisprudencia contemporánea, si no ha de prestarse a consagrar un quebrantamiento de lesa razón no debe consentir, siendo, como es, intérprete dedicado a suplir omisiones involuntarias de algún concepto dado en que los redactores de preceptos legales hubiesen podido incurrir. *Considerando*: Que la solución negativa a la sana doctrina expuesta se separa del canon de una recta interpretación, pues si se viera el pasaje segundo de los tres que complementan el artículo 177 del Código civil única y exclusivamente en su rigurosa desnudez al decir que en ningún caso perciba el adoptado fuera del testamento la herencia del adoptante a menos que en la escritura de adopción se obligue a instituirle heredero, con esta inesperada transformación de espíritu mucho más restrictivo que el de la vieja legislación y mayor número de las extranjerías, desaparecería el concepto fundamental, base de este linaje de familia, que es preciso salvar, y como consecuencia, a la vez que la paternidad solemnemente declarada, las prerrogativas personales que, al igual casi de los legítimos, adquieren por ella los HIJOS ADOPTIVOS, de donde se infiere que las PERSONAS PROHIJADAS, ya que el silencio del legislador no prueba nada, deben ocupar dentro de los órdenes de sucesión un lugar adecuado a su especial condición”.

(21) Vid. RAMOS, Rafael, *Capacidad de los menores para contratar y obligarse*, 2.ª edic., Madrid 1891, págs. 210 y ss.

(22) CASSO y CERVERA, *Diccionario de Derecho privado*, edit. Labor, 2.ª impresión, 1954, t. I.

civil y solemne del acto, así como por su permanencia y efectos garantizados por las leyes civiles; 2) el *prohijamiento*, caracterizado por su forma administrativa y no solemne, pero sí constatada oficialmente, y por la garantía indirecta que a la relación jurídica presta la intervención de un organismo público, como la Comisión provincial, que ha de velar en todo momento por que no se cause perjuicio alguno al prohijado, y, en fin, 3) el *acogimiento*, que se distingue por la forma meramente privada bajo la que se realiza el acto y por la ausencia de toda garantía que impida a quien acoge romper la relación con el acogido en el momento que lo tenga por conveniente (23).

Según MUCIUS SCAEVOLA (24) la primera disposición que encontramos en la que se habla del *prohijamiento* de los expósitos es la Real Cédula de 11 de diciembre de 1796, inserta en la Novísima Recopilación como ley 5.<sup>a</sup> del título XXXVII del libro VII. Pero donde verdaderamente se fijó aquel derecho fue en los arts. 65 al 70 de la Ley de Beneficencia de 23 de enero de 1822 (25), cuya doctrina se recogió en el Reglamento de 14 de mayo de 1852 para la jecución de la Ley de 20 de junio de 1849, singularmente en su art. 22: "Los niños expósitos o abandonados que no fuesen reclamados por sus padres, y los huérfanos de padre y madre, podrán ser prohijados por personas honradas que tengan posibilidad de mantenerlos, todo a discrección de la Junta Provincial de Beneficencia; pero este *prohijamiento* no producirá más efectos que el que determinen las leyes" (26). Un espíritu amplio y tolerante presidía las formalidades a seguir para el *prohijamiento* de expósitos, como se comprueba en la sentencia de 27 de diciembre de 1889. Según el régimen actualmente vigente, se abre el oportuno expediente ante las Comisiones provinciales de Beneficencia. Corresponde prestar el consentimiento al director de la Casa de Expósitos, previo informe de la Junta de protección de menores (Decreto de 2 de junio de 1944, art. 7.<sup>o</sup>). Por otra parte, los Reglamentos de régimen interno de los establecimientos suelen con-

(23) No debe confundirse con el *prohijamiento* el período que previamente a la adopción se establece, para que durante el mismo el adoptante tenga a su cargo al adoptado, a fin de asegurar mejor el éxito de la adopción o mientras dura su tramitación.

(24) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil concordado y comentado extensamente*, t. III, 3.<sup>a</sup> edic., Madrid 1893, págs. 403-407.

(25) Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Diccionario de la Administración española*, 4.<sup>a</sup> edic., t. I, Madrid 1886, voz "Beneficencia pública", págs. 958-1056.

(26) Este último inciso del Reglamento de 1852, que se ha venido repitiendo en disposiciones posteriores, origina diversos problemas acerca de cuáles sean esos efectos del *prohijamiento*, concretamente quién ostentará la patria potestad sobre el prohijado. Mientras unos como RAMOS (en la ob. cit. nota 61), entienden que la patria potestad del prohijado no la tiene el prohijante, sino el Director o jefe del Establecimiento, otros estiman, como VIVES y VILLAMAZARES (*El abandono y reconocimiento tardío de los hijos naturales*, en Rev. valenciana de Derecho, número 3, 1944, págs. 17 a 24, y número 4, págs. 3 y ss.), que existe una prescripción "sui generis" (decadencia o caducidad) de la patria potestad de los padres naturales y que, en caso de conflicto, debe prevalecer la patria potestad del prohijante.

tener disposiciones sobre el particular. Así, el de la Inclusa de Madrid establece que “las solicitudes de prohijamiento serán formuladas mediante instancia ante la Dirección del establecimiento. Dichas solicitudes podrán ser cursadas únicamente por personas casadas o viudas, de intachable conducta, siempre que se hallen en condiciones para poder sostener y educar al niño que soliciten, y en las legales que fueren precisas si hubieren de adoptarle. En manera alguna podrán ser entregados en concepto de prohijamiento niños que no hayan ultimado el período de destete, salvo casos excepcionales en que, por las condiciones de los solicitantes y los datos que aporten, entendiera la Corporación que pudieran ser entregados, sin perjuicio de requerir periódicamente, si lo estimase preciso, el oportuno informe de su Cuerpo de Letrados. A toda concesión de prohijamiento precederán las necesarias informaciones y compulsas de datos y antecedentes que por la Dirección serán interesados, inexcusablemente, mediante los oportunos y favorables informes de las autoridades sobre las particulares circunstancias propias de cada caso y en relación con la edad, conducta, situación económica y demás extremos en relación con los prohijadores que estime conveniente solicitar. La entrega de prohijados se efectuará mediante acta duplicada, que firmarán los solicitantes con el director y dos testigos que paguen Contribución industrial o territorial, o sean empleados del Estado, provincia o municipio, o del organismo o entidad constituida con carácter permanente. La Dirección, en el ejercicio de funciones delegadas por la Excelentísima Diputación Provincial, tendrá siempre derecho sobre los acogidos, varones o hembras, estén o no prohijados, para hacerles volver al establecimiento, siempre que en beneficio de los mismos considere conveniente adoptar dicha medida” (art. 84).

Para evitar que los prohijados tengan o puedan tener peor condición que los no prohijados, dispone el artículo 86, párr. 3.º, del citado Reglamento, que “los prohijantes de acogidos de la Institución vendrán obligados a adoptar al niño o niña que tuvieren en su poder en el momento en que reúna las condiciones que para la adopción se consignan en la legislación vigente”.

El acogimiento o colocación familiar ha sido regulado por la Orden de 1.º de abril de 1937, cuyo artículo 1.º dispone que los menores huérfanos y abandonados podrán ser recibidos: *a*) con carácter permanente; *b*) con carácter temporal hasta la edad o momento que se estipule en cada caso. Las personas a quienes se entreguen los niños están obligadas a darles instrucción escolar hasta los doce años (artículo 8.º). La tutela correspondiente a los acogidos se ejercerá por las Juntas locales de colocación familiar, bajo la inspección de la Junta provincial de Beneficencia y del Gobierno General del Estado, quienes investigarán, entre otros extremos, cómo cumplen aquéllos su obligación tutelar. La representación en juicio estará a cargo del Ministerio Fiscal (art. 9.º). Si en cualquier momento apareciese el padre o tutor legal de alguno de los niños colocados, podrá reclamarlo, de

acuerdo con lo dispuesto en las leyes y reglamentos vigentes (art. 12).

Pues bien, con respecto a los prohijados antes de los catorce años en quienes concurra la circunstancia de haber sido abandonados o expósitos (o huérfanos asimilados) se permite que sean adoptados plenamente por quienes reúnan los requisitos legales, sin limitación de edad ni plazo alguno. Resulta claro, aunque la razón no parezca demasiado convincente, que no gozan de esta posibilidad aquellos que no fueron prohijados, sino sólo acogidos. Pero, ¿podrán asimilarse a los prohijados aquellos que antes de los catorce años hubieran sido adoptados en adopción menos plena por quien luego se propone adoptarlo plenamente? A primera vista parece que si se establece un trato de favor para quienes ya tenían un vínculo de naturaleza administrativa y eficacia débil (la Administración puede en cualquier momento reclamar al prohijado), con mayor razón deberá permitirse la adopción plena de quienes, reuniendo los requisitos legales, han establecido previamente un vínculo, más fuerte, revelando así su más clara voluntad en orden a la creación de lazos afectivos. Pero la cuestión no es tan simple, habiendo quien ha sostenido la opinión negativa (27). Creo que puede distinguirse según los diferentes supuestos de hecho y llegar a distintas soluciones.

- h) *¿Pueden asimilarse los ya adoptados a los prohijados, a los efectos del artículo 178, párrafo 2.º, inciso final, del Código civil?*

Esta pregunta, formulada de otro modo, consiste en determinar si la adopción practicada en la única forma conocida antes de la reforma de 1958 o después en forma menos plena puede convertirse en adopción plena, entre las mismas personas que intervinieron como adoptado y adoptante o entre esas mismas personas y el cónyuge del adoptante único anterior, cuyas nupcias fueron posteriores a la adopción e incluso anteriores en algún caso especial.

Creo que, para mayor claridad, pueden distinguirse una serie de supuestos cuyos tipos principales son los siguientes:

1.º *Adoptado conforme al Código civil antes de la reforma de 1958.*

1') Si tanto el adoptado como el adoptante o los adoptantes reunían en aquel entonces los requisitos exigidos para la adopción plena por la nueva legislación y los reúnen actualmente, estimo que la respuesta ha de ser claramente afirmativa, debiendo permitirse la adopción plena.

2') Si el adoptado reunía y sigue teniendo los requisitos exigidos para la adopción conforme a la nueva legislación, pero no así el o los adoptantes, quienes no los reunían antes (v. gr.: soltero), pero sí bajo

---

(27) Cfr. GAMBÓN ALIX, Germán, *La adopción*, Barcelona, edit. Bosch 1960, páginas 129 y ss.

la vigencia de la legislación reformada, estimo que igualmente debe llegarse a una admisión de la adopción plena.

3') En cambio, creo que habrá que responder negativamente y no podrá llevarse a cabo la adopción plena cuando le faltaban al adoptado los requisitos en aquel entonces (pues menos los tendrá después —v. gr.: si no era abandonado o expósito—) o si el adoptante reunían entonces los requisitos pero no ahora (v. gr.: diferencia de edad, que antes era de quince años y ahora de dieciocho).

2.º *Adoptado conforme al Código civil después de la reforma de 1958.*

1') Si al celebrarse la adopción menos plena el adoptado reunía todos los requisitos precisos para la adopción plena, pero no el adoptante (v. gr.: por ser soltero), estimo que deben hacerse todos los esfuerzos posibles para llegar a una solución permisiva y autorizar la adopción plena (v. gr.: si el soltero adoptante menos pleno ha contraído matrimonio y desean adoptar plenamente ambos cónyuges).

2') Si adoptado y adoptante reunían todos los requisitos precisos para efectuar la adopción plena y, no obstante, efectuaron la menos plena, ello quiere decir que puestos a elegir entre dos posibilidades optaron por una de ellas desechando la otra, por lo que no será posible una posterior adopción plena.

Los principales argumentos en favor de las soluciones permisivas, conforme a los casos expuestos, pudieran ser:

1. La "ratio" de la institución que es la mayor protección y proporcionar el máximo beneficio al adoptado, cuyo interés debe siempre prevalecer al interpretar y aplicar cualquier precepto legal. De otro modo, resultaría perjudicado un adoptado frente a quien no lo es, precisamente por serlo (¡extraña paradoja que la ley perjudique a quien quiere beneficiar!). De este modo se facilitan las adopciones plenas, pues a menudo sucede que muchas personas, a pesar de su gran deseo de tener un hijo, vacilan en introducir plena e irrevocablemente a un niño cuyos antecedentes hereditarios desconocen, o bien temen la oposición de sus familiares que esperan vencer con el tiempo. Argumento que alcanza su máximo valor cuando la adopción plena no ha sido posible por falta de algún requisito legal. ¿Por qué interpretar en tal caso la laguna legal en perjuicio del adoptado? Mucho más lógico y razonable es hacerlo en su favor, dándole toda clase de facilidades para que consolide su situación en su familia adoptiva.

2. La irrevocabilidad de la adopción no es argumento en contrario, pues no es que se deje sin efecto la adopción anterior, antes bien, se refuerza notablemente. Es una "transformación" de la adopción en otra de efectos más fuertes, no una pura extinción.

3. Existen también argumentos de Derecho comparado. El artículo 103 del Decreto-Ley francés de 29 de julio de 1939 estableció que "durante el plazo de un año, a partir de la fecha de publicación del

presente Decreto, las disposiciones relativas a la legitimación adoptiva pueden ser extendidas a los niños adoptados anteriormente a esta fecha, si los requisitos exigidos por el nuevo artículo 368 del Código civil se encuentran cumplidos a la vez en el momento de la adopción y en el de interposición de solicitud de la legitimación. No obstante, por dispensa del requisito de edad impuesto al adoptado, puede serle concedida la legitimación si no ha cumplido dieciséis años el día de la publicación del presente Decreto. La legitimación acordada no tiene efecto retroactivo." Por su parte, la jurisprudencia francesa ha establecido que quienes reúnan *a la vez* los requisitos exigidos para la adopción y para la legitimación adoptiva, deben escoger entre estas instituciones y no pueden recurrir a ellas sucesivamente (sentencia de 3 de enero de 1947), deduciéndose, "a sensu contrario", que los esposos pueden beneficiar con la legitimación adoptiva al adoptado anteriormente por uno de ellos, si no reunían en el momento de la adopción todos los requisitos exigidos por los artículos 368 y siguientes del Código civil. En este último sentido se manifestó el Tribunal civil del Sena de manera constante. También se ha presentado un proyecto legislativo tendente a facilitar la conversión de la adopción en legitimación adoptiva.

4. Algunos autores argumentan que desde el momento en que el niño ha sido adoptado ya no tiene la condición de abandonado o expósito. Esta razón no nos parece correcta, pues desenfoca el problema. No se trata de que el adoptado haya de tener la condición de abandonado o expósito materialmente o "de hecho", sino de que merezca tal concepción "jurídica". De otra suerte, nos encontraríamos con que el mismo prohijado ya no es abandonado, pues alguien se ha encargado formalmente de su persona. La calificación jurídica se otorga en un cierto momento inicial de situación de desamparo y luego no varía aunque materialmente haya sido recogido por otra persona, mientras no se sepa quienes son sus padres o se destruya ese abandono inicial por acto de las mismas personas que lo determinaron.

5. En realidad, el problema se plantea en términos equivocados, pues la prueba incumbiría a quien negase esta posibilidad, ya que todo lo que no se encuentra expresamente prohibido por la ley ha de entenderse permitido ("permissus quid ne prohibeatur").

6. A falta de disposiciones transitorias de la Ley de 1958 hay que aplicar las del Código civil, y el sentido de éstas es favorable a permitir la adopción plena para quienes adoptaron conforme a la única forma posible antes de la reforma de 1958.

#### i) Otras cuestiones relativas al adoptado.

Al decir el artículo 178 del Código civil que "únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que... siendo mayores de catorce años fueron *prohijados* antes de esta edad por *los adoptantes*", puede cuestionarse si es preciso que el prohijamiento haya sido

efectuado en todo caso por los dos cónyuges, de modo que no se aplicaría esta regla cuando el prohijamiento fue llevado a cabo por uno sólo o por soltero o viudo.

Como argumento favorable a la primera interpretación puede aducirse el cambio de redacción del precepto con respecto a la que figuraba en el Anteproyecto, según el cual podían ser adoptados “los abandonados o expósitos menores de edad, mayores de catorce años, si con anterioridad a esta edad estuvieren prohijados *por cualquiera* de los adoptantes”. Y el argumento es tanto más fuerte cuando el propio texto del Código se cuida de puntualizar, en otros casos, “adoptante o adoptantes” (art. 178, párr. 3.º) y, por lo general, se refiere sólo al adoptante (arts. 173, 174, 179 y 180). Pero teniendo en cuenta que una tal interpretación sería contraria al interés del adoptado, pues restringiría los supuestos en que actuase la dispensa del límite de edad, es menester decidirse por la contraria. El empleo del plural “adoptantes” se explicaría porque así lo parece exigir la misma construcción gramatical del párrafo segundo del artículo 178, el cual comienza por emplear un término también en plural (únicamente *podrán ser adoptados los abandonados o expósitos...* que siendo *mayores* de catorce años *fueron prohijados...*). Parece más acorde con el sentido general del precepto emplear el plural “adoptantes” en vez del singular “adoptante”, sin que deba darse un alcance mayor a esa expresión.

Queda por analizar el supuesto de varios adoptantes y un adoptado, así como el de uno o varios adoptantes y varios adoptados, que, en verdad, plantean pocas dificultades en orden a su resolución. El primero de ellos, porque nuestro Código es tajante a este respecto: “Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente y fuera de este caso nadie puede ser adoptado por más de una persona” (art. 713, núm. 4.º).

En cuanto al supuesto de uno o varios adoptantes (caso del matrimonio) y varios adoptados, en nuestra legislación rige el principio de la no limitación del número de adoptados por la misma persona, cualquiera que sea la clase de adopción. Este criterio, que es el generalmente seguido por las legislaciones, sólo puede merecer alabanzas, las mismas que exigen las familias numerosas, máxime en este tiempo de una decreciente y alarmante curva del índice de natalidad en los países occidentales. Mas no siempre ha sido y es seguido. Así, entre los revolucionarios franceses tuvo partidarios la idea de limitar el número de adoptados por la misma persona e incluso la tesis prohibitiva, salvo a favor de los hermanos del primer adoptado. Pero el vigente Código civil francés no contiene limitación alguna, y más bien de su articulado se desprenden argumentos favorables a la ilimitación del número de adoptados. El párrafo 1.743 del B. G. B. manifiesta que la existencia de un hijo adoptivo no se opone a una posterior adopción. En cambio, la ley argentina de 1948 limita a dos el número de los posibles adoptados por un mismo matrimonio, y el Código de la familia búlgaro precisa que el adoptante no tenga otro hijo adoptivo. En fin, algunas legislaciones sólo permiten la adopción de varias

personas cuando se realiza simultáneamente o en un mismo acto (Códigos parmense —aa. 140 y 141—, sardo —a. 189—, estense —a. 176—, italiano de 1865, 1939 y 1942 —aa. 203, 292, 294—, griego —a. 1.570—, venezolano y ley checoslovaca de 28 de marzo de 1928 —a. 1.º, párrafo 5.º—).

j) *La adopción entre parientes.*

De antiguo se ha tratado la cuestión relativa a si puede adoptar una persona a otra unida a ella por vínculos de parentesco. Precisamente este punto dio pie a JUSTINIANO para distinguir dos tipos de adopción, la *plena*, cuando el adoptante era un ascendiente consanguíneo del adoptado, y la *menos plena*, en otro caso. Mientras la primera producía los efectos de la antigua adopción consistentes fundamentalmente en la *capitis deminutio* mínima y sumisión a la *patria potestas* del adoptante, la adopción menos plena no origina esos efectos, sino únicamente concede al adoptado derecho a suceder abintestato al adoptante (28).

Las Partidas siguen el sistema romano y admiten la adopción de los nietos por los abuelos (29).

En el Derecho francés, BAUDRY-LACANTINERIE (30) y COLIN Y CAPITANT (31) se muestran partidarios de la posibilidad de que los padres adopten a sus hijos naturales no reconocidos, a través del estudio que hace el primero de los precedentes de la etapa codificadora (32), y citando los segundos la ley de 13 de febrero de 1909, que reformó el antiguo artículo 347 del Código Napoleon (33). JOSSE-

(28) Instituciones, I, 11, 5 y 6; I, 11, 2.

(29) Partida 4.ª, tít. XVI, ley 10.ª

(30) BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des Personnes*, vol. IV, París 1905, págs. 35 y 36 (la parte dedicada a la adopción está redactada por G. Chénaux).

(31) Vid. COLIN y CAPITANT, A. y H., *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp. de la Rev. Gral. de Leg. y Jur., con notas de De Buen, edit. Reus, Madrid 1922, t. I, pág. 615.

(32) Fueron grandes las discusiones que originó esta cuestión: MALEVILLE y TRONCHET se mostraron enemigos de permitirlo, aduciendo que en otro caso sería fácil burlar las disposiciones que limitan la facultad de disponer de los bienes a favor de los hijos naturales, que se impediría de hecho el reconocimientto, etc., mientras que la solución permisiva fue defendida por BERENGER, REAL y el mismo NAPOLEÓN, aduciendo el bien de los mismos padres y del hijo, la imposibilidad de impedirlo efectivamente en la mayoría de los casos y que cuando la ley priva al hijo natural del derecho a suceder, no ha querido castigarlo por las faltas de su padre, sino hacer respetar las costumbres y la dignidad del matrimonio; y la ley, al hacerlo suceder como adoptado y no como bastardo, concilia la justicia y el interés de las costumbres; y el inconveniente de facilitar la adopción de los bastardos es menor que el de abandonarlos. Fruto de todas estas discusiones y encontradas opiniones fue que el Código civil guardó silencio sobre el particular, que la cuestión fue vivamente controvertida en la doctrina y en la jurisprudencia y que las actas de la discusión en el Consejo de Estado fueron invocadas por los partidarios de ambas soluciones.

(33) Sólo indirectamente puede deducirse de aquí un criterio favorable a la

RAND, comentando la doctrina jurisprudencial, manifiesta que ha estado bien inspirada al consagrar el criterio liberal, pues las estadísticas demuestran claramente el elevado porcentaje de adopciones entre parientes (34). La jurisprudencia francesa, después de algunas fluctuaciones, ha terminado por admitir la validez de la adopción de hijo natural, sea o no reconocido, y del ilegítimo no natural (v. gr.: adulterino) por sus padres (35), y lo mismo ha resuelto respecto a la legitimación adoptiva (36). En tales casos, como el padre o madre adoptante no puede consentir en dos conceptos a la vez, de una parte para autorizar la adopción y de otra parte como adoptante, la jurisprudencia aplica por analogía el párrafo 2.º del artículo 349 del Código civil (37) y llama a prestar el consentimiento para la adopción al Consejo de familia (38).

La cuestión fue también muy discutida en los diversos Proyectos de Códigos civiles italianos, terminando por triunfar la solución prohibitiva, que había contado entre sus partidarios a PISANELLI, VIGLIANI y SOLMI. El actual artículo 293 del Código civil italiano establece: "Prohibición de la adopción de los hijos nacidos fuera del matrimonio.—Los hijos nacidos fuera del matrimonio no pueden ser

posibilidad de que el padre adopte a su hijo natural, pues la Ley de 13 de febrero de 1909, al reformar el artículo 347 del Código Napoleón, se limitó a disponer que "L'adoption conféra le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom de ce dernier.—Toutefois, si l'adopté est un enfant naturel non reconnu, le nom de l'adoptant pourra par l'acte même de l'adoption, et du consentement des parties, lui être conféré purement et simplement, sans être ajouté à son propre nom".

(34) JOSSEERAND, Louis, *Derecho civil revisado y completado por André Brun*, t. I, vol. 2.º, *La Familia*, trad. esp. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires 1950, págs. 422-423.

En el año 1924, de 1.675 adopciones, 745 lo fueron entre parientes, legítimos o naturales; en 1928, de 1.555 adopciones, 22 lo fueron de hijos naturales reconocidos, 40 de hijos naturales no reconocidos, 127 de hijos políticos, 336 de sobrinos, 29 de otros parientes o afines y 981 de extraños; en 1933, de 2.234 adopciones, las cifras son, respectivamente, 74, 71, 125, 306, 177 y 402.

(35) Sentencia del T. S. de 1.º de abril de 1846, D. P. 1846.1.81; Sentencia 1846.1.273.

(36) Sentencia del Tribunal civil de Briançon de 24 de mayo de 1946, confirmada por la de Grenoble de 26 de febrero de 1947.

La cuestión pareció lo suficientemente delicada para que el Tribunal Supremo cambiase dos veces de parecer. Después de haberse pronunciado por la afirmativa (Civ. 28 de abril de 1841, D. P. 1841.1.136), y más tarde por la negativa (Civ. 16 de marzo de 1843, D. P. 1843.1.97) volvió a su primera opinión (Civ. 1.º de abril de 1846, citada en nota 75), y en ella ha permanecido resueltamente, que sepamos (Req. 13 de junio de 1882, D. P. 1882.1.308).

(37) Artículo 349: "Si el menor no tiene ni padre ni madre, o si los mismos se encuentran impedidos para manifestar su voluntad, el consentimiento será otorgado por el Consejo de familia. Lo mismo sucederá si el menor es un hijo natural no reconocido o si después de haberlo sido ha perdido a sus padres o éstos no pueden manifestar su voluntad".

(38) Vid. sobre el particular, PLANIOL ET ROUAST, *Traité pratique de dr. civ. français*, t. II, *La Famille*, núm. 1.007. LAGARDE, Comentario a la sentencia del Tribunal civil de Briançon de 24 de mayo de 1946, en la *Revue trimestrielle de dr. civ.*, 1947, págs. 317 y ss.

adoptados por sus padres. No puede, sin embargo, ser declarada la nulidad de la adopción si, cuando ésta tuvo lugar, la cualidad de hijo natural del adoptado no resultaba del reconocimiento o de declaración judicial. Si el adoptado es un hijo natural que no puede ser reconocido cuya filiación resulta por alguno de los medios indicados en el artículo 279, puede siempre declararse la nulidad de la adopción.”

En la doctrina alemana, ante el silencio legal, la cuestión se ha resuelto en sentido permisivo. La doctrina brasileña predominante, sostenida, entre otros, por el autor del Código civil de 1916, Clovis Bevilacqua, se inclina a reconocer la posibilidad de que el padre o la madre adopten a sus hijos adulterinos. El artículo 358 del Código civil brasileño, modificado por el Decreto-Ley de 27 de septiembre de 1942 (núm. 4.737) y por la Ley de 21 de octubre de 1949 (núm. 883), que prohíbe el reconocimiento del hijo adulterino o incestuoso, no se aplica a la adopción, pues, como derogatorio del derecho común, se entiende que no es susceptible de interpretación extensiva. En general, se advierte en la doctrina y legislación comparadas una clara tendencia favorable al criterio permisivo (39).

Entre nosotros, la Resolución de 23 de octubre de 1947 estableció la imposibilidad de que la madre adoptase a su hijo natural reconocido. Con referencia a la legislación anterior a la reforma de 1958, Mucrus

---

(39) Es de notar que aunque la prohibición de que los padres adopten a sus hijos naturales reconocidos mantiene su vigencia en legislaciones como las de Holanda (a. 344), Italia (a. 293), Noruega (a. 1.º), Uruguay (a. 160), Venezuela (a. 249), y Estados de América del Norte como Illinois, Minnesota, Nuevo México, Virginia, Idaho, Montana, Dakota Norte y Sur, Oklahoma, Utah, y existía en la India bajo el régimen de la adopción “dattaka”, no todos estos países prohíben la legislación de los demás hijos ilegítimos. Así, en la mayoría de los Estados norteamericanos, el padre puede adoptar a su hijo adulterino reconociéndolo públicamente (by public acknowledgement) y recibéndolo en su familia como su hijo, con consentimiento de su cónyuge. Por otra parte, la tendencia favorable a la solución permisiva se muestra en el Svod Zakonov ruso de 1832, los Códigos báltico y letón de 1864 y 1937, respectivamente; en la desaparición de la prohibición en Austria desde 1914, en la facilitación de esta adopción por la ley checoslovaca núm. 56, de 28 de marzo de 1928, y en la autorización expresa contenida en las leyes de California de 1872, danesa de 26 de marzo de 1923 (art. 4.º), finlandesa de 5 de junio de 1925 (art. 2.º), sueca de 10 de junio de 1949 (según la cual la madre natural puede adoptar a su hijo conjuntamente con su esposo, siempre que sea mayor de edad, aunque no tenga los 25 años que normalmente se exige al adoptante), belga de 22 de marzo de 1940 (que modifica el art. 344 del Código civil), irlandesa de 13 de diciembre de 1952, la Adoption of Children (Regulation) Act inglesa de 1939, y el Código peruano de 1936 (art. 327). Según los Estatutos de Quebec (cap. 324, art. 6.º) se permite la adopción siempre que no suponga un conflicto entre la familia de origen y la adoptiva; así, en principio, sólo se permite a favor de los hijos ilegítimos de cuyo mantenimiento y educación no se han encargado sus padres; de hijos legítimos huérfanos de padres o si éstos están privados definitivamente de razón y sus ascendientes no los toman a su cargo; y a favor de los hijos legítimos huérfanos de padre o madre cuando son adoptados por el padre o la madre del difunto, caso claro en que se admite expresamente la adopción del nieto legítimo por sus abuelos (Vid. BAUDOUIN, Louis, *Le Droit civil de la Province de Québec*, 1953, lib. III, 2.ª parte, cap. IV, pág. 252).

SCAEVOLA llega a las siguientes conclusiones: 1.<sup>a</sup> El padre o madre no puede adoptar a su hijo natural reconocido, pues perdería en consideración y derechos. 2.<sup>a</sup> El no reconocido podría ser adoptado por su padre o madre naturales como un extraño, es decir, no descubriendo su cualidad, porque si ésta se manifestase surgiría prepotente el reconocimiento, que anularía la adopción pretendida. 3.<sup>a</sup> Respecto de los demás hijos ilegítimos, se impone la opinión afirmativa, salva la excepción del hijo sacrílego por parte del padre o de la madre en quien concurra la citada causa de sacrilegio (40).

Un planteamiento completo de la cuestión podría hacerse a base de distinguir, dentro de la adopción entre parientes:

1.º Adopción entre parientes en línea recta.

Descartada la posibilidad de que el descendiente adopte a su ascendiente, queda limitado el estudio al caso inverso, pudiendo subdistinguir la adopción entre parientes de segundo o ulteriores grados y la del hijo por su padre. En el primer caso (v. gr.: abuelo y nieto) nada impide semejante adopción con tal que se reúnan los requisitos legales, especialmente la carencia de descendientes legítimos o legitimados; siempre el abuelo podrá adoptar al hijo natural reconocido por su hijo premuerto. Ahora bien, quizá pudiera decirse que la solución permisiva no aparece tan clara, pues depende, en definitiva, del diverso punto de vista con que se interprete la prohibición contenida en el artículo 173, núm. 2.º, del Código civil: si se entiende de un modo absoluto, resultaría que no podría ser adoptado el descendiente único (legítimo o legitimado) por su abuelo, ya que su misma existencia haría entrar en juego la prohibición. Pero si se interpreta, como creo debe serlo, de modo relativo, conforme a la finalidad del precepto, consistente en evitar que el descendiente pueda ser perjudicado por la intromisión en la familia de un extraño o, en general, de cualquier persona ajena a él mismo, faltará la razón de ser de semejante prohibición y, por tanto, la adopción podrá llevarse a efecto. Aunque no sean muy frecuentes, pueden darse estos casos (v. gr.: para conservar el apellido de la línea materna). En cuanto a la adopción del hijo por su propio padre o madre, la solución racional creo que es mantener la imposibilidad de la adopción cuando la relación paternofamiliar sea legalmente conocida y la posibilidad en caso contrario. El padre o madre no podrán así adoptar a sus hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos; basta para ello pensar que falta interés en esa adopción, pues nunca gozará el hijo de superiores ni siquiera iguales derechos al ser adoptado. Si el hijo es natural pero aún no ha sido reconocido, podrá ser adoptado, si bien, en caso de un posterior reconocimiento por el mismo padre adoptante, la relación de paternidad natural prevalecerá sobre la adoptiva, sin que pueda adu-

---

(40) Vid. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil concordado y comentado extensamente*, t. III, 3.<sup>a</sup> edic., Madrid 1893, pág. 401.

cirse en contrario el párrafo final del artículo 175, pues claramente se desprende que éste se refiere al caso en que el reconocimiento sea hecho por un tercero, es decir, una persona distinta del propio adoptante. De este modo se obtiene un medio para que el padre natural pueda cumplir legalmente y en conciencia los deberes que tiene respecto a su hijo sin necesidad de poner de manifiesto su paternidad, para lo cual pueden existir obstáculos serios. Por último, el padre o madre podrán adoptar a sus hijos legítimos no naturales siempre que se reúnan los requisitos generales y especiales según la clase de adopción. Aunque posteriormente se descubra o ponga de manifiesto, incluso por acto voluntario del padre o madre adoptivo, esa relación de paternidad, no afectará a la adopción, pues desde el punto de vista legal no existe, en realidad, una situación familiar, sino sólo efectos muy concretos y restringidos de esa generación ilegítima (arts. 140, 143, 845).

#### 2.º Adopción entre colaterales.

No veo ningún obstáculo legal para llevarla a cabo, ni siquiera entre hermanos, con tal que reúnan los requisitos legales, de entre los cuales quizá represente, en principio, el mayor abtáculo la diferencia de edad, si bien ésta suele darse entre el mayor y menor de los hermanos con relativa frecuencia.

#### 3.º Adopción entre cónyuges.

Aunque en nuestro Código no se contiene una prohibición expresa, inducen a rechazar esta posibilidad (que un cónyuge adopte al otro) los principios generales, en pugna con la equívoca situación creada. También puede aducirse que si el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado (art. 84, núm. 5.º), impedimento que tiene carácter no dispensable, y cuyos efectos alcanzan al matrimonio canónico, el cónyuge no podrá adoptar a su consorte, pues, en definitiva, por camino inverso vendría a crearse la misma situación.

#### 4.º Adopción entre afines.

Parece que nada se opone a que el suegro o suegra adopten al yerno o nuera, siempre que concurren los requisitos exigidos por la ley. Asimismo, podrá admitirse en los restantes casos de afinidad. El Código civil permite expresamente la adopción del hijastro o hijastra por su padrastro o madrastra en el artículo 180.

#### k) *Las prohibiciones.*

Además de los requisitos establecidos de manera positiva, por lo general, las legislaciones establecen diversas prohibiciones para adoptar o ser adoptado, cuya naturaleza es distinta. Algunas de las calificadas como prohibiciones son, en el fondo, verdaderos requisitos, aunque su concepto se exponga en forma prohibitiva; tienen, por otra parte, tal carácter de generalidad que constituyen, juntamente con los

requisitos de edad y de consentimiento, verdaderas reglas de Derecho común legislativo, y en atención a ello han sido estudiadas al hablar de los requisitos, como ocurre en nuestra legislación con el consentimiento del cónyuge del adoptante y la carencia de descendientes. Otras son verdaderas prohibiciones, como las contenidas en los números 1.º y 3.º del artículo 173 del Código civil. A estas últimas vamos a referirnos ahora.

*Prohibición impuesta a los eclesiásticos.*

Manifiesta el artículo 173: "... Se prohíbe la adopción: 1.º A los eclesiásticos." Se trata de una prohibición peculiar y casi diríamos exclusiva de nuestra legislación, que no se encuentra en las extranjeras. Arranca, al parecer, de la glosa de GREGORIO LÓPEZ a la ley 2.ª del título XVI de la Partida IV (41), y desde entonces se ha venido repitiendo hasta el presente. El Fuero Real, sin embargo, ya la contenía, pues manifestaba que ningún ome de Orden podía adoptar (Libro IV, título XXII, ley 3.ª), si bien admitió que con otorgamiento del Rey pudiese adoptar el llamado "ome de Orden". Así venía sucediendo hasta que la ley de 1838, al enumerar las gracias al sacar, pasó por alto la de los eclesiásticos de obtener la real licencia para poder adoptar.

El *fundamento* de esta prohibición puede encontrarse en el principio, tantas veces citado, de que la adopción imita a la naturaleza (42), y así como es legalmente imposible que el sacerdote adquiriera la paternidad después de su ordenación, por idéntica razón la ley le prohíbe adquirir la adoptiva. Los autores señalan otros motivos, tales como los de que el sacerdote se debe a la humanidad en general, que el llamamiento divino supone la renuncia a los efectos mundanos, consideraciones de orden moral, como el temor de que la adopción fuese ocasión de desmoralización para estas personas por la posibilidad de adoptar al hijo sacrílego (43), etc. Sea cual fuere, en realidad, su fundamento, lo cierto es que son muy escasas las legislaciones modernas que la mantienen, como la cubana anterior a la revolución castrista, donde regía en idénticos términos que en nuestro Código, y el art. 179 del Código civil austríaco, según el cual no pueden adoptar los que hayan hecho voto solemne de permanecer en el celibato, si bien no se consideran excluidos y pueden, por ende, adoptar los pro-

---

(41) "Porfijar puede todo ome libre que es salido de poder de su padre. Pero ha menester el que quisiere esto fazer que aya todas estas cosas: que sea mayor que aquel a quien quiere porfijar de diez e ocho años: e que aya poder naturalmente de engendrar, aviendo sus miembros para ello...". Es precisamente al comentar el requisito de que "aya poder para engendrar", cuando GREGORIO LÓPEZ manifiesta: "... unde sacerdos neque alius constitutus in sacris non potest adoptare cum non possit matrimonium contrahere...", citando en apoyo de esta solución la opinión de Alberico.

(42) Instituciones, I, 11, 4: "adoptio enim naturam imitatur".

(43) Vid. MANRESA, *Comentarios*, 6.ª edic., tomo II, pág. 108.

fesos en Ordenes que no requieren voto solemne de castidad y los sacerdotes del clero secular, aunque éstos se encuentren obligados al celibato, porque esta obligación deriva del sacramento y no de un voto especial. La cuestión había sido controvertida en Francia, pero desde la sentencia de 28 de noviembre de 1844 (S., 44.1.801), han desaparecido todas las dudas y se ha impuesto la solución afirmativa de que los sacerdotes, los religiosos profesos y las religiosas profesas pueden adoptar.

El *ámbito de la prohibición* se delimita en un doble sentido. Primero, porque sólo comprende a los eclesiásticos. Segundo, porque sólo alcanza a las adopciones posteriores al estado eclesiástico, no las realizadas antes. ¿Qué debe entenderse por “eclesiásticos”? Para VALVERDE son los ordenados “in sacris” (44), MANRESA entiende por tales, al igual que PUIG PEÑA, los del art. 83, es decir, que para ellos la prohibición comprende a los religiosos profesos (45). MUCIUS SCAEVOLA estima que deben considerarse incluidos en la prohibición quienes hayan recibido Ordenes mayores y pertenezcan al clero secular, pues el regular se atiende a sus reglas y como es imposible que, conforme a ellas, los religiosos profesos puedan adoptar, el Código no se ha referido a ellos, porque lo que es imposible no se prohíbe (46). El profesor CASTÁN TOBEÑAS, expresa que la doctrina entiende que la prohibición alcanzará por igual a los sacerdotes seculares y a los regulares, si bien es más precisa la norma del art. 83 del Código civil (47).

Según el Diccionario de la Lengua castellana, por eclesiásticos hay que entender “los que están ordenados y admitidos en el número y orden de la Iglesia”. Pero este concepto no me satisface plenamente, por lo que convendrá ver si cabe precisarlo un poco más. Un argumento favorable a que la palabra “eclesiásticos” utilizada en el artículo 173 lo está en su acepción amplia, comprendiendo a los religiosos profesos, lo constituye el que el art. 237 núm. 12 declara que “no pueden ser tutores ni protutores: ...12. Los religiosos profesos”; luego si éstos no pueden ser tutores ni protutores, con mayor razón tampoco podrán adoptar, pues la adopción impone mayores deberes que la tutela. De modo que desde este punto de vista observamos cómo es razonable que el término eclesiástico incluya a los religiosos profesos. Pero la cuestión no acaba aquí, pues acto seguido el art. 244 nos dice que “pueden excusarse de la tutela y protutela: ...3.º. Los eclesiásticos”. Luego si los religiosos profesos no pueden ser tutores ni protutores y los eclesiásticos pueden excusarse de la tutela y pro-

(44) Vid. VALVERDE, *Tratado*, t. IV, 4.ª edic., pág. 474, nota 2.

(45) Cfr. MANRESA, loc. cit. nota 83; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. II, Derecho de Familia, 1946.

(46) Vid. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil concordado...*, t. III, 3.ª edic., Madrid, 1893, pág. 411.

(47) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 2.º, 7.ª edic., Madrid, 1958, pág. 209.

tutela, ello nos indica que para el Código ambos términos no son sinónimos, sino diferentes, ya que quien está incapacitado para desempeñar un cargo o se le prohíbe su ejercicio no tiene por qué excusarse. De la comparación entre ambos preceptos resulta que para el Código son eclesiásticos quienes pertenecen al clero secular, es decir, quienes no son religiosos profesos. ¿Puede aplicarse esta idea al art. 173? Entendemos que sí. ¿Guarda correlación esta acepción con la mantenida en el Derecho canónico? Opino negativamente. En primer lugar, el Código de Derecho canónico no habla de eclesiásticos, sino de *clérigos*. El Código civil debió emplear este término en vez del de eclesiásticos, pues es más correcto, tanto desde el punto de vista gramatical (ya que “clérigo” es siempre sustantivo, mientras que “eclesiástico” es un adjetivo sustantivado, v. gr.: estado clerical, estado eclesiástico) como desde el punto de vista técnico, toda vez que es el utilizado por el Codex, el cual, dicho sea de paso, no prohíbe adoptar a los clérigos.

Pues bien, según el canon 108, el estado clerical comprende a quienes han recibido Ordenes mayores y menores. Según el canon 132, mientras los primeros no pueden contraer matrimonio válido, los clérigos menores pueden ciertamente contraer matrimonio, pero por el propio derecho dejan de pertenecer al estado clerical. En cuanto a los religiosos profesos, es de tener en cuenta el canon 579, según el cual la profesión simple, sea temporal o perpetua, hace ilícitos los actos contrarios a los votos, pero no inválidos, a no ser que expresamente se previniese otra cosa; pero la profesión solemne, si son anulables, los hace también inválidos.”

De aquí resulta, a nuestro juicio, que el término “eclesiásticos” del art. 173 no comprende la generalidad de las personas ligadas con voto perpetuo de castidad, sino que se limita a los que han recibido Ordenes sagradas y, a mi entender, Ordenes mayores, puesto que las menores pueden ser quebrantadas por determinación voluntaria y no ligan “per aeternum” al ordenado. Este artículo, por tanto, no se refiere a los religiosos profesos, sino en tanto en cuanto los mismos hayan sido ordenados de mayores; ahora bien, como según sus reglas particulares no suelen poder adoptar, la consecuencia será la misma que si los comprendiese. Por otro lado, el voto de pobreza les imposibilita, dado el caso de que pudieran adoptar, para la prestación de alimentos y lo cierto es que desde que se consagran exclusivamente a la vida de oración y recogimiento, renuncian a todos los afectos mundanos, por lo que, en la práctica, no se plantearán conflictos. En conclusión, cabe afirmar que si los religiosos profesos han recibido Ordenes mayores les alcanza la prohibición del art. 173 núm. 1.º, mientras que si no han sido ordenados de mayores podrán adoptar desde el punto de vista de la Ley civil, con independencia de que la adopción se oponga a la profesión solemne o sus peculiares reglas, en cuyo caso la prohibición no viene impuesta por el Derecho civil, sino por el ecle-

siástico. Por tanto, creo que el término *eclésiásticos* ha de interpretarse como sinónimo de personas que han recibido las Ordenes mayores, sean o no religiosos profesos, pertenezcan al clero secular o regular. Que nuestra legislación prohíba sólo a éstos la adopción, sin prohibirla directamente a los religiosos profesos no ordenados "in sacris" ni a las religiosas profesas, aun cuando para ambos la prohibición resulte indirectamente del sistema del Código (argumento: art. 237 núm. 12) y de la regulación canónica a tenor de las reglas de su institución. Se hace aquí patente, una vez más, la anarquía conceptual, no ya exclusivamente técnica, de nuestros legisladores que, en vez de aprovechar las reformas para pulir y precisar los conceptos proporcionan nuevos motivos de confusión. Sólo así se explica la contradicción entre las expresiones de los arts. 83, núm. 4.º, 173, núm. 1.º, 237 núm. 12 y 244 núm. 3.º, o el hecho de que en cada uno de ellos se utilicen los mismos terminos en sentidos distintos.

Estimo que el clérigo apóstata no podrá adoptar, pues su carácter de tal no desaparece con la apostasía y además, como es posible su ulterior reintegro a la Religión, sería un medio para burlar una ley prohibitiva. En cambio, parece que podrán adoptar el reducido al estado ordinario.

En cuanto al carácter de esta prohibición, serán aplicables los artículos 9.º y 11, párrafo final del Código civil.

#### *Prohibición impuestas a los tutores.*

Al contrario de lo que sucede con la prohibición que acabamos de examinar, la relativa al tutor se encuentra establecida con carácter más general en el Derecho comparado (48). Los precedentes se encuentran en el Digesto, cuando se nos dice que no se permite arrogar a quien es tutor o curador de alguno menor de veinticinco años, por si acaso lo hace por no dar cuentas o por causa torpe, añadiendo que

---

(48) La establecen los Códigos civiles de Colombia (a. 276), Costa Rica (ley de 1934, art. 2.º), Cuba (art. 174), mejicano (art. 393), panameño (art. 176), uruguayo de 1868 (a. 244), venzolano (a. 248), uruguayo del niño de 1934 (a. 157), ley chilena de 1934 (a. 3.º), brasileño (a. 371), peruanos de 1852 y 1936 (arts. 272 y 330), de Bolivia (a. 187), Ley argentina de adopción (a. 7.º), Ley de El Salvador de 1955 (art. 4.º), Código filipino de 1949 (a. 334), italianos de 1865 (a. 207), 1939 (a. 293) y 1942 (a. 295), aparte de los antiguos Códigos parmense (a. 143), sardo (a. 173), estense (a. 179), de Ticino (a. 96), así como la ley yugoslava de 1947 (a. 7.º) y B. G. B. (parágs. 1.748, 1.752), entre otros. En cambio, tal prohibición no existe en el Derecho francés, por lo que la jurisprudencia del vecino país, a falta de prohibición legal expresa, ha estimado válida la adopción de un pupilo hecha por su tutor, cualquiera que fuese el momento en que se haya verificado (sentencia del Trib. civ. de Versalles de 16 de octubre de 1923, D. P., 24.2.161 y nota de Rouast), basándose además en que, según la ley francesa, sólo adolecen de nulidad las convenciones entre tutor y pupilo referentes directamente a la *gestión* de la tutela.

sólo ha de permitirse la arrogación de estos pupilos a los que la realicen llevados del parentesco o de un purísimo afecto (49).

Según el art. 173 de nuestro Código civil "se prohíbe la adopción: ...3.º. Al tutor respecto de su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas".

El fundamento de esta prohibición es el ya expuesto por JUSTINIANO y repetido por el Rey Sabio cuando nos dice que "podrían sospechar contra él, que lo fazia con mala intención: porque no le diese cuenta de sus bienes, que avia tenido en guarda, o si se la diese, que non lo faria tan lealmente nin tan bien como devia" (50). Razón, en suma de moralidad y no dar ocasión al fraude, consistente en el temor de que el tutor abuse de su posición y se enriquezca con perjuicio de los bienes del menor, unida al deseo de evitar el retraso o inexacta y defectuosa rendición de cuentas en perjuicio del pupilo.

Existe una cierta analogía entre el supuesto de hecho que contempla este artículo y el que origina la prohibición del art. 45 núm. 3.º, con la diferencia de que aquél no establece la posible dispensa por el padre.

El *ámbito de la prohibición* viene dado por los propios términos que emplea el art. 173. Comprende al tutor, cualquiera que sea su clase, que venga obligado a rendir cuentas, pero no a los herederos del tutor cuando sean éstos quienes las rindan. Ahora bien, ¿cuáles son los tutores que vienen obligados a rendir cuentas? ¿A qué cuentas se refiere el art. 173? En principio, parece no haber duda de que se trata de las cuentas generales o finales, no de las meramente anuales, si bien si un tutor está obligado a rendir éstas, con mayor motivo deberá rendir aquéllas. Pero puede preguntarse: ¿el tutor dispensado de rendir cuentas anuales, lo está también de la rendición de las cuentas generales? La jurisprudencia patria ha experimentado una interesante evolución. En un primer momento, estableció, sobre todo con especial referencia al tutor que obtiene el cargo con la asignación de frutos por alimentos, que no estaba obligado a rendir cuentas generales ni finales (sentencias de 7 de abril de 1859, 19 de noviembre de 1874 y 1.º de octubre de 1897), en base, principalmente a los artículos 1.261, 1.262 y 1.272 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, la ley 20, título 16 de la Partida VI y, ya con referencia al Código civil, que por ser uno mismo el espíritu que informa los arts. 279 y 280 del Código civil, los cuales están íntimamente relacionados, no cabe estimar de un modo absoluto la obligación que el segundo impone al tutor de rendir cuentas de la tutela al que le reemplaza en el cargo, sino limitada al caso de que, siendo el tutor pariente colateral del menor o incapacitado o extraño al mismo, no hubiese obtenido la tutela con la asignación de frutos por alimentos, que es el único en que,

(49) *Digesto*, 1, 7, 17, pr.; 1, 7, 17, 1.

(50) Partida IV, título XVI, ley 6.ª: "Que ningun ome non ha de poder de porfijar al moço que toviere en guarda".

según el primero de los artículos mencionados, está obligado el tutor a rendir cuentas de su gestión al Consejo de familia, llamado también por el art. 280 a examinar y censurar la cuenta a que este último artículo se refiere. Un cambio de rumbo parece marcar la sentencia de 28 de octubre de 1904, que negando también tenga obligación el tutor a quien se le hubiere asignado "frutos por alimentos", de rendir cuentas anual ni general, deja a salvo el que, *por acción distinta a la de rendición de cuentas*, pueda el pupilo, cuando desaparece la incapacidad o llega a la mayor edad, exigir del tutor o de sus herederos la reparación de toda clase de perjuicios que haya podido irrogarle la gestión tutelar, sea por defraudaciones, sea por malversaciones, por retraso en la entrega de los bienes o incompleta entrega de los mismos, o por negligencia, o sea, por cualquier otra causa análoga. El citado proceso evolutivo parece llegar a su final en las sentencias de 28 de noviembre de 1905 y 27 de marzo de 1936, con el paréntesis de la solución intermedia representada por la de 13 de enero de 1930, estableciéndose que la obligación de rendir cuentas acabada la tutela, comprende, sin excepción alguna, a todos los tutores, incluso a quienes hayan obtenido el cargo de frutos por alimentos; y por consiguiente, puede el pupilo exigir del que fue su tutor la rendición de cuenta general y justificada de administración y la entrega de saldo, hecha deducción de las cantidades que hubiera invertido legítimamente. Esta dirección parece seguirse, más o menos claramente, en las sentencias de 16 de octubre de 1940, 18 de mayo de 1945, 8 de junio de 1953 y 28 de enero de 1956 (51).

Ante estas diversas soluciones y el fluctuante criterio jurisprudencial parece conveniente hacerse con un criterio seguro en orden a la interpretación de la prohibición del art. 173 núm. 3.º, acorde con la "ratio" de la institución. Este criterio pienso que puede ser el de que dicho artículo se refiere a la aprobación de cualquiera clase de cuentas que tenga pendientes el tutor con su pupilo, bien se trate de propias cuentas de la administración, percepción de frutos, intereses, bien de las cuentas derivadas de presuntas responsabilidades por cualquier causa. Es preciso que las cuentas hayan sido aprobadas definitivamente, no simplemente informadas por el Consejo de familia. La aprobación definitiva, según la denomina este artículo, o aprobación a secas, según los artículos 280 y 281, corresponde a las personas que éstos mencionan: tutor que sustituya al anterior, tutelado capaz o mayor, o sus representantes o derechohabientes.

No exige, en cambio, nuestro Código que el tutor haya hecho efectivas las responsabilidades liquidadas o el descubierto de las cuentas para que pueda adoptar al pupilo, a diferencia de lo que establecen

(51) Un comentario a las sentencias de 1930 y siguientes puede verse en la Revista de Derecho privado, núms. 225 (tomo XIX), IV, 1, pág. 180; tomo XXIII, pág. 184; tomo XXV, pág. 37; tomo XXIX, pág. 566; tomo XXXVII, pág. 1008, y tomo XL, pág. 490. También puede consultarse la obra de ESCOBAR DE LA RIVA, *La tutela*, Madrid, 1943, especialmente págs. 222 a 225.

otros Códigos, como el brasileño, el peruano y el italiano (52). Y esto ofrece el peligro de que la adopción sea un medio para librarse de hacer efectivo el saldo de las cuentas a favor del pupilo, pues dejar pendiente esa deuda hace sumamente difícil su cobro, en virtud de las relaciones existentes entre adoptante y adoptado, ya que si éste exigiese con posterioridad el cobro judicialmente diría muy poco a favor del vínculo establecido entre ellos, aparte de que ya habría dispuesto el adoptante de tiempo, medios y argumentos sobrados para poner de manifiesto créditos contra el adoptado que enjugasen aquellas deudas.

Puede preguntarse si será posible la adopción cuando el tutor esté exento de rendir cuentas por haber prescrito el plazo en que debía rendirlas, el cual es de cinco años conforme al art. 287. Aunque una interpretación literal del art. 173 conduciría a una respuesta afirmativa, la interpretación teleológica nos lleva a la solución contraria, pues no puede ser considerado como buen adoptante quien ha sido mal tutor o se ha lucrado indebidamente con el desempeño de la tutela. Esta solución prohibitiva, la creemos especialmente aplicable cuando el pupilo siga siendo menor o incapaz. En cambio, cuando es ya mayor y capaz y consiente su adopción por el tutor, no obstante, mediar la antedicha circunstancia, parece no haber lugar para aplicar la misma regla, supuesto que aquí no hay persona menor que todavía necesite especial protección y, por lo mismo que puede donar esa cantidad al tutor, puede dejarla prescribir, lo que viene a ser una donación tácita.

Si las cuentas se han aprobado y fijado su saldo, la acción para exigir el pago no prescribe hasta los quince años, por aplicación de los aa. 1.964, 1.971 y 1.972.

Si se ha originado controversia acerca de las cuentas, la prohibición del art. 173 subsistirá hasta que la sentencia sea firme.

Parece que esta prohibición no jugará en el caso de los tutores "ad litem" o cuyo nombramiento obedece a completar la capacidad de otras personas, pues en esos casos no hay propia administración de bienes y, por consiguiente, no existe obligación de rendir cuentas, ya que no se constituye todo el organismo tutelar.

#### *Otras prohibiciones.*

De modo breve y a título de curiosidad, me referiré a otras prohibiciones que, desconocidas por nuestra legislación, llegan a revestir gran importancia en las extranjeras, hasta el punto de anular la adopción afectada por ellas. Tal sucede con la que impide adoptar a personas de diferente religión, contenida en la Ley irlandesa de 13 de diciembre de 1952, en los Estatutos revisados de Quebec y en las leyes de algunos Estados norteamericanos (52). Otras veces se trata de

(52) Sobre esta cuestión, vid. BAUDOUIN, Louis, *Le Droit civil de la province de Québec*, 1953, libro III, 2.<sup>a</sup> parte, cap. IV, y TRUDEL, Gerard, *Traité de Droit civil de Québec*, t. II, págs. 141 y ss.

prohibiciones de índole racial, como las que contenían el Código civil italiano y la Ley alemana de 23 de noviembre de 1933, que modificó el art. 1.754 del B. G. B. (53), y las que mantienen su vigencia en ciertos Estados norteamericanos, como Montana, Louisiana, Tejas, etcétera (54). Por último, es relativamente frecuente la prohibición de la adopción entre personas de sexos diferentes, sobre todo cuando el adoptante es soltero (no cuando es viudo), como sucede en Gran Bretaña, Colombia, Ecuador, Panamá, Quebec y Terranova (55).

---

En el Estado de Delaware, los padres por la sangre del adoptado pueden dispensar de la identidad de religión normalmente exigida, y los Estados de Nueva York e Illinois sólo la exigen en la medida de lo posible. Según el art. 11 de la ley noruega de 21 de diciembre de 1956, el adoptado debe ser instruido en la religión profesada por el adoptante, salvo estipulación contraria en la escritura.

(53) El anterior art. 290 del Código civil italiano prohibía la adopción entre personas pertenecientes a la raza aria y de otra raza, salvo especial dispensa.

La ley alemana de 1933 establecía que la adopción debía denegarse "siempre que, desde el punto de vista de la familia del adoptante o del interés general, existiesen fundados motivos para oponerse al establecimiento de un vínculo familiar entre las partes". Los teóricos del nacional-socialismo llegaron a admitir que este principio permitía al juez denegar la aprobación por motivos de orden racial a la adopción convenida entre dos particulares. Vid. H. NEIDER, *Zur Anfechtung von Kindesannahmeverträgen*, Deutsches Recht, 1938, pág. 32.

(54) Louisiana Revised Statutes of 1950, IX, 422. En Texas la prohibición alude expresamente a las personas de raza negra.

(55) En Gran Bretaña el varón soltero no puede adoptar a una persona del sexo contrario, salvo que concurren circunstancias especiales apreciadas por el Tribunal.

Según el art. 3.º de los Estatutos revisados de Quebec (1941), se permite excepcionalmente la adopción entre personas de diferente sexo, al viudo o viuda para regularizar una adopción existente de hecho antes de la muerte de su cónyuge.



# Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público

JOAQUIN MADRUGA MENDEZ

Profesor Adjunto de Derecho civil de la Universidad de Salamanca

SUMARIO: Introducción.—1. Concepto y características de la fundación.—2. Fundaciones públicas y privadas.—3. Fundaciones de la Iglesia. Beneficios. Institutos piadosos. Fundaciones pías. Capellanías. La acción administrativa sobre estos institutos.—4. Voluntad del fundador. Límites.—5. Patrimonio fundacional. Su revalorización.—6. Modo de constitución. Reconocimiento del Estado. Clasificación.—7. Beneficios estatales derivados de la clasificación. Consideración general. Beneficios fiscales. Beneficios procesales. Beneficios de orden civil y administrativo.

## INTRODUCCIÓN

El tema de las fundaciones privadas de interés público ha sido objeto de interesantes aportaciones bibliográficas por parte de ilustres tratadistas de Derecho civil y administrativo (1), que en distintas ocasiones han prestado atención a los importantes problemas que las fundaciones de carácter benéfico tienen planteados, jalonando así la evolución de esta clase de instituciones, tan cargadas a la vez de

---

(1) DE CASTRO, *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*. Centenario de la Ley del Notariado. Sección tercera, 1. Madrid 1964, pág. 104 y siguientes; Id. id., *Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1953, f. III, págs. 623 y sigs.; CÁRDENAS, *Las fundaciones familiares de Derecho privado*. Revista de Derecho privado, 1952, págs. 572 y sigs.; Id. id., *Voz Fundación*, Nueva Enciclopedia Jurídica (Seix), 1960, VI, págs. 519 y sigs.; GARRIDO FALLA, *La acción administrativa sobre la beneficencia privada, y en especial sobre las fundaciones de este carácter*. Centenario de la Ley del Notariado. Sección tercera, V, IV, Madrid 1963, pág. 347; NART, *La fundación*, Revista de Derecho privado, 1951, páginas 488 y sigs.; BADENES, *Las fundaciones de Derecho privado*, Barcelona 1960; LÓPEZ JACOISTE, *La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*, Revista de Derecho privado, 1965, págs. 567 y sigs.; SEGRELLES, *Necesidad de la reforma de la legislación sobre Beneficencia y Asistencia Social*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1966, t. 221, pág. 293; GARCÍA CONDE, *Las fundaciones benéfico-docentes*, en "Revista de Educación", núm. 1, 1952, págs. 53 y sigs.; ROMERO GIRÓN, *Las fundaciones*, Madrid 1886; LEZÓN, *La fundación benéfica*, en Revista de los Tribunales, 1914, pág. 628.

tradición y actualidad. En este sentido, unas veces nos han ofrecido magníficos comentarios de la dispersa legislación que las regula; otras, han abierto perspectivas y señalado cuestiones de capital interés; en ocasiones, su atención se ha detenido en intrincados precedentes históricos o ha recurrido a cotejar soluciones en el ámbito del Derecho comparado.

Nuestro propósito no es ambicioso, y así lo queremos hacer constar. Queremos ofrecer problemas, valorar soluciones y penetrar en la realidad social, sin omitir los esquemas doctrinales que puedan reportar utilidad. Razonamiento jurídico y exigencias prácticas siempre han de guardar un riguroso paralelismo, ha dicho BIONDI (2), y nosotros hemos laborado en esta cuestión observando una armonía entre principio y experiencia. Intentamos, pues, realizar un estudio limitado a ciertos aspectos parciales de las fundaciones privadas desde un doble punto de vista, teórico y práctico. El Seminario de Derecho civil de la Universidad de Salamanca y el archivo de la Junta Provincial de Beneficencia nos han permitido estudiar y conocer la vida de muchas fundaciones, apreciando hechos y recogiendo observaciones. Hemos planteado cuestiones a la Dirección General de Beneficencia y Obras Sociales y hemos contrastado nuestras opiniones y experiencia con otros compañeros, mientras que otras veces, por motivos insoslayables, hemos dado soluciones con arreglo a un criterio personal. El estudio de todo ello es de la mayor importancia para una adecuada regulación legal de las fundaciones. En todo caso, estimamos que puede ser útil señalar una serie de sugerencias para cuando, de modo definitivo, haya de acometerse la reforma de nuestro ordenamiento positivo en esta materia.

Por lo demás, el tema de las fundaciones privadas sigue revistiendo importancia práctica en nuestros días, diríamos, incluso, que, en la actualidad, se hace presente cada vez con más perentoriedad. Basta observar el incremento progresivo de expedientes clasificatorios de fundaciones benéficas. Ello, unido al marcado carácter social de las mismas, en una época tan preocupada por los valores comunitarios, son razones que por sí mismas justifican sobradamente un estudio de la problemática benéfico-fundacional.

En un orden expositivo, se hará referencia, en primer lugar, al concepto moderno de fundación benéfica, destacando la conveniencia de excluir de ella la nota de gratuidad. Gratuidad que se exige para que una fundación pueda ser clasificada de beneficencia, pero que después, en la práctica, no se cumple, al percibir las instituciones cantidades por sus servicios en proporción a lo que los beneficiarios puedan aportar. Seguidamente, y en segundo término, pretendemos delimitar las fundaciones públicas de las privadas y de las pertenecientes a la Iglesia. Examinamos después algunas limitaciones a la voluntad

---

(2) BIONDI, *Arte y Ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona 1953, pág. 58.

del fundador. Este último apartado, en nuestro criterio, reviste un interés especial.

En el desarrollo del tema nos referimos también, al modo de constitución de las fundaciones, intervención del Estado y clasificación, para terminar aludiendo a los beneficios estatales derivados del acto clasificatorio.

## 1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA FUNDACIÓN

Motivaciones sociales de diversa índole han inducido a los particulares a la creación de fundaciones benéficas desprendiéndose de una masa de bienes con el fin de que sus rentas se dediquen a la satisfacción de necesidades benéfico asistenciales.

Esta actividad benéfico social de los particulares tiene su justificación en la idea de satisfacer una serie de necesidades humanitarias y de solidaridad cristiana. Han existido épocas en que los fines benéficos estaban mezclados con los religiosos, en razón de que se trataba de asegurar la salvación del alma, y para ello se destinaban los bienes después de la muerte a Dios, a los santos, al sostenimiento de iglesias, seminarios, etc. Por eso dice GARRIDO FALLA (3), que la idea fundacional responde a un momento evolucionado del Derecho. En un estadio anterior del desarrollo jurídico, el cumplimiento de los fines "post mortem" ha de ser necesariamente confiado a un tercero que adquiere la propiedad de los bienes legados. Esta relación de confianza es la que todavía caracteriza la figura del "trustee" en el Derecho inglés, donde la fundación-persona es desconocida.

Fue en la Edad Media donde la personalidad de la fundación se consolida de manera definitiva. La Iglesia tiene una personalidad plena y ésta se extiende a sus centros asistenciales y benéficos. Declarada su personalidad en el orden canónico, la fundación es reconocida en términos generales como sujeto autónomo. Sin embargo, la concepción de la fundación como sujeto de derecho no aparece tampoco, al menos de una manera clara, en la construcción canonista. Por otra parte, la fundación había sido ya entrevista en Derecho romano con las fundaciones sepulcrales. Según D'ORS (4), el derecho justiniano reconoció estas fundaciones como personas jurídicas propias, consistentes en la adscripción de un patrimonio a un fin y actuando en la vida jurídica por mediación de sus representantes.

Hoy día se han superado las viejas dificultades y se ha terminado por considerar la fundación como una persona jurídica, cuya justificación está en la existencia de un patrimonio del que se desprende su propietario, para destinarlo a la satisfacción de necesidades benéfico

(3) GARRIDO FALLA, La acción administrativa sobre la beneficencia privada, y en especial sobre las fundaciones de este carácter. Centenario de la Ley del Notariado. Sección tercera. Vol. IV. Madrid 1963, pág. 347.

(4) A. D'ORS, Elementos de Derecho privado romano, Pamplona 1960, pág. 243.

asistenciales y sujetándose a una organización preestablecida para el manejo de ese patrimonio.

De este concepto se deduce que el negocio fundacional ha de contener:

1.º Una masa patrimonial que deja de pertenecer al patrimonio del fundador para personificarse en otro autónomo.

2.º Dedicación del patrimonio fundacional a la realización de un fin.

3.º Una organización para el manejo de ese patrimonio.

El patrimonio ha de ser suficiente para que puedan cumplirse los fines sin necesidad de ayuda de terceros y su insuficiencia posterior produce la extinción de la fundación. La determinación del fin corresponde al fundador que no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moralidad y el orden público. Y por último, el órgano de gestión y gobierno de las fundaciones recibe el nombre de patronato (5).

En el concepto de fundación hemos excluido intencionadamente la nota de gratuidad. Ciertamente que la doctrina y el propio derecho positivo (6) la ha considerado como esencial a toda fundación benéfica. Sin embargo, han cambiado los sistemas en la vida económica de las Instituciones y se hace preciso eliminar ese carácter arcaico en el desenvolvimiento de las fundaciones, dándolas más dinamismo y para ello nada mejor que organizarlas como verdaderas actividades empresariales (7) capaces de promocionar el ejercicio de la beneficencia y asistencia social con arreglo a los patrones de la vida económica actual. No cabe duda que la gratuidad de los servicios y la exclusión de toda actividad lucrativa constituyen serios obstáculos para el desenvolvimiento económico de las fundaciones y consiguiente cumplimiento de los fines fundacionales.

No hay obstáculo alguno para que las fundaciones benéficas puedan cobrar cantidades por las prestaciones que reciben los beneficiarios, y de hecho son muchas las que utilizan este sistema con pleno conocimiento del Protectorado del Gobierno. Este sistema, por una parte, es más humano y ajustado al concepto moderno de asistencia social, puesto que los propios sujetos pasivos colaboran, aunque sea

(5) MADRUGA MÉNDEZ, Fundaciones benéfico-particulares y docentes RGLJ, febrero 1961, pág. 184.

(6) El artículo 2.º del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 dice: "Son instituciones de beneficencia los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Escuelas, Colegios, Hospitales, Casas de Maternidad, Hospicios, Asilos, Manicomios, Pósitos, Montes de Piedad, Cajas de Ahorros y otros análogos, y las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas pías."

(7) En este sentido, LÓPEZ JACOISTE afirma que se llega hoy a parangonar la fundación en el plano teórico con la empresa e incluso a presentarla como nueva forma de empresa económica. (La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones, R. D. P. 1965, pág. 606.)

con una cantidad simbólica por las prestaciones que reciben, y, por otra, constituye un medio más de financiación de las fundaciones. Así, pues, entendemos que las fundaciones deben cumplir sus fines atendiendo con gratuidad a los asistidos que carezcan de toda clase de bienes, pero no así a aquellos que pueden colaborar con alguna contraprestación por los servicios que reciben.

También es perfectamente admisible que las fundaciones puedan ejercer actividades lucrativas, siempre que las ventajas económicas se adscriban directamente al fin benéfico fundacional. En el mismo sentido, el lucro considerado subjetivamente, en nuestro criterio, no impide la retribución de las personas que trabajan para la fundación, aun en el caso de que tengan la condición de patronos o administradores. Estos últimos no deben percibir dividendos o porcentajes con cargo a la fundación, pero no hay obstáculo alguno para que reciban la remuneración que corresponda por los trabajos que realizan en provecho de la fundación, sobre todo si estos trabajos exigen una regular y permanente dedicación al cargo. Ello será el mejor estímulo para una gestión eficaz que redundará en beneficio de las fundaciones.

Prescindimos del desarrollo histórico de las fundaciones por ser cuestión tratada por otros especialistas en la materia (8).

## 2. FUNDACIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS

Las fundaciones, según los distintos criterios tenidos en cuenta por la doctrina pueden clasificarse de la siguiente forma:

a) En fundaciones fiduciarias (9) y autónomas, según su naturaleza.

b) En fundaciones civiles y eclesiásticas, atendiendo al régimen.

c) En fundaciones públicas y privadas, según la naturaleza pública o privada de quien las constituya.

Prescindimos en este trabajo de las fundaciones fiduciarias, que por otra parte no son verdaderas fundaciones sino simples transmisiones de carácter moral, en los que el heredero o donatario adquiere la propiedad de los bienes con la obligación de levantar una determinada carga, y vamos a concretar el concepto y caracteres de las fundaciones públicas y privadas, distinción que no ha sido nunca clara, no obstante, los estudios realizados por administrativistas y civilistas (10).

---

(8) LÓPEZ JACOISTE, *ob. cit.*, págs. 569 y sigs.; BADENES, *Las fundaciones de Derecho privado*, Barcelona 1960, págs. 16 y sigs.; ESPINOSA ANTA, *La fundación. El negocio jurídico fundacional*, Estudios de Derecho privado, I. Bajo la dirección de Martínez-Radio, págs. 242 y sigs.

(9) ENNECERUS las denomina "fundaciones no autónomas" (*unselbständige Stiftungen*); Tratado de Derecho Civil, primer tomo, Parte General, vol. I. Trad. de la 39 edición alemana. Barcelona 1953, pág. 506.

(10) En la doctrina italiana: FERRARA, *La classificazione delle persone giuridiche*. *Rivista di diritto pubblico*, 1912, I, págs. 342 y sigs.; RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina 1926, pág. 416.

El confusionismo parte de que no existe en nuestra doctrina una opinión unánime sobre las personas jurídicas. El artículo 35 del Código civil dice que “son personas jurídicas: 1.º Las corporaciones asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad comienza desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley concede personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”. En otros artículos del Código se hace alusión también a personas jurídicas de carácter público, pero sin establecer diferencias de las privadas (11).

Existen en realidad dos clases de personas jurídicas: las que están integradas por una colectividad de individuos —*universitas personarum*— y las integradas por un patrimonio dirigido a un fin —*universitas bonorum*—. Las primeras están constituidas por las corporaciones, asociaciones y sociedades y en ellas el elemento personal es el esencial. Las segundas por las fundaciones que tienen como elemento fundamental el fin y el patrimonio.

Generalmente, la doctrina ha estimado que las personas jurídicas de carácter público quedan integradas en el número 1.º del artículo 35 del Código, en contraposición a las asociaciones de interés particular a que se refiere el número 2.º (12). VALVERDE (13) entiende que el interés público o privado depende del fin que se propongan, aunque existen corporaciones y fundaciones de interés privado. SÁNCHEZ ROMÁN (14) distingue según que prevalezcan los fines individuales o colectivos. Sin embargo, en las fundaciones, ya sean públicas o privadas, no existen fines individuales, y razonando en este sentido DE BUEN (15), seguido por CASTÁN y ESPÍN, afirma que “el que el Código diga que son personas jurídicas las fundaciones de interés público no presupone que no pueda haber fundaciones de interés privado, sino que sólo las fundaciones de *interés público* tienen personalidad”. Y concluye que no tienen personalidad las fundaciones que no son de interés público aparte de su origen privado. Es, pues, evidente, que según el artículo 35, pueden existir, y de hecho existen, personas jurídicas de interés público de carácter privado (16).

Falta, pues, unanimidad de criterio en la doctrina respecto a lo que el Código civil quiere expresar en el número 1.º del artículo 35.

(11) Artículos 746, 748 y 994.

(12) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Tratado de Derecho Civil de Ennecerus, Traducción de la 39 edición alemana. Boch, Barcelona, 1953, pág. 507. TRAVIESAS, Las personas jurídicas. RDP, VIII, 1921, pág. 123.

(13) VALVERDE, Tratado de Derecho Civil español, 1955, I, pág. 270.

(14) SÁNCHEZ ROMÁN, Estudios de Derecho Civil, II, Madrid, 1910, página 134.

(15) DE BUEN, Notas a Curso elemental de Derecho Civil, de Colin y Capitant, Madrid, 1923, II, I, pág. 453.

(16) La mayor parte de las fundaciones privadas de carácter benéfico.

Como señala acertadamente GARCÍA TREVIJANO (17) lo cierto y exacto es que las palabras "interés público" de tal precepto no se refieren a las personas jurídicas de derecho público, sino a las personas jurídicas de interés público que pueden pertenecer al derecho privado o al derecho público. En nuestro concepto, las palabras "interés público" del número 1.º del artículo 35 no se refieren a las fundaciones de derecho público, en razón que ese interés público no tipifica el carácter público de una fundación.

Las fundaciones de interés público a que se refiere el Código en el número 1.º del artículo 35 son a las fundaciones benéfico-particulares y docentes, es decir, aquellas que tienen una finalidad asistencial o benéfica. Estas fundaciones pueden calificarse de personas jurídicas de carácter privado pero de interés público. Cuestión independiente, que trataré más adelante, es el de su reconocimiento y clasificación por el Estado.

En cuanto a las fundaciones de carácter público estimamos que no están incluidas dentro del ámbito del número 1.º del artículo 35 del Código civil, y ello porque no son verdaderas fundaciones autónomas y su personalidad está mediatizada por la corporación u órgano del Estado de quien depende, no teniendo, por tanto, una representación individualizada. Se caracterizan por dos notas: actúan en todo el territorio del ordenamiento jurídico que las crea y nacen directamente de un acto constitutivo del mismo. Esta clase de fundaciones, como dice ROMANELLI (18), se basan en un acto del Estado o otros entes públicos y no se les aplica las reglas del Derecho civil. Tal ocurre con los establecimientos de beneficencia del Estado, provincia y municipio, que son instituciones a las cuales no se les concede personalidad jurídica propia e independiente. En este punto, afirma GARRIDO FALLA (19), que los establecimientos benéficos no descentralizan funciones, porque en realidad no se concede la autonomía jurídica a un servicio estatal considerado en toda su amplitud, sino solamente se personifica un establecimiento que sirve para la realización de este servicio.

Sin embargo, en algunos casos el Estado crea verdaderos establecimientos públicos, disponiendo de donaciones y herencias procedentes de particulares pero que han sido ingresados previamente en el patrimonio estatal. Conviene aclarar que esta clase de establecimientos no constituyen verdaderas fundaciones en sentido estricto, pues no se trata de fundaciones de carácter benéfico particular o docente.

Existen otros casos muy limitados en los cuales el Estado consti-

---

(17) GARCÍA TREVIJANO, *Las personas jurídico públicas en el Código civil y en la legislación de arrendamientos urbanos*, R. A. P., núm. 20, 1956, pág. 92.

(18) ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel Diritto privato e nel Diritto pubblico*, Nápoli, 1933, pág. 67 y sigs.

(19) GARRIDO FALLA, *Administración indirecta del Estado y descentralización fundacional*, Madrid, 1950, pág. 131.

tuye auténticas fundaciones privadas, disponiendo de un patrimonio particular que fue legado para una determinada finalidad. En este caso el Estado para poder cumplir la voluntad del causante, unas veces hace de simple fiduciario con la carga de constituir una fundación privada, y otras lo que hace es dar cauce legal a una situación provocada por el causante, constituyendo por un acto de poder público una fundación que tiene a todos los defectos carácter privado (20).

### 3. FUNDACIONES DE LA IGLESIA. BENEFICIOS. INSTITUTOS PIADOSOS. FUNDACIONES PÍAS. CAPELLANÍAS. LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE ESTOS INSTITUTOS

Una de las primordiales misiones de la Iglesia desde los primeros siglos, en orden a los bienes que los fieles pusieron en manos de la jerarquía eclesiástica, fue el socorro a los pobres mediante la creación de institutos propios para la realización de la caridad de manera ordenada y provechosa. En el siglo IV, una primera regulación legal condujo a la distribución terciaria o cuaternaria de la "mensa episcopalis", asignando una de estas partes al socorro caritativo. La tendencia a la institucionalización condujo rápidamente a la creación de patrimonios separados de tipo fundacional, a los cuales fueron a parar la parte de los bienes episcopales destinados a los pobres, junto con las obligaciones de los fieles. La evolución subsiguiente ha quedado recogida en el Código de Derecho canónico, en el cual encontramos dos formas de personas jurídica no colegiadas, las cuales, como dice BADENES (21), tanto en las fuentes como en el lenguaje tradicional son denominadas también "fundaciones eclesiásticas", "causae piae", etcétera. Estas "universitates bonorum" se dividen en dos grupos: los beneficios y los institutos piadosos (22).

*Beneficios.* — Es beneficio eclesiástico una entidad jurídica constituida o erigida a perpetuidad por autoridad eclesiástica competente; la cual entidad consta de oficio sagrado y del derecho de percibir los créditos anejos al oficio como dote.

Esta dote puede proceder de varias fuentes:

- a) De los bienes cuya propiedad corresponde a la misma entidad jurídica.
- b) De determinadas y debidas prestaciones por parte de alguna familia o persona moral.
- c) De oblaiones voluntarias y ciertas de los fieles, pertenecientes al rector del beneficio.
- d) De los derechos de estola y pie de altar dentro de los límites de los aranceles diocesanos o de las costumbres legítimas.

(20) En los archivos de la Junta Provincial de Beneficencia de Salamanca existe el caso de la Fundación "Ines Luna Terrero", constituida por Decreto Ley de 22 de septiembre de 1955.

(21) BADENES GASSET, ob. cit., pág. 186.

(22) Regulados respectivamente en los cánones 1.409 al 1.488 y 1.489 al 1.494.

e) De las distribuciones corales, pero sólo en el caso de que todos los réditos del beneficio estén aplicados a distribuciones corales y separando una tercera parte que no debe computarse en la dote.

Como el beneficio es institución permanente, no hay beneficios donde no hay fuente segura y perpetua de retribución por el oficio, que es fundamento del mismo.

Los beneficios presentan una naturaleza compleja, resultado de la fusión de dos elementos: la persona jurídica erigida por la autoridad eclesiástica y el patrimonio de que se dota para el sostenimiento perpetuo de aquélla (23).

Se trata de una institución de derecho público eclesiástico.

*Institutos piadosos.*—Se denomina institutos piadosos aquellas personas jurídicas eclesiásticas de tipo fundacional que tienen como fin realizar alguna obra de religión o de caridad espiritual o temporal.

El ordinario del lugar puede erigir hospitales, asilos de huérfanos y otros institutos semejantes destinados a obras de religión o de caridad espiritual o temporal y darles personalidad jurídica en la Iglesia por medio de un decreto.

El canon 1.489 cita los hospitales y orfanatos, y demás instituciones semejantes, pero es su finalidad sobrenatural, como describe DEL GIUDICE (24), lo que distingue a las instituciones pías de las demás instituciones paganas.

No debe aprobar estas instituciones el ordinario del lugar si no concurren estas dos condiciones: que el fin de la fundación sea verdaderamente útil y que se constituya una dotación que, ponderadas todas las circunstancias, sea suficiente o se prevea prudentemente que lo será para conseguir el fin que se intenta.

Los institutos piadosos tienen personalidad jurídica no sólo en el orden eclesiástico, sino en el civil, de conformidad con el artículo IV del Concordato, que establece que “el Estado español reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes a todas las instituciones y asociaciones religiosas existentes en España a la entrada en vigor del presente Concordato, constituidas según el Derecho canónico; en particular a las diócesis, con sus instituciones anejas; a las parroquias, a las órdenes y congregaciones religiosas, las sociedades de vida común y los institutos seculares de perfección cristiana canónicamente reconocidos, sean de derecho pontificio o de derecho diocesano; a sus provincias y a sus casas.” “Gozarán de igual reconocimiento las entidades de la misma naturaleza que sean ulteriormente erigidas o aprobadas en Es-

---

(23) Sobre la naturaleza jurídica de la relación entre la persona jurídica titular del beneficio y el patrimonio que lo constituye, véase: GALANTE: *Il beneficio ecclesiastico*, Milano, 1895; STOCCHIERO: *Il beneficio ecclesiastico*, Vicenza, 1946; LODOS: *El “utufri” de los beneficiarios eclesiásticos*; *Revista derecho canónico*, 1950, pág. 291.

(24) DEL GIUDICE, *Nociones de Derecho canónico*, Pamplona, 1953, página 53.

pañá por las autoridades eclesiásticas competentes; con la *sola condición* de que aquel decreto de erección o de aprobación *sea comunicado oficialmente por escrito a las autoridades competentes del Estado.*"

*Fundaciones pías.*—Al lado de los beneficios y de los institutos piadosos existen las llamadas "fundaciones pías", que son bienes temporales dados en cualquier forma a un ente eclesiástico ya existente, con la carga perpetua o para largo plazo de que con las rentas anuales se digan algunas misas o se celebren algunas otras funciones eclesiásticas determinadas o se hagan algunas obras de piedad o caridad.

La fundación pia es considerada como un contrato bilateral "do ut facias", al que es ajeno por completo el carácter de persona jurídica, pues son patrimonios destinados a un fin piadoso, que entra a formar parte del patrimonio de una persona jurídica eclesiástica existente (colegiada o no colegiada) aun cuando dentro de esta última queda diferenciada de los demás bienes y dotada de cierta individualidad.

En este último punto ha existido cierto confucionismo en orden a si las memorias de misas tienen el carácter de personas jurídicas. La cuestión ha llegado a nuestro Tribunal Supremo, que en las conocidas sentencias de 11 de diciembre de 1897 y 4 de junio de 1898 ha mantenido el criterio de que las memorias de misas no tienen verdadera personalidad independiente de las personas naturales o jurídicas a quienes por derecho incumbe cumplir y hacer que se cumpla la voluntad del testador.

*Capellanías.*—No es fácil dar un concepto de todo lo que suele expresarse con el nombre de capellanía, siendo necesaria la determinación de los varios sentidos que se le dan.

En un sentido general se llama capellanía al cargo dado con cierta permanencia a algún sacerdote por la competente autoridad eclesiástica para ejercer funciones generales de culto en iglesias no parroquiales anejas a comunidades religiosas, o a otras personas morales-jurídicas, como colegios u hospitales, así como también a oratorios públicos de personas fisico-jurídicas. El sacerdote investido de este cargo es el capellán cuyas funciones son las comunes del culto genéricamente considerado (decir misas, rezar el rosario y actos parecidos).

En un sentido más restringido y técnico, ALVAREZ GÓMEZ (25) entiende por capellanías las fundaciones perpetuas hechas con la obligación aneja de cierto número de misas u otras cargas espirituales en iglesia determinada que debe cumplir el obtentor en la forma y lugar prescritos por el instituyente.

Con más precisión puede definirse la capellanía como un cargo con obligación de un servicio espiritual, principalmente de celebrar cierto número de misas con determinada intención, al cual va unido el derecho de percibir los frutos de determinados bienes.

Si la capellanía ha sido erigida a perpetuidad por el obispo con

---

(25) ALVAREZ GÓMEZ (M), Manual de Capellanías y Pías Memorias. Victoria, 1903, pág. 9.

bienes que han pasado a ser propiedad de la Iglesia, la capellanía es eclesiástica; si es erigida sin autoridad del obispo o sin que pasen los bienes de ella a propiedad de la Iglesia, la capellanía es laical.

La capellanía puede ser o no una fundación. Parte de la doctrina (26) las considera como fundaciones de carácter privado, en cuanto sujetan bienes de particulares a fines religiosos, con alguna carga de misas. Sin embargo, en nuestro concepto, no todas las capellanías constituyen una fundación. En el caso de capellanía eclesiástica no constituye propiamente una fundación de carácter particular, toda vez que los bienes dejan de ser de propiedad privada pasando al patrimonio eclesiástico, si bien afectos a la carga del fin establecido. Son, pues, verdaderos beneficios eclesiásticos, debiendo observar en ellas las leyes y normas establecidas para los beneficios simples. Las capellanías laicales pueden constituir una fundación en razón de que el patrimonio continúa siendo de propiedad particular y la autoridad eclesiástica sólo interviene para cuidar que se cumplan las cargas espirituales y piadosas, aplicándose en todo lo demás la voluntad del fundador.

Son muchas las vicisitudes por que pasaron las capellanías en España. La legislación del siglo XIX realiza casi simultáneamente la obra desvinculadora y desamortizadora. Destacan, entre otras muchas, las Leyes de 27 de septiembre y 11 de octubre de 1820, y la Ley de 19 de agosto de 1841. Esta última, en el artículo 1.º, dispone que los bienes de las capellanías colativas, a cuyo goce están llamadas ciertas y determinadas familias, se adjudicarán como de libre disposición a los individuos en quienes concurre la circunstancia de preferente parentesco, según los llamamientos.

La regulación fundamental de las capellanías viene dada por el Convenio-Ley de 24 de junio de 1867, según el cual se permitió la adjudicación de los bienes a los patronos previa la redención de sus cargas eclesiásticas. Sin embargo, al sobrevenir el régimen republicano en 1931, la Iglesia dio por caducado el Concordato de 1851, planteándose la cuestión de si la caducidad implicaba la de la ley sobre capellanías de 1867. Se suscitaron numerosas dudas y consultas de los metropolitanos españoles a la Santa Sede sobre vigencia y aplicación del Convenio sin que se formara un criterio fijo sobre esta cuestión. Por otra parte, ha originado una mayor incertidumbre sobre la vigencia del Convenio de 1867 el artículo XII del Concordato celebrado por España con la Santa Sede el 27 de agosto de 1953 al disponer que "La Santa Sede y el Gobierno español regularán en acuerdo aparte, y lo antes posible, cuanto se refiere al régimen de capellanías y fundaciones pías en España." Dicho acuerdo aún no se ha llevado a efecto (27), por lo que entendemos que hasta tanto se concluya el mismo debe estar vigente el Convenio de 1867.

---

(26) ALVAREZ GÓMEZ; ob. cit., pág. 9.

(27) El Decreto de 12 de marzo de 1959, en su artículo 7.º, dispone que se regulan por la legislación especial las capellanías y fundaciones pías a que se refiere el artículo XII del Concordato.

*La acción administrativa sobre estos institutos*

Las leyes canónicas establecen una serie de disposiciones que regulan la acción caritativa realizada por instituciones eclesiásticas, disposiciones que se extienden al régimen y administración de las instituciones fundadas por particulares y puestas bajo el dominio eclesiástico, tendentes principalmente a salvaguardar el exacto cumplimiento de la voluntad del fundador y garantizar la administración de los bienes destinados a beneficencia. Todas estas normas miran únicamente a las entidades que tienen fines concretos de carácter eclesiástico, es decir, con finalidad sobrenatural (28).

Sin embargo, es indudable que algunas instituciones, al lado de su finalidad sobrenatural, cumplen fines de satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas y, por tanto, deben estar sujetas también al Protectorado del Gobierno.

No existen normas reguladoras de esta materia en el Concordato de 27 de agosto de 1953, al que nos remite el artículo 38 del Código civil. No obstante esta falta de regulación específica de la beneficencia de la Iglesia, el Protectorado ha clasificado y continúa clasificando numerosas fundaciones cuyos fines no encajan dentro de la beneficencia estatal. La explicación, como acertadamente afirma GARRIDO FALLA (29), es simplemente que los patronos han querido lograr los beneficios fiscales que la clasificación comporta y la Administración se ha prestado a la componenda a cambio de la extensión en sus facultades de Protectorado que de esta manera venía a producirse.

Sería aconsejable que se dictaran disposiciones tendentes a deslindar de una manera definitiva la beneficencia eclesiástica y la civil, procurando, en lo posible, que la Iglesia desarrolle sus propias actividades benéficas de finalidad religiosa con independencia del Estado, pero concediendo los mismos beneficios que a las instituciones de beneficencia dependientes del Protectorado. Ahora bien, en el supuesto de fundaciones benéfico-particulares o docentes cuya organización y administración haya sido encargada a una persona jurídica eclesiástica, deben respetarse las facultades del Protectorado respecto de las mismas, puesto que lo contrario sería tanto como decir que el patronato puede decidir el carácter de una fundación.

En resumen, tratándose de fundaciones clasificadas como benéficas o docentes con patronato eclesiástico, se debe respetar el Protectorado estatal, y de igual modo las que correspondan a la autoridad eclesiástica en las de carácter sobrenatural, y regular únicamente lo concer-

---

(28) No es fundación benéfica, sino eclesiástica, la que, aun teniendo designados patronos, no tiene más cargas que las espirituales, misas y festividades religiosas (Sentencia de lo contencioso administrativo de 13 de mayo de 1895).

(29) GARRIDO FALLA, La acción administrativa sobre la beneficencia privada, y en especial sobre las fundaciones de este carácter. Centenario de la Ley del Notariado, Sección tercera, Estudios jurídicos varios, Vol. IV, Madrid, 1963, pág. 389.

niente a las de carácter mixto. En este último caso, y para evitar interferencias entre una y otra jurisdicción, consideramos que debe seguirse el criterio de someterlas directamente bajo la protección de una de ellas, como ocurre con las fundaciones mixtas, benéficas y docentes, cuyo Protectorado corresponde únicamente al Ministerio de la Gobernación, de conformidad con el Real Decreto de 11 de octubre de 1916, cuando el capital fundacional o patronato es común e indivisible, sin perjuicio de las facultades inspectoras que en materia de enseñanza incumbe al Ministerio de Educación y Ciencia (30).

#### 4. VOLUNTAD DEL FUNDADOR. LÍMITES

Las fundaciones, que generalmente tienen por finalidad atender a intereses públicos, se basan siempre en la voluntad del fundador, y esencialmente se caracterizan por la afección de un determinado patrimonio a un fin. Como observa DE CASTRO (31), en las mismas disposiciones reglamentarias sobre fundaciones de beneficencia particular, su mantenimiento y protección jurídica se basa en el respeto debido a la voluntad del fundador y se reduce la intervención del Estado a procurar que aquélla se cumpla. A diferencias de las corporaciones, las fundaciones deben su origen a un acto individual con fin duradero que cumplir, y a diferencia de las asociaciones, su subsistencia no depende de la voluntad de los órganos que las integran.

Algunas personas jurídicas, como afirma SAVIGNY (32), presentan una visible apariencia en un número de singulares miembros, que concebidos como un único todo forman la persona jurídica; otras tienen una existencia más ideal que se basa sobre un fin general que ha de alcanzarse por medio de ellas. Llama, a las primeras, corporaciones, y a las segundas, fundaciones. El verdadero sujeto de los derechos es, pues, un concepto reconocido como persona, o sea, el fin unitario que debe ser alcanzado de modo determinado y con medios determinados.

---

(30) Son fundaciones benéficas mixtas las que, dotadas con un capital o puestas bajo un patronato, único e indivisible, tienen un carácter mixto de beneficencia propiamente dichas y de docentes, y la clasificación de estas fundaciones corresponde siempre al Ministerio de la Gobernación. (Real Decreto de 16 de agosto de 1930.)

Una fundación es mixta, benéfica y docente, sólo cuando el capital fundacional es común e indivisible en relación con los fines puramente benéficos y los beneficios docentes, o cuando, sin esa unidad fundacional, hállasen, una y otra clase de fines, tan íntimamente ligados que no pueden separarse sin menoscabo de la voluntad del fundador; y cuando así ocurre, la clasificación corresponde al Ministerio de la Gobernación, pero si no concurren esas circunstancias, se tratará de dos fundaciones distintas, una de las cuales se clasificará por dicho Ministerio y otra por el de Instrucción Pública y Bellas Artes. (Reales Decretos de 17 de diciembre de 1926 y 14 y 17 de octubre de 1927.)

(31) DE CASTRO, Formación y deformación del concepto de persona jurídica; Centenario de la Ley del Notariado. Sección 3.ª, Estudios jurídicos varios, Vol. I, 1964, pág. 105.

(32) SAVIGNY, Sistema del Diritto romano attuale; traducción italiana de Scialoja, pág. 246.

Resulta, pues, que el contenido esencial del acto jurídico fundacional viene dado por la determinación del fin en cuanto elemento causal del negocio. Modificar los fines señalados por el fundador supondría vulnerar ese contenido esencial, puesto que la voluntad del fundador ha de permanecer, como dice ZITELMANN (33), viva y activa.

Así, pues, el fin fundacional, en cuanto elemento causal del negocio, ha de estar perfectamente determinado, y esta determinación corresponde única y exclusivamente al fundador. Es una consecuencia del principio de autonomía de la voluntad fundacional que no puede revocarse tratándose de un negocio "inter vivos", dado el sistema de libre constitución adoptado por la ley. En cuanto a la fundación testamentaria, puede revocarse como el testamento mismo en que está contenida, porque, en definitiva, la fundación es un negocio que supone una disposición patrimonial y es éste el contenido esencialmente revocable del testamento (34).

Son varios los preceptos encaminados a garantizar el principio de autonomía de la voluntad fundacional. Así, en el artículo 6.º del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 se establece que "en las fundaciones benéficas particulares se respetará siempre la voluntad de los fundadores". En el mismo sentido, el artículo 1.º de la Instrucción de 14 de marzo de 1899 dispone que "el Protectorado de las Instituciones de Beneficencia comprenderá las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en lo que interese a colectividades indeterminadas". En la legislación sobre beneficencia particular docente también encontramos normas orientadas a garantizar la voluntad fundacional, estableciendo el artículo 5.º del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912 que "las fundaciones se regirán por la voluntad manifestada por el fundador".

También la jurisprudencia contencioso-administrativa sigue interpretando con rigor las citadas disposiciones reglamentarias, y en sentencia de 14 de octubre de 1898 declara que en materia de instituciones benéficas particulares la voluntad del fundador es ley, que deben respetar tanto los representantes de aquélla como el Gobierno, cuyo protectorado se limita, cuando se trata de intereses de colectividad indeterminados, a las facultades necesarias para que sea cumplida dicha voluntad. Si alguna condición es imposible, dice la sentencia de 22 de diciembre de 1900, debe cumplirse la voluntad del fundador del mejor modo que se pueda.

El Protectorado, pues, tiene por misión fundamental que la fundación cumpla los fines respetando la voluntad del fundador de una manera eficaz. Este cumplimiento de la voluntad del fundador constituye un principio inatacable, cuya vigencia se extiende más allá de los límites de la vida de aquél sin posibilidad de que los patronos o

(33) ZITELMANN, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, Leipzig, 1873, pág. 82.

(34) Sobre esta cuestión, véase mi trabajo *Fundaciones benéfico-particulares y docentes*; R. G. L. J.; febrero 1961, págs. 177 y 178.

administradores puedan interpretar o aclarar cuál hubiera sido la voluntad del fundador y el modo de cumplirla para el caso de eventos no previsibles en el momento de constituir la fundación. La misma legislación sobre beneficencia particular ha concedido a la voluntad del fundador facultades para relevar a los patronos o administradores de la obligación de justificar la gestión encomendada, limitándose esta obligación a declarar el cumplimiento de su voluntad, acreditando que es ajustado a la moral y a las leyes (35).

Según esto, habrá que admitir en principio que la voluntad del fundador debe respetarse en todos los extremos y constituye la regla por la que ha de regirse la fundación. No obstante, también es evidente que existen una serie de factores y circunstancias que influyen sobre la idea de estabilidad de la fundación y, consecuentemente, sobre el cumplimiento de la voluntad del fundador. Por ello, FERRARA (36) no considera la idea de perpetuidad como requisito esencial de la fundación, y para el mismo KOHLER (37,) que admite fundaciones a plazos. Estos factores son fundamentalmente de índole económico, disminuyendo el patrimonio fundacional y haciendo difícil el cumplimiento de fines; y de índole social por cambio y evolución de las circunstancias, que hacen desaparecer necesidades apareciendo otras de distinta naturaleza.

El más importante es el factor económico, que puede afectar de una manera decisiva sobre las fundaciones, especialmente en España, como consecuencia de la obligatoriedad de convertir el capital permanente de las fundaciones en inscripciones intransferibles de la renta perpetua del 4 por 100 interior (38). Como he indicado en otro lugar (39), no cabe duda que esta conversión supone una garantía absoluta. Se trata de valores que tienen la garantía del Estado, que no están sometidos a las oscilaciones de cotización que otros valores industriales tienen en Bolsa y cuya renta es fija. Ahora bien, también es cierto que la cuestión presenta en los tiempos actuales de inestabilidad económica otra cara no tan halagüeña. Invertir un capital en Láminas de la Deuda significa, a la larga, su progresiva disminución. Nominalmente siempre será el mismo patrimonio, pero el proceso de desvalorización del dinero, que continúa en España no obstante la política económica emprendida por el Gobierno, determina también el empobrecimiento de las fundaciones. Al producirse esos factores y circunstancias durante la vida de una fundación surge el problema de su modificación, con la consiguiente limitación al principio de auto-

---

(35) Artículo 6.º de la Instrucción de 14 de marzo de 1899.

(36) FERRARA, Teoría de las personas jurídicas. Traducción de Ovejero y Maury. Madrid, 1929; pág. 410.

(37) KOHLER, Ueber das Recht der Stiftungen; en archiv Bürg R; III, página 248.

(38) Artículo 8.º del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 y artículo 11 del R. D. de 27 de septiembre de 1912.

(39) MADRUGA MÉNDEZ, Fundaciones benéfico-particulares y docentes; RGLJ. febrero 1961; pág. 199.

nomía de la voluntad del fundador. Una vez más, el dogma de la voluntad ha de ceder en aras de esa función social del Derecho y asistimos así, como dice ESPÍN (40), a esa profunda mutación de tantos derechos subjetivos privados, que trasciende a la radical fundamentación de todo Derecho privado, objetivamente considerado.

En el campo de la contratación, la alteración de circunstancias suscita el problema de la revisión o modificación de ciertas cláusulas de los contratos, y para resolverlo se han ideado múltiples teorías. Destacan, entre otras, la llamada cláusula "rebus sic stantibus", la teoría de la desaparición de la base del negocio, la teoría del error en la valoración de la ejecución contractual, y la teoría del riesgo imprevisible. Todas ellas tienen carácter contractual; sin embargo, doctrinalmente, cabe sostener que la teoría del riesgo imprevisible es aplicable a todos los actos jurídicos en general (41), y, por consiguiente, a la voluntad del fundador, e incluso existen también disposiciones en algunas legislaciones que aspiran a humanizar el formalismo jurídico en favor de las exigencias de utilidad general y del sentido práctico de la vida.

En nuestro Derecho, la cuestión está prevista en el número segundo del artículo 7.º de la Instrucción de 14 de marzo de 1899, que otorga al ministro de la Gobernación la facultad de modificar las fundaciones en armonía con las nuevas conveniencias sociales, y suplir, por medio de los acuerdos y nombramientos absolutamente necesarios para el orden regular de las instituciones, las evidentes omisiones de los fundadores. En los mismos términos, el número 2.º del artículo 5 de la Instrucción de 24 de julio de 1913 concede al ministro de Educación y Ciencia la facultad de modificar las fundaciones benéfico docentes en armonía con las nuevas conveniencias sociales, didácticas y pedagógicas (42).

Ambas disposiciones otorgan, por tanto, al Ministerio correspondiente facultades para modificar la voluntad fundacional ante el cambio de circunstancias que se pueden producir por evolución de los fenómenos económicos, políticos y sociales. Sin embargo, las anteriores disposiciones contenidas en la legislación de beneficencia están en aparente contradicción con el artículo 39 del Código civil, que dispone la extinción de las fundaciones por las siguientes causas: a) Por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente. b) Por

(40) ESPÍN CÁNOVAS, Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Universidad de Murcia; 1954; pág. 9.

(41) BADENES GASSET, El riesgo imprevisible; Barcelona, 1946, págs. 158 y 159; LALOU, Les fondations et la théorie de l'imprevisión; 1927, pág. 69.

(42) La Real Orden de 5 de julio de 1920 dispone que para que el Ministerio pueda modificar las fundaciones en armonía con las nuevas conveniencias sociales, didácticas y pedagógicas, es necesario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54 de la Instrucción de 24 de julio de 1913, un expediente y resolución especial, expediente al que han de aplicarse las circunstancias exigidas por los artículos 40, 41 y 42, según lo dispuesto en el 55 de aquélla.

haber realizado el fin para el cual se constituyeron, y c) Por ser ya imposible aplicar al fin la actividad y los medios de que disponían.

En nuestro concepto, cuando en el acto fundacional haya sido prevista la extinción de la fundación y el destino que pueda dársele al patrimonio, no hay problema, los bienes deberán aplicarse a los fines preestablecidos. El problema surge cuando no se ha previsto ese destino en el acto fundacional. Varias soluciones apunta la doctrina: unos entienden que el patrimonio debe revertir a los herederos del fundador (43); otros estiman que procede aplicarlo a los establecimientos afines, y otros, finalmente, considerando el patrimonio como *bona vacantia*, lo atribuyen al Estado. En el artículo 39 del Código civil se establece una especie de sucesión abintestato en la que la ley procura interpretar la voluntad de la entidad extinguida y destina sus bienes a la realización de fines iguales o semejantes. Sin embargo, a la vista de las disposiciones contenidas en la legislación de beneficencia la aplicación de los bienes a la realización de fines análogos se ha de llevar a efecto por medio de procedimientos de creación, agregación, segregación, modificación o aplicación de fondos a otros servicios, y ello exige delimitar los casos en que estos procedimientos implican la extinción de las fundaciones. Para resolver esta cuestión entiendo que deben distinguirse los distintos supuestos integrados en las Instrucciones de Beneficencia.

Tratándose de expedientes de agregación, refundición o agrupación no cabe duda que las fundaciones se extinguen, toda vez que quedan absorbidas o dan lugar al nacimiento de una nueva fundación con extinción de sus personalidades jurídicas y nacimiento de una personalidad nueva. Lo mismo ocurre en el supuesto de que se cambien los fines porque el patrimonio fundacional se haya empobrecido y resulta ya imposible aplicarlo a los fines fundacionales; procederá en este caso declarar extinguida la fundación y aplicar su patrimonio a los fines que asignen las Leyes, Estatutos o cláusulas fundacionales, o, en su defecto, a otros fines análogos.

En el supuesto de modificación de fines de una fundación para ponerlo en armonía con las nuevas conveniencias sociales por haberse desactualizado no tiene lugar la extinción de la fundación, en razón de que subsiste la misma personalidad jurídica. Por otra parte, en el artículo 39 del Código civil no se alude a la extinción de las fundaciones en el caso de que los fines se desactualicen, sino solamente cuando se haya realizado el fin que es completamente distinto, pues una cosa es la realización del fin y otras que este pierda su utilidad social por evolución de circunstancias.

Por último, la facultad ministerial (44) de aplicar a otro servicio inexcusablemente benéfico los fondos de objeto caducado, posibilita

---

(43) Esta posibilidad no la permite el artículo 39 del Código civil, por estar prohibida por las leyes desvinculadoras. (Sentencia de 11 de enero de 1899.)

(44) Artículo 7, facultad 3.<sup>a</sup> de la Instrucción de 14 de marzo de 1899 y artículo 5, facultad 3.<sup>a</sup> de la Instrucción de 24 de julio de 1913.

también la extinción de la fundación, pues como acertadamente afirma BADENES (45), en definitiva se trata de una agregación no a otra fundación, sino a un servicio, lo cual constituye al fin una agregación, y ésta, puede efectivizarse con extinción de la personalidad jurídica.

## 5. PATRIMONIO FUNDACIONAL. SU REVALORIZACIÓN

Como sabemos tres son los elementos básicos de composición que se distinguen en toda fundación: el patrimonio, el fin y la organización. Voy a tratar aquí del patrimonio.

Fue BRINZ (46) el que formula su teoría del patrimonio aplicada a las personas jurídicas fundándose en un trabajo de WINDSCHEID (47) sobre la herencia yacente. No hay para BRINZ junto a las personas naturales una segunda especie de personas, sino por el contrario, una segunda especie de patrimonio. La esencia del patrimonio consiste en el tener o pertenecer, en una relación jurídica indivisible entre bienes y personas. Pero esta relación puede existir también entre fines y bienes, subrogándose a la persona un cierto fin. Existen, por tanto, dos clases de patrimonios, el que pertenece a alguien y el que pertenece a algo. En virtud de su patrimonio de destino es protegido por el ordenamiento como si perteneciese a alguien. Pero de aquí a considerar al patrimonio como persona no hay más que un paso.

Así RANDA (48) desarrollando la teoría de BRINZ entiende que el patrimonio, por su coligación al fin, funciona como persona. Por su parte UNGER (49) determina que para el nacimiento de la fundación son necesarios estos dos requisitos: 1.º La existencia de un patrimonio que esté destinado de una manera jurídica válida a la obtención autónoma de un bien general y 2.º Un precepto jurídico que atribuya personalidad jurídica a ese patrimonio.

Ahora bien y con independencia de la posición que se adopte frente a la cuestión de cuál sea la base de la fundación, es indudable que la idea fundamental de esta persona jurídica se centra en un capital al servicio de un fin y ese capital vendrá constituido por la dotación establecida por el fundador.

En nuestro derecho no cabe duda que es esencial la dotación \* para que surja la fundación, toda vez que el artículo 39 del Código civil al señalar como causa de extinción de las fundaciones la imposibilidad sobrevinida de alcanzar el fin con los medios de que disponían, pone de manifiesto que una dotación insuficiente imposibilita el nacimiento

(45) BADENES, ob. cit., pág. 165.

(46) BRINZ. *Lehrd der Pandecten*, II, pág. 979 y sigs.

(47) WINDSCHEID. *Die Ruhende Erbschaft und die vermögensrechtliche Persönlichkeit* (Kritische Uberchchau, I, pág. 186).

(48) RANDA. *Der Desitz*, cuarta edición Leipzig, 1895, pág. 461.

(49) UNGER. *System des österreichischen allgemeinen Privatrecht*, 1892, página 349.

\* Esta esencialidad no es obstáculo para sostener su carácter accesorio en el problema de la validez. V. MADRUGA MÉNDEZ, ob. cit., págs. 175 y 176.

de la institución (50). También el artículo 4.º del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 señala que “la beneficencia particular comprende todas las instituciones benéficas creadas y dotadas con bienes particulares y cuyo patronazgo y administración fueron reglamentados por los respectivos fundadores”. En el mismo sentido el artículo 2.º del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912 que expresa que “constituyen las fundaciones benéfico-docentes el conjunto de bienes y derechos destinados a la enseñanza...”.

Asimismo, el artículo 2.º de la Instrucción de 20 de julio de 1926 para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en las instituciones y fundaciones benéfico docentes de enseñanza agrícola, pecuaria o minera se establece que “constituyen las fundaciones benéfico docentes particulares de enseñanza agrícola, pecuaria o minera el conjunto de los bienes y derechos destinados a dichas enseñanzas”. En este punto entiende OERTMANN (51) que ya sea en el sentido de una necesidad lógica, ya en el sentido de la razón práctica, la fundación necesita un patrimonio, por lo cual al acto creador de la fundación se ha de agregar, como un segundo elemento del negocio fundacional, por regla general un acto de dotación en el cual se señala a la fundación que se acaba de constituir una cantidad determinada de bienes.

Normalmente, pues, el acto de fundación va incorporado al acto de dotación. La naturaleza de este acto de dotación ha preocupado a la doctrina. VON THUR (52) y COVIELLO (53) lo han considerado como una donación, si bien este último afirma que puesto que falta la aceptación tal acto es unilateral. En nuestra Patria NART (54) y CÁRDENAS (55) estiman que el objeto que se persigue no es el enriquecimiento de una persona ya existente, sino la creación de una nueva.

CARIOTA-FERRARA (56) ve en el acto de dotación un negocio de destinación de bienes, con una atribución patrimonial. El negocio no produce otro efecto que el destino de los bienes a un determinado fin. Tal acto tiene una naturaleza neutra porque no implica atribución patrimonial alguna, y sólo de los actos que la producen se puede decir que son gratuitos u onerosos. Ahora bien, los actos de determinación van frecuentemente unidos a verdaderas atribuciones patrimoniales. En tales casos se tiene generalmente una enajenación traslativa o constitutiva, con pérdida patrimonial para el enajenante y enriquecimiento o beneficio para el adquirente, pero con el límite del vínculo, determinado por la destinación, que grava los bienes o derechos adquiridos.

---

(50) NART. *La Fundación*. Revista Derecho Privado, 1951, pág. 494.

(51) OERTMANN. *Introducción al Derecho Civil*. Traducción de Sancho Seral. Barcelona, 1933, pág. 127.

(52) VON THUR. *Derecho Civil: Teoría general*, trad. española, Buenos Aires, 1946, I, 2.º, pág. 286.

(53) COVIELLO. *Manuale di Diritto Civile*. (Parte Generale.) Milano, 1929, página 206.

(54) NART. *Ob. cit.*, pág. 496.

(55) CÁRDENAS. *Ob. cit.*, pág. 580.

(56) CARIOTA-FERRARA. *El negocio jurídico*, trad. española, 1956, pág. 128.

Contra tal construcción se ha reaccionado observando que hay que abandonar la elaboración teórica y atender al derecho positivo para ver si el acto de dotación es o no esencial. Así BADENES (57) considera que la dotación puede ser un acto semejante a la donación, adhiriéndose en este punto a la opinión de FERRARA y LEHMANN, quienes afirman se trata de un caso particular de atribución patrimonial a título gratuito que exige una reglamentación particularista.

Como decíamos anteriormente, lo normal es que el acto de fundación vaya acompañado del acto de dotación. No puede darse dotación sin haberse creado la fundación, ni tampoco dotación sin fundación. Sin embargo, se duda sobre si este acto de dotación forma una unidad con el acto creador de fundación, es decir, si el negocio fundacional se compone de estos dos actos o si es posible que se den separadamente. En nuestro concepto, y sumándonos a la opinión de ALBALADEJO (58), se trata de dos actos diferentes y separables no sólo conceptual, sino prácticamente. El acto de dotación puede ir unido a la declaración de voluntad por la que se crea la fundación, pero es también perfectamente posible que no vaya unido a la inicial declaración de voluntad. En realidad la dotación hay que considerarla como un acto unilateral, gratuito y esencial para la existencia de la fundación, pero separable del acto fundación propiamente dicho, aunque ello no sea lo normal.

#### SU REVALORIZACIÓN

Como hemos dicho en otro lugar (59), partiendo de la base de que al funcionamiento de las fundaciones no debe consumir el capital fundacional, sino sólo las rentas, se sienta la regla de que el referido capital debe invertirse en la forma más segura posible, es decir, en títulos intransferibles de la Deuda.

Esta obligación de conversión se encuentra establecida en el artículo 8.º del R. D. de 14 de marzo de 1899 y en el artículo 11 del R. D. de 27 de septiembre de 1912, exceptuando sólo de esta regla aquella parte del capital que haya de dedicarse a la construcción de edificios y a la instalación de los mismos, así como los inmuebles destinados por el fundador a esta finalidad (60).

En la época en que se redactaron aquellos preceptos es indudable que la inversión en títulos de la Deuda constituía una garantía de permanencia del patrimonio de las fundaciones. Ahora bien, la cues-

(57) BADENES. Ob. cit., pág. 99.

(58) ALBALADEJO, Instituciones de Derecho Civil. Publicación del Real Colegio de España en Bolonia, 1961, pág. 229.

(59) MADRUGA MÉNDEZ. Ob. cit., pág. 199.

(60) Las Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1920 y 12 de marzo de 1951 tienen declarado que no puede imponerse la conversión cuando el fundador ha determinado la forma en que han de conservarse los bienes.

ción cambia radicalmente en los tiempos actuales de depreciación progresiva del valor de la moneda, que ha determinado la precaria situación de muchas fundaciones.

Para remediar esta situación son varias las soluciones que se han indicado. GARRIDA FALLA (61) escribe que hoy no repugna que las fundaciones puedan tener un patrimonio inmobiliario, ni que los títulos de la Deuda sean reemplazados por acciones o valores cotizables en Bolsa. En este último sentido, la Administración tiende a admitir estas situaciones, especialmente el Ministerio de Educación y Ciencia en cuanto a las fundaciones benéfico docentes. Nuestro criterio es contrario a que se generalice el reemplazo de títulos de la Deuda en acciones cotizables en Bolsa, y ello porque consideramos también muy arriesgado para el capital fundacional el someterlo a las inestabilidades bursátiles, por lo que su aplicación debe hacerse de una manera restrictiva (62).

De todas formas, la Administración debe procurar dar más elasticidad a las disposiciones vigentes en la materia, procurando, en lo posible, conservar los bienes inmuebles de las fundaciones, concretamente aquellos que produzcan rentas o sean susceptibles de producir las. Esta última medida, mientras continúen las periódicas devaluaciones a que está sometida la moneda en nuestro país, la consideramos eficaz y, en lo que cabe, garantizadora de los bienes fundacionales.

Otra solución para revalorizar el patrimonio fundacional puede estar en la refundición de las instituciones en precaria situación económica (63) para reducir gastos y tratar de cumplir los fines. También consideramos muy necesario que las fundaciones sean autorizadas a percibir ayudas económicas de sus propios beneficiarios, como está ocurriendo, por ejemplo, con los ancianos recogidos en Residencias de carácter benéfico particular que cobran las pensiones del Fondo Nacional de Asistencia Social. Indudablemente existirán también beneficiarios que no pueden atender totalmente a sus necesidades, pero que pueden, sin embargo, aportar alguna ayuda para su sostenimiento. Por último, es perentorio que el Gobierno suprima el impuesto del 20 por 100 sobre el interés de los títulos de la Deuda cuando estos figuren adscritos al capital de una fundación clasificada de beneficencia.

---

(61) GARRIDO FALLA. Ob. cit., pág. 390.

(62) El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de junio de 1919 tiene declarado que el párrafo 2.º del artículo 11 del Decreto de 27 de septiembre de 1912 no se extiende a los derechos y valores, porque en tal caso el precepto estaría en contradicción con el párrafo 1.º, en donde se establece que todas las fundaciones están capacitadas para adquirir y poseer toda clase de bienes y derechos, sin más limitación que la de no poder retener otros inmuebles, sino los necesarios para los fines de la institución, por lo que las fundaciones pueden poseer acciones y obligaciones de Bancos y Sociedades y demás valores, sin más limitación que la de constituirlos en depósito intransferible a nombre de la fundación, pero sin estar obligada a convertirlos en láminas intransferibles de la Deuda Perpetua.

(63) V. mi trabajo, cit., pág. 196 y siguientes.

## 6. MODO DE CONSTITUCIÓN. RECONOCIMIENTO DEL ESTADO. CLASIFICACIÓN

*Modo de constitución.*—Como expone FERRARA (64), mientras la iniciativa de la formación de los entes colectivos parte del grupo de los interesados, en cambio, las instituciones son constituidas por una voluntad extraña, o la eminente del Estado o bien de un particular movido por un fin superior altruista que quiere realizar.

Según la naturaleza de las instituciones, públicas o privadas, entran en juego la voluntad del Estado o la voluntad de los particulares. Así, todas las fundaciones de carácter público tienen su origen en un acto del Estado, el cual organiza el instituto y le dota de patrimonio. En cambio, las fundaciones de carácter privado tienen su origen en la voluntad individual del fundador; el instituyente declara querer que un cierto instituto u obra surja con carácter de autonomía, precisa el fin y la individualidad y asigna normalmente el patrimonio necesario para su funcionamiento. A este acto se llama negocio de fundación (65).

El contenido del acto de fundación es dado por la determinación del fin, que da fisonomía propia al nuevo instituto. Cualquier fin de utilidad privada o pública puede ser asumido como núcleo de la fundación.

El procedimiento de fundación, como expone KOHLER (66), presenta dos lados: el fundador crea una personalidad de fundación y atribuye a ella un determinado patrimonio. El acto fundacional es por eso, simultáneamente, personal y real. Estos lados están unidos por un estrecho vínculo que es dado por el fin al cual sirven sujeto y objeto. Sin embargo, la doctrina no está de acuerdo sobre esta relación de conexión entre estos dos elementos, porque mientras algunos, como NART (67), consideran que forman un todo inseparable las partes de un acto único, otros, por el contrario, admiten dos actos distintos, separables, que pueden existir en tiempos distintos y entonces faltar uno.

El negocio de fundación puede tener lugar, bien por actos *inter vivos*, bien por actos *mortis causa*, pero el verdadero nacimiento como persona jurídica se determina por la erección válida de un organismo independiente y el reconocimiento por el derecho objetivo, en los casos que se estime como necesario (68).

El Código civil español organiza la fundación como persona jurí-

(64) FERRARA, Teoría de las personas jurídicas. Traducción de la segunda edición italiana por E. Ovejero y Maury. Madrid, 1929, pág. 729.

(65) BONET RAMÓN, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte General, Madrid, 1959, pág. 529.

(66) KOHLER, Ueber das Recht der Stiftungen, Archiv, Burg Recht, III, página 235.

(67) NART, La Fundación R. D. P. 1951, pág. 495.

(68) MADRUGA MÉNDEZ, Fundaciones benéfico-particulares y docentes. Separata de la RGLJ, Madrid, 1961, pág. 16.

dica y dice respecto a ella que “su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiese quedado válidamente constituida”. A diferencia del criterio seguido por otras legislaciones que se inspiran en el llamado sistema normativo, en España, el reconocimiento se produce por la mera existencia. Así, el artículo 9.º del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912 dispone respecto a las fundaciones benéfico-docentes que constituyen una personalidad jurídica con capacidad legal de ejercitar sus derechos y cumplir sus deberes desde el momento de su constitución, añadiendo el artículo 10 que se entenderán constituidas desde que por cualquier modo se acredite su existencia. Relacionando este precepto con el artículo 35 del Código civil, podemos deducir que bastará probar la existencia de una fundación para que ésta se entienda legalmente constituida y, por tanto, pueda gozar de personalidad jurídica sin necesidad de ningún otro requisito. En Derecho español se sigue, pues, este sistema de libre constitución. El negocio fundacional se perfecciona por la simple voluntad del fundador y, por consiguiente, en virtud de un acto de constitución autonómica. A pesar de que el Código civil no resuelve la cuestión, la jurisprudencia ha declarado con carácter general el sistema de libre constitución por la mera prueba de su existencia (69).

Es suficiente, por tanto, para constituir una fundación el acto del fundador, es decir, un negocio en el que se manifieste de una manera expresa, o bien de modo que permita inferirla, la voluntad de crear la fundación como persona jurídica, sin que pueda entorpecer esta libertad constitutiva ningún requisito de forma (70). En su consecuencia, puede constituirse una fundación en documento privado, salvo en el caso de que el patrimonio fundacional estuviese dotado con inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será indispensable la escritura pública, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912.

El negocio fundacional “mortis causa” está sujeto a los requisitos de forma del acto en que se contenga. La posibilidad de constituir fundaciones por vía testamentaria tiene una larga tradición histórica, hasta tal punto que GIERKE ha llegado a decir que debe de reconocerse como un principio de Derecho consuetudinario. En Italia se discutió largamente sobre la posibilidad de crear una fundación por testamento, ya que ello suponía instituir o legar a una persona todavía no existente, contra el principio que niega eficacia a la vocación hereditaria a favor de persona futura. ROMANELLI (71) se lamentaba de que este fuese el planteamiento de la cuestión en la doctrina italiana, en con-

---

(69) La importante sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1920 declara que “ningún artículo del Código exige, para la existencia de una fundación, la aprobación del Estado”.

(70) El negocio jurídico de fundación no figura entre los actos y contratos para los que el artículo 1.280 del Código civil prescribe la forma pública.

(71) ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel Diritto privato e nel Diritto pubblico*. Nápoles, 1935, pág. 11.

traste con los logros de la doctrina alemana, donde el negocio fundacional tiene una autonomía propia, dada su especial finalidad de hacer surgir una personalidad jurídica independiente.

FERRARA (72), acertadamente, observó que la cuestión estaba mal planteada, ya que no se trata de una vocación hereditaria, sino de un negocio fundacional bajo forma testamentaria, pero cuyo régimen está fuera de los principios sucesorios. La doctrina civilística española se muestra acorde en conceder fuerza creadora a la voluntad del testador. SÁNCHEZ ROMÁN (73) considera que "las personas jurídicas cuya institución tenga su origen en la voluntad del testador, según su testamento, aunque no se hayan de constituir ni constituyan hasta después de su muerte, debe reputarse como si estuvieran constituidas al mismo tiempo de la misma y con capacidad para suceder, según las disposiciones de que se les hace objeto, porque otra cosa sería negar la debida eficacia civil creadora a la voluntad del testador, sin razón alguna que lo justifique, desconocer que las personas jurídicas de esta especie pueden ser obra de la voluntad civil individual expresada en forma legal, por acto jurídico *inter vivos* o *mortis causa*."

El inconveniente de la doctrina alemana e italiana no existe en nuestra Patria, toda vez que el nacimiento de la fundación, como señalan PÉREZ y ALGUER (74), no está subordinado al reconocimiento estatal, sino que aquella surge desde el momento en que se hace eficaz la declaración de voluntad de constituir la fundación, y, por tanto, la constitución de tal persona jurídica y la institución de heredero o el legado a su favor aparecen simultáneamente en el mundo jurídico cuando al fallecer el testador se producen los efectos jurídicos de su última voluntad.

El Código civil no resuelve la cuestión; en cambio, en la legislación sobre beneficencia particular encontramos algunos preceptos que autorizan a conceder fuerza creadora a la voluntad del instituidor. Concretamente, el artículo 2.º de la Instrucción de 14 de marzo de 1899 dispone que "en las herencias y legados benéficos que no impliquen obligaciones permanentes, la acción del Protectorado cesará con el cumplimiento probado de la voluntad del testador" (75); de donde se deduce, a sensu contrario, como observa BADENES (76), que admite la posibilidad de que las herencias o legados impliquen obligaciones permanentes, es decir, fundaciones.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de abril de 1920, declaró que la institución de una fundación por vía testamentaria es perfec-

(72) FERRARA, ob. cit., pág. 739.

(73) SÁNCHEZ ROMÁN, Estudios de Derecho Civil, t. 6.º Vol. I. Madrid, 1910, pág. 295.

(74) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Tratado de Derecho Civil de Ennecerus. Vol. I, Parte General. Traducción de la 39 edición alemana, Barcelona, 1953, página 514.

(75) En el mismo sentido el artículo 2.º de la Instrucción de 24 de julio de 1913.

(76) BADENES, ob. cit., pág. 109.

tamente posible frente al obstáculo que parece desprenderse del artículo 750 del Código civil, y adquiere plena eficacia desde el momento mismo del fallecimiento, integrando una persona jurídica legalmente capaz de todos los derechos y obligaciones que indica el artículo 38 del Código civil, ya que la fundación ha sido ordenada por la voluntad del instituidor aun cuando todavía no se halle completamente organizado.

También es de interés la doctrina contenida en la Sentencia de 9 de febrero de 1948, en la que fue ponente don Felipe Gil Casares, estableciéndose que fue "la voluntad de la causante instituir o crear una obra de destino de un patrimonio, vinculando éste al cumplimiento de un fin que la misma señala, apreciándose claramente la existencia de un acto fundacional, que aparece incorporado a otro de dotación, bajo la forma de disposición testamentaria y que determina el nacimiento de una persona jurídica desde el día en que por fallecer la testadora adquirió plena eficacia su declaración de voluntad, consecuencia la indicada que se reafirma teniendo en cuenta el texto del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912, el cual, en su artículo 9.º, y al regular las fundaciones benéfico-docentes, estatuye que tiene personalidad jurídica desde el momento de su constitución, añadiendo el artículo 10 del mismo Decreto que si la fundación se halla dotada con bienes inmuebles o derechos reales, es indispensable para que se entienda constituida la escritura pública".

Además de las dos formas tradicionales de constitución del negocio de fundación por acto inter vivos y mortis causa, el Decreto de 16 de marzo de 1961, regulador de las fundaciones laborales, establece la creación de estas fundaciones a virtud de pacto o concierto entre la empresa y sus trabajadores, estipulándose en él la aportación de una y otros y las normas sobre gobierno y administración. Dichos pactos tendrán el carácter y se celebrarán con las formalidades establecidas para los convenios colectivos sindicales. Estas fundaciones laborales están sometidas al Protectorado del Ministerio de Trabajo y quedan fuera del ámbito de la beneficencia particular.

*Reconocimiento del Estado.*—La fundación, una vez creada, necesita el reconocimiento del Estado, es decir, que el interés público haya sido constatado en un acto estatal. Para una parte de la doctrina el reconocimiento tiene un valor constitutivo, mientras que para los partidarios de las teorías realistas tiene un valor meramente declarativo. Otros, sin embargo, atribuyen al reconocimiento un carácter accesorio de confirmación.

El Derecho español exige para que exista la persona jurídica el reconocimiento legal. El artículo 35 del Código civil preceptúa que son personas jurídicas "las Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones de interés público reconocidas por la ley", es decir, con palabras de Castro (77), aquellas permitidas y reguladas por las disposiciones sobre

---

(77) CASTRO, ob. cit., pág. 645.

beneficencia. Ahora bien, este reconocimiento, como ya hemos indicado en otro lugar de este trabajo, se produce por la mera existencia, sin necesidad de un acto administrativo de constitución ni siquiera de inscripción en algún Registro, como ocurre en otros sistemas, en los cuales el poder público tiene en todo momento conocimiento exacto del nacimiento de una fundación. Ello nos lleva a la conclusión de que las fundaciones nacen a la vida jurídica sin intervención administrativa previa y que esta intervención, cuando se produce, es posterior y limita sus efectos a un ámbito puramente administrativo de clasificación.

De este razonamiento deduce el profesor GARRIDO FALLA (78), con su experiencia en estas cuestiones, las siguientes reglas que dominan en nuestro Derecho la materia y delimitan recíprocamente los terrenos civil y administrativo del Derecho de fundaciones:

1.<sup>a</sup> La validez jurídica del negocio civil de fundación condiciona el ulterior acto administrativo de clasificación, de tal forma que la declaración de nulidad de aquél por los tribunales ordinarios determina la extinción de la fundación aunque esté clasificada.

2.<sup>a</sup> El reconocimiento por la jurisdicción ordinaria de una fundación no prejuzga el pronunciamiento administrativo respecto de su clasificación. La fundación entonces existiría, pero no estaría clasificada.

3.<sup>a</sup> La discusión acerca de si una fundación ha sido o no correctamente clasificada corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, no a la ordinaria; pues implica pura y simplemente la fiscalización sobre la legalidad de un acto administrativo dictado en el ejercicio de competencias administrativas.

4.<sup>a</sup> La Administración puede desclasificar una fundación, sin que por tal acto se extinga su personalidad jurídica. Pero, de suyo, no tiene potestad para suprimirla; y si por su finalidad fuese contraria a las leyes o a la moral, lo que podría hacer es impedir su funcionamiento.

No obstante, la actividad administrativa del Protectorado, tratándose de fundaciones privadas, es ineludiblemente necesaria para su normal desenvolvimiento. El Protectorado procura que se cumpla la voluntad de los fundadores, manteniendo los fines y garantizando la utilidad pública y social de los mismos a los interesados en los beneficios de la fundación. Y esta función la ejerce el Protectorado vigilando los actos y decisiones de los patronos y administradores. A estos efectos, el artículo 2.º de la Instrucción de 14 de marzo de 1899 dispone que en las herencias y legados benéficos que no impliquen obligaciones permanentes, la acción del Protectorado cesará con el cumplimiento probado de la voluntad del testador (79). Asimismo, el

(78) GARRIDO FALLA, ob. cit., pág. 372.

(79) La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1909 declara que el Gobierno puede investigar la cuantía de esos legados, los bienes afectos al mismo y el producto de sus enajenaciones.

Patronato está obligado, salvo excepciones que más adelante indicaré, a rendir cuentas al Protectorado de todas las operaciones económico-administrativas realizadas en el año económico (80), y necesita autorización para realizar actos de enajenación o que comprometan el patrimonio fundacional.

Existen casos en que los propios fundadores prohíben toda intervención estatal, concediendo amplias facultades a los patronos o administradores y dejando a su conciencia el cumplimiento de su voluntad (81). En este supuesto, los patronos no tienen otra obligación con el Protectorado que la de declarar solemnemente el cumplimiento de las cargas de fundación, acreditando que es ajustado a la moral y a las leyes (82). En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1910 tiene declarado que si el fundador otorgó a los patronos facultades omnímodas para el régimen de administración y representación de la obra pía, prohibiendo toda intervención de la autoridad, no tienen los patronos otra obligación con el Protectorado que la de justificar —cuando sean requeridos para ello— el cumplimiento de las cargas de la fundación, así como el de las disposiciones sobre higiene y moral pública, y en cuanto a los valores que constituyen el capital de aquélla, la de conservarlos y custodiarlos como inalienables, a nombre de la expresada fundación, en uno de los establecimientos destinados al efecto.

En todo caso, el Protectorado necesita conocer la constitución de cuantas fundaciones privadas se promuevan. Para ello existen una serie de preceptos tendentes a conseguirlo: Así, el artículo 179 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 impone a los notarios la obligación de notificar a los organismos de la Administración las disposiciones benéficas contenidas en los testamentos. Con la misma finalidad, los artículos 14-9.º de la Instrucción de 14 de marzo de 1899, 2.º de la Instrucción de 24 de julio de 1913, 26 del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912 y Real Orden de 21 de abril de 1908, ordenan a los jueces, notarios, registradores de la propiedad, liquidadores y demás funcionarios públicos que por razón de sus cargos tuvieran conocimiento de la existencia de alguna fundación, que lo comuniquen oportunamente a la Administración.

Puede suceder también que el Protectorado, no obstante los citados preceptos, no llegue a tener conocimiento de la constitución de una fundación, bien por omisión de los funcionarios a quienes compete la obligación, o bien porque la constitución de la fundación se ha llevado a efecto en documento privado. En estos casos, el Protectorado no tiene otro medio para conocer la constitución de las fundaciones que el llamado acto de clasificación.

---

(80) Artículo 105 de la Instrucción de 14 de marzo de 1899.

(81) Artículo 6.º de la Instrucción de 14 de marzo de 1899, y art. 4.º de la Instrucción de 24 de julio de 1913.

(82) La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1908 exige que la relevación de rendir cuentas haya sido expresamente querida por el fundador.

*Clasificación.*—De dos maneras puede el Protectorado asegurar el cumplimiento de los fines benéficos impuestos por los fundadores, mediante una intervención temporal o por una intervención de carácter permanente. El primer caso es el previsto en el ya citado artículo 2.º de la Instrucción de 14 de marzo de 1899 de que “en las herencias y legados benéficos que no impliquen obligaciones permanentes, la acción del Protectorado cesará con el cumplimiento probado de la voluntad del testador”. En cambio, la intervención de carácter permanente puede decirse que tiene su comienzo en el acto de clasificación.

El acto de clasificación, como ya hemos indicado (83), es la declaración por la que el Ministerio reconoce el carácter benéfico o benéfico docente de las fundaciones privadas. La clasificación entendemos que es un medio para hacer efectiva la actividad administrativa del Protectorado sobre la fundación privada, y constituye además un instrumento de prueba de su naturaleza para tener derecho a gozar de todos los beneficios establecidos para las fundaciones benéficas. Este acto de clasificación no es, por supuesto, requisito necesario para la constitución y nacimiento de la fundación, toda vez que este se produce en virtud del negocio jurídico fundacional.

Por consiguiente, el acto de clasificación es una declaración de la Administración condicionada por la validez del negocio civil fundacional. Se trata, pues, como dice GARRIDO FALLA (84), de dos negocios jurídicos de naturaleza distinta y, por tanto, su discusión contenciosa se ha de realizar ante distintas jurisdicciones. Si la Administración se niega a clasificar una fundación por entender que ésta no existe, la cuestión habrá de ser planteada ante la jurisdicción civil ordinaria; pero si el fundamento de la negativa administrativa está en que la fundación no reúne los requisitos para ser clasificada, entonces la cuestión habrá de ser planteada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Prescindimos aquí del estudio de los expedientes de clasificación, de los cuales nos hemos ocupado en otro trabajo (85).

## 7. BENEFICIOS ESTATALES DERIVADOS DE LA CLASIFICACIÓN. CONSIDERACIÓN GENERAL. BENEFICIOS FISCALES. BENEFICIOS PROCESALES. BENEFICIOS DE ORDEN CIVIL Y ADMINISTRATIVO

### CONSIDERACIÓN GENERAL

La legislación relativa a los beneficios estatales que se otorgan a las fundaciones benéficas está muy dispersa, con la consiguiente falta de unidad en su técnica y criterio. Su sistematización resulta difícil, porque mientras unas veces es la actividad benéfica la causa del beneficio, otras son las personas que realizan estos fines las que se tienen

(83) MADRUGA MÉNDEZ, ob. cit., pág. 189.

(84) GARRIDO FALLA, ob. cit., pág. 382.

(85) Ob. cit., págs. 190 y siguientes.

en consideración. Por otra parte, la interferencia de criterios subjetivos y objetivos dificulta también el planteamiento del problema. Así, por ejemplo, no es lo mismo el trato de las actividades benéficas de la Iglesia que las del Estado o de las personas o entidades privadas. Mientras las primeras se benefician de las exenciones concedidas por el Concordato, y las segundas del régimen privilegiado de las actividades públicas, las actividades benéficas particulares no tienen estos beneficios.

Existe, en nuestro concepto, una falta de orden y visión general del problema de nuestra legislación sobre entidades benéficas. El legislador, evidentemente, se preocupa de la tutela de las fundaciones benéficas, pero no es objetivista, es decir, no le preocupa la actividad, la función social en sí, en cuanto problema social, olvidando que la beneficencia privada libera al Estado, Provincia y Municipio del sagrado deber que tienen de mirar por las necesidades de todos los súbditos, por lo que es contra toda justicia que se impongan contribuciones para otras atenciones a los bienes con que la sociedad está remediando las necesidades que el Estado, Provincia y Municipio debieron remediar.

Para gozar de los beneficios que las leyes conceden, estimamos que la fundación ha de estar clasificada de beneficencia por el Protectorado, mediante la orden correspondiente, con lo que se garantiza que en la misma concurren las condiciones necesarias para serlo y merecer tal clasificación (86).

Expuesto lo que antecede, dividiremos los beneficios concedidos a las fundaciones benéficas en tres apartados: de carácter fiscal, de carácter procesal y de carácter civil y administrativo.

#### BENEFICIOS FISCALES

El tratamiento fiscal de los patrimonios de las fundaciones benéficas es bastante incompleto y desordenado en razón de que no alcanza por igual a todos los impuestos y a que no existe una regulación uniforme sobre la cuestión.

Entre los beneficios fiscales de que gozan las fundaciones una vez clasificadas de beneficencia, citaremos los siguientes:

a) Contribución territorial urbana.

Están exentos de la contribución territorial los edificios destinados a hospicios, hospitales, casas de corrección o de beneficencia general o local, siempre que no produzcan a sus dueños particulares alguna renta (87).

El número tres del artículo 38 de la Ley de Reforma del Sistema

---

(86) V. Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 5 de marzo de 1957.

(87) Concede la exención el artículo 14, núm. 5, de la Ley de 29 de diciembre de 1910 y el artículo 27, núm. 5, de la Orden de 29 de agosto de 1920.

Tributario de 11 de junio de 1964 establece que “a partir de uno de enero de mil novecientos sesenta y cinco gozarán de una bonificación del noventa y cinco por ciento las cuotas de la Contribución Territorial Urbana, así como los arbitrios y recargos que recaen sobre la base o cuota de dicha contribución y que corresponden a edificios y terrenos destinados directamente a la enseñanza, siempre que se trate de Centros reconocidos o autorizados por los Departamentos ministeriales afectados y que la propiedad de aquéllos pertenezca a los titulares de dichos Centros o a entidades que pongan al servicio de éstos los edificios y terrenos sin relación arrendaticia ni percibo de renta alguna”.

Por su parte, el Concordato, en relación con los locales propiedad de la Iglesia, en su artículo XX, preceptúa que gozarán de exención de contribuciones de índole estatal o local:

1. “Las iglesias y capillas destinadas al culto y, asimismo, los edificios y locales anejos destinados a su servicio o a sede de asociaciones católicas.” Ni que decir tiene que estos edificios y locales han de pertenecer en propiedad a la Iglesia o asociaciones católicas, pues si se tratara de locales arrendados la exención se concedería a terceras personas.

2. “Los colegios y otros Centros de enseñanza dependientes de la jerarquía eclesiástica que tengan la condición de benéfico-docente.” No ofrece duda que esos colegios o Centros han de tener la condición de benéfico-docente con arreglo a la legislación de la Iglesia en razón de que el Concordato no es una ley estatal.

#### b) Contribución territorial rústica.

El artículo 24 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 establece que a “partir de uno de enero de mil novecientos sesenta y cinco gozarán de una bonificación del noventa y cinco por ciento las cuotas fijas y proporcional de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria que correspondan a los terrenos destinados directamente a la enseñanza, siempre que estén incorporados a Centros reconocidos o autorizados por el Ministerio de Educación y Ciencia o Departamento ministerial competente y que la propiedad pertenezca a dichos Centros o a entidades que pongan a servicio de los mismos los terrenos sin relación arrendaticia ni percibo de renta alguna”.

#### c) Impuesto general sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En el artículo 146 de la Ley de Reforma Tributaria de 1964 se contienen las siguientes exenciones:

Según el número 1.º de dicho precepto, estarán exentas las “transmisiones patrimoniales *inter vivos*”, en las que la obligación de satisfacer el impuesto recaiga sobre: “c) Los establecimientos de beneficencia o educación sostenidos con fondos del Estado, la Iglesia o

Corporaciones locales y *los de beneficencia particular*, cuando los cargos de patrono o representantes legítimos de los mismos, sean gratuitos.

Otra exención que puede ser aplicable a las fundaciones benéficas es la contenida en el número 31 del citado artículo 146, que dice: "Las donaciones a favor de entidades públicas o benéficas, con destino a la financiación de la construcción de "Viviendas de protección oficial", así como para su adquisición al objeto de cederlas en régimen de arrendamiento".

Asimismo, puede afectar a las fundaciones benéfico-docentes la bonificación del 50 por 100 del impuesto reconocida en el apartado f) del número segundo del artículo 147, concedida en relación con las adquisiciones de terrenos y otros actos y contratos para la construcción de centros docentes declarados de interés social, siempre que se observen los requisitos exigidos en el artículo 11 del Decreto de 25 de marzo de 1955.

d) Impuesto general sobre sucesiones.

De acuerdo con el artículo 123 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964, estarán exentas:

"Las instituciones o legados en favor del alma, siempre que al solicitarse la liquidación se justifique, mediante certificación expedida por el Ordinario correspondiente, la entrega por los herederos o albaceas para finalidades de culto o religiosas de los bienes objeto de la institución o legado" (núm. 4).

"Las herencias y legados a que se refiere el número cinco del artículo veinte del Corcordato con la Santa Sede de veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y tres" (núm. 5).

"Las herencias y legados en favor de centros docentes de cualquier grado reconocidos o autorizados por el Ministerio de Educación Nacional" (núm. 7).

e) Impuesto sobre bienes de las personas jurídicas.

Según el artículo 136 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964 en relación con el apartado c), número 1.º, del artículo 146 de la misma ley estarán exentos del impuesto el dominio de los bienes y demás derechos reales impuestos sobre los mismos pertenecientes a establecimientos de beneficencia particular, cuando los cargos de patronos o representantes legítimos de los mismos sean gratuitos.

La competencia para la resolución de los expedientes de exención del Impuesto está atribuida a la Dirección General de lo Contencioso del Estado por el artículo 277, número 2, apartado 4), del Reglamento de 15 de enero de 1959, para la aplicación de la Ley de 21 de marzo de 1958, vigente en esta materia por disposición expresa del artículo 181 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio

de 1964, en cuanto no se opone al número 4 del artículo 136 de la propia Ley (88).

f) Impuesto sobre el Tráfico de las Empresas.

Este impuesto apenas afecta a las fundaciones, que no deben tener, por razón de su naturaleza, actividades comerciales.

Es importante hacer notar, sin embargo, que están exentos de este impuesto, según el número decimocuarto del apartado uno del artículo 202 de la Ley de Reforma Tributaria, los servicios de enseñanza y los de alimentación y alojamiento accesorios de aquéllos.

g) Impuesto general sobre la renta.

No se trata de beneficio aplicable a la fundación, ya que sólo las personas físicas están sujetas a este impuesto, sin embargo, constituye un estímulo y una indirecta protección para las fundaciones. Así, el número 11, apartado a), del artículo 112 de la Ley de Reforma dispone que constituirán gastos deducibles las cantidades satisfechas al Estado, provincia, municipio, asociaciones y fundaciones benéficas, benéfico-docentes o asimiladas a estas últimas, Cruz Roja Española, cuando la institución que las reciba sea de carácter público o, siendo de carácter privado se acredite de un modo fehaciente ante el Protectorado del Gobierno en las fundaciones benéficas que las sumas recibidas se han destinado de un modo directo y afectado permanentemente al cumplimiento del fin benéfico, docente o de investigación para el que fueron entregados.

h) Arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos.

La Ley de Régimen Local, Texto Refundido de 24 de junio de 1955 establece la exención del arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos en el apartado d) del artículo 520, que se refiere "a cualquier persona o entidad, por los terrenos propios afectos de un modo permanente a servicios de beneficencia o enseñanza, cuya exención acuerde el Ayuntamiento y conste taxativamente en la respectiva Ordenanza". De acuerdo con este precepto, son necesarios los siguientes requisitos para que tenga lugar la exención:

a) Que se trate de terrenos propios afectos de un modo permanente a servicios de beneficencia o enseñanza. Al solicitarse la exención para acreditar este extremo puede acompañarse un certificado de la Junta Provincial de Beneficencia y la Orden de clasificación.

b) Que acuerde la exención el Ayuntamiento y conste taxativamente en la respectiva Ordenanza.

---

(88) El artículo 181 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964 dispone que serán aplicables a este impuesto las normas de la Ley de Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de bienes, texto refundido de 21 de marzo de 1958 y su Reglamento de 15 de enero de 1959, salvo aquellas que definan los actos sujetos, exentos o bonificables y las que se opongan a lo dispuesto en dicha Ley y en la Ley General Tributaria.

La jurisprudencia contencioso administrativa se ha pronunciado en numerosos fallos sobre esta cuestión. Citaremos algunos de ellos que consideramos de interés.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1947 clasificando de beneficencia particular el asilo instalado en el terreno a que se refiere este recurso, aparece con toda evidencia que la institución está comprendida de lleno en las condiciones que para la exención del arbitrio requiere el artículo del Estatuto —hoy Ley de Régimen Local— y las Ordenanzas municipales, sin que sea obstáculo el que en el asilo se admitan ciegos pensionistas, pues la pensión que estos pagan, según el Reglamento de la fundación, es de 75 pesetas mensuales, y la cantidad presupuestada para cada asilado gratuito era de 175 pesetas por mes, de lo cual resulta indiscutible que la asistencia que se presta a esos pensionistas es de beneficencia, lo mismo que a los otros asilados, aunque contribuyan a sus gastos con una pequeña cantidad que no llega a producir renta ni lucro a la fundación.

La Sentencia del mismo Tribunal de 15 de octubre de 1952 declara que la transmisión efectuada se halla exenta del arbitrio de plusvalía en razón de recaer éste no sobre el adquirente, sino sobre el enajenante y ser éste una institución benéfica y, por tanto, exenta, de acuerdo con lo establecido en el Decreto sobre régimen de las Haciendas Locales y en la respectiva Ordenanza municipal. En el mismo sentido, la Sentencia de 17 de enero de 1958.

La importante Sentencia de 24 de diciembre de 1958, de la que fue ponente el magistrado señor Borrajo Carrillo de Albornoz, declara también a una fundación exenta de satisfacer el arbitrio por la transmisión de un inmueble, basándose en que los bienes de la institución no dejaron de estar afectos, antes de ser vendidos, a los fines que determinaron su exención, sino que, por imperativo de disposiciones legales, hubieron de ser enajenados en pública subasta para con su importe adquirir láminas intransmisibles de la Deuda Perpetua Interior al 4 por 100, afectas al cumplimiento de las cargas fundacionales de la institución, por lo que es incuestionable que no dejaron de estar adscritos al fin benéfico y, por tanto, no se privaron de la exención, porque el precepto legal dice “que dejen de estar afectos y fuesen enajenados” (89).

i) Arbitrio sobre los solares edificadas y sin edificar.

El número 7 del artículo 587 de la Ley de Régimen Local, Texto Refundido de 24 de junio de 1955, señala que “la exención absoluta y perpetua de la contribución territorial llevará siempre aparejada la del arbitrio, cuando solamente una parte del edificio gozara de la exención, por razón de su destino, será objeto del arbitrio una parte

---

(89) La reciente sentencia de 4 de julio de 1966, en líneas generales, sienta la misma doctrina que las citadas.

del valor del solar que guarde con el total la misma proporción que la renta íntegra de la parte no exenta del edificio guarde con la totalidad de éste”.

#### BENEFICIOS PROCESALES

##### a) Inembargabilidad de los bienes y rentas.

Este privilegio de orden procesal está declarado en el artículo 10 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, que disponía: “Los bienes y rentas de las instituciones de beneficencia no podrán ser objeto de procedimiento de apremio. El Protectorado resolverá la forma de hacer afectivas las obligaciones que contra ellos resulten.”

Igualmente en relación con las fundaciones benéfico-docentes, en el artículo 16, párrafo 2, del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912 se dice: “Sus bienes y rentas no podrán ser objeto de procedimiento de apremio, debiendo el Patronato, con aprobación del Gobierno, resolver el modo de hacer efectivas las obligaciones que contra ella resultaren.”

El citado artículo 10 del Decreto de 1899 ha sido objeto de una nueva redacción en virtud del Decreto de 18 de marzo de 1955. El texto de este artículo, en su redacción actual, es el siguiente: “Ningún Tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución ni dictar providencias de embargo contra las rentas y bienes de las Instituciones de Beneficencia. Si por consecuencia de sentencia o resolución firme de los Tribunales, hubiere de hacerse efectiva alguna cantidad, se estará a lo dispuesto en el artículo 15 de la ley de 1.º de julio de 1911, y el Protectorado resolverá la forma de cumplir las obligaciones que contra tales Instituciones resulten” (90).

De conformidad con lo establecido en el artículo 82, k), del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948, los bienes y rentas de las instituciones de beneficencia no están sujetos al embargo; pero “exceptuándose del privilegio, por razón y en cuanto a la contribución que le afecte, la renta de los bienes que específica o directamente se hallen sujetos, total o parcialmente, a imposición por el Estado, pero sin que este embargo pueda exceder del importe del 15 por 100 de los ingresos anuales que por todos los conceptos obtenga la respectiva Institución”. Es decir, que administrativamente, el embargo tan sólo afectará a las rentas o productos de los bienes que específica y directamente se hallen sujetos al impuesto; pero con la limitación de que el importe embargado no sea superior al 15 por 100 de los ingresos anuales que por todos los conceptos perciba la institución.

##### b) Beneficio de pobreza para litigar.

Este beneficio está reconocido en el artículo 9 del Real Decreto de

---

(90) La Ley de 1.º de julio de 1911 que se cita, es la de administración y contabilidad del Estado.

14 de marzo de 1899, que dice: "las instituciones de beneficencia, bien sean actores, bien demandados, litigarán como pobres, así en los negocios administrativos y contencioso administrativos como en los ordinarios, utilizando al efecto todos los medios legales" (91).

De conformidad con el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento civil, "la declaración de pobreza se solicita siempre en el Juzgado o Tribunal que conozca o sea competente para conocer del pleito o negocio que se trate de utilizar dicho beneficio, y será considerado como un incidente del asunto principal".

Sin embargo, la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 12 de agosto de 1955 declara que las fundaciones benéfico-docentes tienen derecho con carácter general al beneficio de pobreza legal "sin necesidad de acreditarlo en incidente especial", si bien la mencionada Orden recuerda a todas las fundaciones y entidades que hayan de disfrutar de dicho beneficio la conveniencia, en evitación de duda y posteriores trámites litigiosos, de acompañar a los escritos de demanda o contestación, según corresponda, copia fehaciente de las correspondientes órdenes de clasificación y autorización para litigar concedida por el Ministerio correspondiente, haciendo en dichos escritos las oportunas alegaciones de hecho y de derecho de las que se desprenda el derecho a gozar del beneficio (92).

c) Asesoría y defensa jurídica gratuita.

La Instrucción de Beneficencia de 14 de marzo de 1899 regula, en sus artículos 25 a 32, todo lo referente a los abogados de Beneficencia, los cuales serán nombrados por el Ministerio de la Gobernación, previo el correspondiente concurso (93).

Son requisitos indispensables para ser nombrado abogado de Beneficencia, además de los títulos académicos y requisitos administrativos, alguna de las circunstancias siguientes:

1.<sup>a</sup> Haber ejercido la profesión, con estudio abierto, durante seis años, como mínimo.

2.<sup>a</sup> Haber desempeñado cargos de la carrera judicial o fiscal durante cuatro años.

3.<sup>a</sup> Haber desempeñado cátedra de Derecho o Administración durante dos años.

4.<sup>a</sup> Haber pertenecido como vocal a Juntas de Beneficencia o Patronos durante dos años; y

5.<sup>a</sup> Ser autor de alguna obra de Derecho o de Administración reputada útil.

---

(91) V., en el mismo sentido, art. 16 Decreto 27 septiembre 1912.

(92) Por Decreto 2.273/65, de 15 de julio, los gobernadores civiles pueden autorizar para litigar a las fundaciones en todas las cuestiones cuya cuantía no exceda de 30.000 pesetas, previo informe del abogado del Estado y del letrado de Beneficencia.

(93) De acuerdo con el Decreto 2.273/65, de 15 de julio, los gobernadores civiles, por delegación del Ministro pueden nombrar abogados de Beneficencia.

Son obligaciones gratuitas de los letrados de Beneficencia:

1.<sup>a</sup> Ilustrar a las Juntas de Beneficencia y de patronos en todos aquellos asuntos que, por ofrecer dudas jurídicas, reclamen su dictamen.

2.<sup>a</sup> Defender a las mismas Juntas en todos los pleitos y negocios que con la competente autorización sostengan y en las que sea necesaria la intervención de letrado, siempre que hayan de ventilarse dentro del territorio a que se refiere su nombramiento.

#### BENEFICIOS DE ORDEN CIVIL Y ADMINISTRATIVO

a) Inscripción de los inmuebles en el Registro de la Propiedad.

Los bienes de las fundaciones de beneficencia particular no sólo pueden, sino que deben inscribirse en el Registro de la Propiedad en el plazo de un año, a contar desde que fueron adquiridos, a nombre de las respectivas fundaciones, dando cuenta sus representantes a la superioridad de haberlo cumplido (94). Para inscribir estos bienes en el Registro deberán presentarse los títulos de adquisición de los mismos, los cuales variarán según se trate de títulos hereditarios, de permuta, donación, etc.

Las circunstancias de la inscripción serán las normales que procedan, por no existir ninguna especialidad exigida por las leyes.

Los Registradores de la Propiedad, al efectuar las inscripciones de bienes inmuebles gravados con cargas de carácter benéfico, participarán a la Junta Provincial de Beneficencia y a la Dirección General de Beneficencia aquellas que resulten, transcribiéndolas o mencionándolas en la inscripción que extiendan. También se impone esta misma obligación a los notarios en el artículo 179 en el vigente Reglamento de la organización y régimen del notariado aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.

b) Beneficios de expropiación forzosa.

Para la expropiación forzosa en favor de las entidades benéficas se dictó la Ley de 17 de julio de 1945, vigente en la actualidad por declaración expresa del artículo 2.º del Decreto de 23 de diciembre de 1955. Conforme al artículo 1.º de esta Ley, las fundaciones que, conforme a sus constituciones o reglamentos cumplen fines de carácter benéfico, benéfico-docente o cultural, podrán obtener la declaración de utilidad pública a favor de las obras que realicen con cargo a sus fondos para la instalación, ampliación o mejora de los servicios propios de su finalidad, a los efectos de la expropiación forzosa de los inmuebles para ello necesarios y sujetándose a lo dispuesto en esta ley, siempre que con las obras proyectadas no se persiga la obtención de lucro y queden a salvo los planos de ordenación urbana del Municipio afectado.

(94) Artículo 8.º, párrafo 2.º, del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, y artículo 13, párrafo 1.º, del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912.

## “Notas sobre el Anteproyecto de Código Boliviano de Familia”

LUIS MOISSET DE ESPANES (\*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. METODOLOGÍA.—III. ORIENTACIÓN QUE PRE-  
SIDE AL PROYECTO: a) Modernizar y armonizar la legislación vigente; b) Suprimir  
la incapacidad de la mujer y establecer la igualdad jurídica de ambos sexos;  
c) Igualdad de los hijos; d) Formas prematrimoniales y uniones libres; e) Di-  
vorcio y separación de cuerpos.—IV. CONTENIDO NORMATIVO: a) *Título Prelimi-  
nar*: 1) Orden público; 2) Cómputo del parentesco; 3) Alimentos; 4) Patrimonio  
familiar. b) *Libro Primero (Del matrimonio)*: 1) Forma de celebración; 2) Espon-  
sales; 3) Edad; 4) Autorización paterna; 5) Prueba. Posesión de estado. *Invalidez  
del matrimonio*: 1) Nulidad; 2) Anulabilidad en casos de impotencia generandi.  
*Efectos del matrimonio*: 1) Igualdad conyugal; 2) Comunidad de bienes ganancia-  
les; 3) Administración y disposición de bienes propios. *Disolución del matrimo-  
nio. Uniones libres*. a) *Libro Segundo (Filiación)*: Principios generales. 1) Prue-  
bas biológicas; 2) Reconocimiento de hijos fallecidos o mayores de edad. *Adop-  
ción*: 1) Adoptado. Edad; 2) Adoptante. Requisitos; 3) Revocabilidad; 4) Dere-  
chos hereditarios. *Arrogación* (o legitimación adoptiva): 1) Finalidad tutelar.  
Edad del arrogado; 2) Arrogantes. Requisitos; 3) Reserva del trámite; 4) Irre-  
vocabilidad; 5) Conversión de la adopción en arrogación. d) *Libro Tercero (De  
la autoridad parental y de la tutela)*: Principios generales (Título Preliminar).  
*Autoridad parental*: 1) Duración; 2) Ejercicio conjunto; 3) Limitaciones y  
orientaciones para su ejercicio; 4) Supresión del usufructo; 5) Actos de disposi-  
ción. *Tutela*: 1) Dispensa; 2) Fianza, inventario y plan de la tutela; 3) Presupues-  
to e informe anuales; 4) Remuneración; 5) Actos de administración; 6) Respon-  
sabilidad del Juez y el Fiscal. *Tutela de los mayores*: 1) Personas comprendidas;  
2) Actos del interdicto. *Emancipación*: 1) Efectos; 2) Formas; 3) Revocabilidad.  
e) *Libro Cuarto (De la jurisdicción y procedimiento familiares)*: Conceptos gene-  
rales y enumeración de los procedimientos reglamentados.—V. CONCLUSIONES.

### I. INTRODUCCION

En el último número de la Revista de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Técnica de Oruro (1) se reproduce el Anteproyecto de Código de Familia, elaborado por un comisionado

(\*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales; Profesor de Derecho civil en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); laureado por la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

(1) Año IX, octubre 1967, tomo I, p. 45-147.

especial del Gobierno (2), el doctor HUGO SANDOVAL SAAVEDRA, junto con un extenso informe de presentación de su autor, y el auxilio de un índice alfabético bastante completo.

El trabajo se viene elaborando desde hace varios años, y ha sido objeto —según se expresa en el informe (3)— de tres revisiones; se lo somete ahora al juicio de la opinión pública y análisis de los especialistas.

El autor hace notar, con razón, que si fuera aprobado, Bolivia sería el primer país del mundo occidental que contase con un Código de Familia (4), con autonomía del Código civil. Nosotros recordamos que esta solución se ha impuesto en los países de la Europa del Este y en la U. R. S. S. (5), aunque algunos juristas, como el profesor polaco Witold CZACHORSKY (6), continúan manifestándose partidarios de la unidad del Derecho civil.

Excedería los límites de esta nota embarcarse en la polémica sobre la necesidad de sancionar Códigos de Familia, o sus inconvenientes, pero queremos solamente efectuar una observación: en la continua transformación de las ideas jurídicas se refleja también el llamado “movimiento pendular de la historia” (7), y en este caso particular quizá el punto culminante en el proceso de fraccionamiento del Derecho privado lo haya marcado la pretendida autonomía del Derecho de Familia. En cambio, desde hace ya cierto tiempo comienzan a advertirse síntomas de una alteración en el rumbo del pensamiento dominante, que hoy se orienta hacia el restablecimiento de la unidad del Derecho privado en todos sus ámbitos. Primero han sido los proyectos y códigos únicos de obligaciones civiles y comerciales; luego, el Código civil italiano de 1942, donde se incluyen las disposiciones relativas al derecho comercial, laboral y del transporte, y más recién-

(2) Por Decreto n.º 06038, del 23 de marzo de 1962, se designó una Comisión encargada de elaborar las Bases para la redacción de un Código de Familia. Las conclusiones, resumidas en cinco Bases, están publicadas en la *Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales de la Universidad de Chuquisaca*, Sucre (Bolivia), año 1964, n.º 27, p. 83.

(3) V. *Informe...*, p. 45, en *Revista* citada en nota 1.

(4) V. *Informe...*, p. 66.

(5) En Alemania del Este (Código de la Familia, sancionado en 1965, entró en vigencia el 1.º de abril de 1966); en Checoslovaquia (1963); en Rumania (1954, con las modificaciones del 7 de octubre de 1966); en Polonia (Código de la Familia y Tutela, 1963); en la República Federal Socialista Soviética de Rusia (Matrimonio, Familia y Tutela, en 1925, con modificaciones en 1944 y 1945); en Hungría (Matrimonio, Familia y Tutela, 1952); en Bulgaria (Derecho de Personas y Familia, 1949), y en Yugoslavia, aunque no hay un código, encontramos cuatro leyes fundamentales, a saber: Matrimonio (1946), Tutela (1947), Adopción (1947) y Relaciones entre padres e hijos (1947).

(6) Profesor de Derecho civil de la Universidad de Varsovia; coautor del nuevo Código civil polaco de 1964. V. *Lecciones*, dictadas en la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Estrasburgo, Primavera 1966.

(7) TOYNBEE, Arnold J., *Estudio de la Historia*, tomo IV, 1.ª parte, p. 50 y ss., Emecé, Buenos Aires, 1955.

temente el proyecto de Código holandés que comenzara a elaborar MEIJERS, y fuera proseguido por una comisión de juristas, integrada por profesores universitarios y magistrados, proyecto que también procura restaurar la inquebrantable unidad del Derecho privado (8).

Lo dicho deja traslucir, sin duda, cuál es nuestra posición: no creemos que las leyes de familia tengan autonomía suficiente para "bastarse a sí mismas" (9), ni nos parece conveniente continuar el parcelamiento del Derecho privado en pequeños "feudos" de especialistas que pierden la visión de conjunto y el sentido de la justa proporción.

## II. METODOLOGIA

El Anteproyecto que comentamos consta de un Título Preliminar y cuatro Libros. En el Título Preliminar se consideran problemas de naturaleza general, comunes a todas las relaciones familiares, dedicándose sendos capítulos al régimen jurídico de la familia (10), el parentesco y la afinidad (11), la obligación alimentaria (12), y el patrimonio familiar (13).

Los libros, por su parte, tratan las siguientes materias:

LIBRO PRIMERO: "Del matrimonio" (14).

LIBRO SEGUNDO: "De la filiación" (15).

LIBRO TERCERO: "De la autoridad parental y la tutela" (16).

LIBRO CUARTO: "De la jurisdicción y de los procedimientos familiares" (17).

Los libros se encuentran divididos en Títulos, y éstos, a su vez, en capítulos y secciones. Se ha cuidado prolijamente la distribución for-

---

(8) V. LANGEMEIJER, G. E., *La réforme du code civil néerlandais*, en *Rev. Internationale de Droit Comparé*, París, año XVII, n.º 1, enero-marzo 1965, p. 55 y siguientes. Los dos primeros libros han sido ya aprobados por el Parlamento de los Países Bajos, aunque todavía no han entrado en vigencia.

(9) Entrecorramos la expresión, pues en alguna oportunidad ha sido utilizada por civilistas argentinos, con relación a la Ley de Matrimonio Civil, lo que constituye una exageración evidente.

(10) Capítulo I, arts. 1 a 6.

(11) Capítulo II, arts. 7 a 12.

(12) Capítulo III, arts. 13 a 28.

(13) Capítulo IV, arts. 29 a 39.

(14) Arts. 40 a 178; está dividido en cinco Títulos, sobre: 1) Constitución del matrimonio; 2) Invalidez del matrimonio; 3) Efectos del matrimonio (tanto personales como patrimoniales); 4) Disolución del matrimonio y separación de los esposos, y 5) Uniones conyugales libres.

(15) Arts. 179 y 249; contiene tres Títulos: 1) Derechos y deberes de los hijos; 2) Establecimiento de la filiación, y 3) Adopción de menores y arrogación de hijos.

(16) Arts. 250 a 371; con un Título preliminar sobre asistencia y protección de los incapaces en el ámbito familiar, y tres títulos relativos a: 1) Autoridad parental; 2) Tutela, y 3) Emancipación.

(17) Arts. 372 a 485, distribuidos en dos Títulos: 1) Jueces y Fiscales de familia, y 2) Procedimientos familiares.

mal de materias, que es adecuada, facilitando la búsqueda de cualquier tema y su rápida ubicación, mediante leyendas explicativas del contenido de cada artículo. Este aspecto del trabajo sólo merece elogios.

Se ha cuidado también el lenguaje, que es claro y sencillo, aunque me permito discrepar con el empleo del vocablo "decadencia" (18) para caracterizar los plazos de "caducidad", denominación que es la apropiada en nuestro idioma. En cambio, es correctísimo el empleo del arcaico, pero castizo, adjetivo "parental", para calificar la autoridad concedida a ambos padres, por oposición al concepto de patria potestad, en el cual la autoridad se concedía únicamente al padre (19).

Y ya que nos detenemos en minucias de esta naturaleza, digamos que la impresión del trabajo en general es buena, aunque se ha deslizado algún gazapo tipográfico que sería conveniente salvar (20).

El saldo de este análisis, que quizá alguien pueda pensar maliciosamente que se ha efectuado buscando defectos con una lupa, es ampliamente favorable al autor del proyecto, ya que los frutos de su esfuerzo se han concretado en una obra ejecutada consciente y cuidadosamente.

### III. ORIENTACION QUE PRESIDE AL PROYECTO

Una atenta lectura del articulado y de las expresiones vertidas por el autor del Anteproyecto en su informe permiten apreciar cuáles son las líneas directrices que lo han inspirado.

a) En primer lugar se ha tratado de actualizar la legislación vigente, armonizando los preceptos contenidos en las distintas leyes modificatorias y complementarias del Código, para ajustarse en un todo a los imperativos constitucionales que disponen que la familia es una comunidad institucionalizada. En tal sentido, expresa SANDOVAL SAAVEDRA (21) que se debe "superar el punto de vista individualista de la legislación civil", y que "los derechos y deberes en la órbita familiar se conceden al individuo no tanto como tal, sino más bien en su calidad de miembro del grupo".

(18) V., por ejemplo, el art. 89. Consideramos que se trata de una incorrecta traducción del italiano.

(19) Debemos confesar que en el primer momento creímos que se trataba de un galicismo. En Francia es corriente hablar de "puissance parentale" (potestad de los padres - 'parents'), para contraponerla a la "puissance paternelle" (patria potestad), y la falta de uso del adjetivo "parental" en nuestra lengua nos había hecho creer que se trataba de un giro intraducible; al menos jamás lo habíamos visto empleado en los autores nacionales, ni españoles. Pese a ello, su corrección es manifiesta, ya que el vocablo es castizo, aunque estuviese en desuso.

(20) Señalamos solamente algunos de los más importantes:

P. 59, renglón, 21, dice: "descosida"; debe decir: "desconocida".

Art. 89, dice: "imprescindible"; debe decir: "imprescriptible".

Art. 139, dice: "Polivia"; debe decir: "Bolívia".

Art. 242, dice: "Excusión"; debe decir: "Exclusión".

(21) V. *Informe...*, p. 45.

b) Se siguen las corrientes más modernas en el sentido de suprimir la incapacidad de la mujer casada, estableciendo su absoluta igualdad con el varón, de manera que desaparece la autoridad marital.

Este propósito es visible a lo largo de todo el articulado, y en especial cuando se legisla sobre la "autoridad parental", es decir, los derechos y deberes que asumen conjuntamente ambos padres, con relación a sus hijos, en reemplazo de la patria potestad; y en la administración de los bienes de la sociedad conyugal, o en el manejo de los bienes propios de cada cónyuge, como lo analizaremos oportunamente.

Sin embargo, subsiste algún resabio de la autoridad marital en el artículo 106, segundo párrafo, cuando se admite a favor del "marido" —y no de cualquiera de los cónyuges— la posibilidad de obtener que se restrinja o prohíba a la mujer el ejercicio de ciertas profesiones u oficios, cuando ellos perjudican la función social y económica que —de acuerdo a lo expresado en el artículo 105— se reconoce que la mujer debe cumplir en el hogar.

Y, por otra parte, se mantienen normas que constituyen un verdadero privilegio para la mujer, como la del artículo 45, que establece solamente a su favor la indemnización del daño moral por la ruptura injustificada de los esponsales, cuando este incumplimiento "afecte seriamente al decoro o la reputación y, en especial, el honor o el porvenir de la mujer".

Quizá esto demuestre la absoluta imposibilidad de establecer un trato totalmente igualitario para ambos sexos, que por naturaleza son diferentes y cumplen funciones distintas, tanto dentro como fuera del hogar. No debe, pues, asombrarnos encontrar algunas diferencias en leyes que tienden a establecer una "verdadera igualdad jurídica", porque ella no consiste, ni puede consistir, en normas exactamente iguales para el varón y la mujer, sino en el trato equitativo, que contemple las diferencias reales que existen, pero sin establecer la supremacía de uno de los sexos, ni el sometimiento del otro.

c) El principio constitucional de la igualdad de los hijos se refleja también claramente en la regulación de su "status jurídico", ya que el anteproyecto realiza un esfuerzo por borrar toda distinción pública, cualquiera sea el tipo de filiación, de manera que se hable solamente de "hijos", sin el aditamento de ningún calificativo.

Este principio hace sentir su influencia hasta en la denominación que se da a la adopción plena, ya que en lugar de hablarse de "legitimación adoptiva" —como en casi todo el Derecho comparado— se ha preferido denominarla "arrogación", porque no cabría hablar de "legitimación" si no se pueden establecer diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos.

d) Se procura atender la realidad social imperante en el país, y por ello se mantienen las normas que establecen una validez similar a la del matrimonio para las formas prematrimoniales indígenas (ar-

ticulo 146), y para las uniones libres, cuando son estables y no existieran impedimentos que imposibilitaran contraer matrimonio válido.

e) Se mantiene también la legislación vigente en lo que respecta a la disolubilidad del vínculo matrimonial por divorcio, pero paralelamente se contempla la posibilidad de una simple "separación corporal" (22), sin ruptura del vínculo, expresando el autor del anteproyecto su esperanza de fortalecer de esta manera el matrimonio, pues los cónyuges desavenidos dispondrán de un tiempo prudencial para reflexionar, antes de que el matrimonio quede disuelto definitivamente (23).

De esta forma creemos haber resumido escuetamente los principios ordenadores que inspiran al Anteproyecto.

#### IV. CONTENIDO NORMATIVO

##### a) *Título Preliminar.*

1) En el primero de los capítulos se establece el carácter de orden público de las normas de Derecho de familia, razón por la cual son irrenunciables los derechos que ellas conceden (art. 5).

2) Se prefiere el cómputo civil del parentesco (en lugar del cómputo canónico), contándose un grado por generación en línea directa, y en los colaterales el número de generaciones que hay, ascendiendo primero hasta el antepasado común, y bajando luego hasta la persona cuyo parentesco se desea establecer (art. 10).

3) Se legisla detalladamente sobre la obligación alimentaria, llegando a un casuismo que consideramos excesivo.

4) Bajo la leyenda "Del patrimonio familiar", se incluyen normas relativas a lo que nosotros solemos llamar "bien de familia", que es de carácter inembargable e inenajenable (art. 31), y puede comprender no sólo un inmueble destinado a vivienda, sino también "los muebles precisos de uso ordinario" (art. 30).

##### b) *Libro Primero (Del matrimonio).*

1) Se establece la forma civil para la celebración del matrimonio (art. 40), aunque se admite como excepción que, en ciertas cir-

(22) Arts. 157 a 163.

(23) *Informe...*, p. 52: "La separación hace cesar la vida común y disuelve la comunidad de gananciales, dejando subsistente el vínculo conyugal. Sin embargo, los cónyuges pueden reanudar la vida común y entonces terminan los efectos de la separación, restableciéndose la comunidad de gananciales. Y si no ha habido reconciliación y transcurren dos años desde que la sentencia de separación quedó firme, puede ser convertida ésta en sentencia de divorcio a petición de cualquiera de los esposos. En esta forma se da tiempo a que los cónyuges reflexionen sobre si reanudan la vida común o si prefieren la desvinculación, evitándose decisiones precipitadas. Se abriga la esperanza de que la separación de los esposos cumpla un papel importante en la vida de relación familiar y evite disoluciones apresuradas e inconvenientes de los matrimonios".

cunstancias, el matrimonio religioso tenga efectos civiles: a) cuando se ha realizado en misiones religiosas o lugares apartados del país (art. 42, inc. 1.º); y b) los celebrados "in articulo mortis" (art. 42, inc. 2.º).

2) Legisla sobre esponsales, disponiendo que el compromiso no crea la obligación de contraer el matrimonio, ni de pagar la pena que se hubiera impuesto para el caso de incumplimiento (art. 43). Pero, a renglón seguido, habla de las indemnizaciones debidas en el caso de ruptura injustificada del compromiso (art. 44), aunque la contradicción es sólo aparente, pues se refiere al resarcimiento del daño causado al otro novio o a su padre por los gastos que esa ruptura injustificada le ha ocasionado, o las obligaciones que con tal motivo hubiese contraído.

Es interesante señalar, sí, que se establece a favor de la "mujer" una indemnización por el "daño moral" que pudiera haberle ocasionado la ruptura injustificada del compromiso (art. 45), y se legisla sobre la restitución de los obsequios o regalos (art. 46).

3) Se adoptan los límites de la legislación canónica como edades mínimas para contraer matrimonio: dieciséis años para el varón y catorce para la mujer (art. 48). Nos parece que podrían haberse elevado esos topes, teniendo en cuenta la tendencia que predomina actualmente en el Derecho comparado, y también las ideas expresadas por los propios canonistas (24) en sugerencias para posibles reformas del canon 1.067.

4) Se ha suprimido la necesidad de asentimiento paterno para el casamiento de los hijos de familia mayores de edad, que antes se exigía mientras no hubiesen cumplido los veinticinco años (25); en el proyecto sólo se mantiene la exigencia del asentimiento para los menores (personas que no han cumplido veintiún años), y se les concede un recurso ante el juez si los padres se opusieron injustificadamente (art. 58).

5) Se regula luego lo relativo a la oposición al matrimonio, a su celebración y a la prueba. Con relación a este último aspecto es interesante la función que desempeña la posesión de estado para subsanar los defectos formales de celebración (art. 80), o la falta de partidas en los registros (art. 82).

#### *Invalidez del matrimonio.*

1) No se habla de matrimonio "inexistente", sino de matrimonio nulo, y se mencionan como ejemplos la falta de celebración (art. 84, inc. 1.º) y la identidad de sexos de los contrayentes (art. 84, inc. 2.º).

2) Entre las causales de anulabilidad del matrimonio se menciona

---

(24) V. RESTREPO URIBE, Liborio (S. J.): *Reformas al Código de Derecho canónico*, en *Universitas*, Revista de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia), n.º 32, junio de 1967, p. 77-120 (en especial, p. 99), y RIVERO CONCHA, Alvaro: *Posibles reformas al derecho matrimonial canónico*, en la misma revista y número, p. 64-76 (en especial, p. 65 y 66).

(25) V. *Informe...*, p. 49.

la impotencia de “engendrar o concebir”, pero sólo “cuando uno de los cónyuges carece de los órganos de reproducción” (art. 94).

#### *Efectos del matrimonio.*

1) *Igualdad conyugal.* Ambos esposos tienen derechos y deberes iguales en la dirección y manejo de los asuntos del matrimonio, como también en la crianza y educación de los hijos (art. 102).

2) *Comunidad de bienes.* Se establece como régimen legal, obligatorio, el de la comunidad de gananciales (arts. 108 y 109), que serán administrados por ambos cónyuges (art. 121), salvo que uno de ellos estuviere ausente, impedido o fuese incapaz.

Para los actos de disposición es indispensable el consentimiento de ambos cónyuges, y frente a la ausencia o incapacidad de uno de ellos, deberá requerirse autorización judicial (art. 123).

3) Respecto a los bienes propios, cada esposo puede administrar libremente los que le perteneczan, pero sus facultades de disposición están limitadas, necesitando para ello el asentimiento del otro cónyuge (art. 116). Esta restricción tiene una eminente finalidad social de protección a la comunidad familiar.

#### *Disolución del matrimonio.*

Son causas de disolución la muerte, la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento y el divorcio vincular.

Hace ya tiempo que Bolivia acepta esta solución (26), que nosotros consideramos inadecuada —con prescindencia de todo preconceito religioso— porque estimamos que el divorcio vincular es un hecho socialmente pernicioso, que acarrea graves daños a los hijos del matrimonio que se disuelve, y a los que posiblemente nazcan de las nuevas uniones que se contraigan. Por supuesto que no es este el momento de abrir una polémica valorativa sobre el divorcio, pero queremos dejar salvada nuestra opinión sobre el particular.

Lo interesante es que el autor del Anteproyecto ha procurado limitar las causales de divorcio (27), y ha incluido —como lo expresamos más arriba— la simple separación corporal como una solución paralela a la del divorcio vincular (28).

#### *Uniones conyugales libres.*

Estas normas no constituyen una novedad en la legislación boliviana, que han elevado el concubinato a un rango similar al matrimonio,

(26) En la actualidad el divorcio está regido por una ley del 15 de abril de 1932.

(27) Sobre la posibilidad de coexistencia del divorcio vincular con la separación de cuerpos, ver el interesante estudio del Dr. Elías P. GUASTAVINO titulado *Divorcio*, en *Revista Forense*, Santa Fe, n.º 1, noviembre de 1967, p. 27 y ss.

(28) V. *Informe...*, p. 51.

atendiendo a una realidad social innegable en un país que tiene un elevado porcentaje de población indígena que conserva costumbres ancestrales.

De esta manera se reconocen “las formas prematrimoniales indígenas”, como el “tantanaçu” o “sirvinacu” y las uniones de hecho de los selvícolas (art. 166), y también las uniones conyugales libres, constituidas voluntariamente, con carácter estable y singular (art. 164), y se considera que producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como en las patrimoniales (art. 165).

Se dedica íntegramente el último título (arts. 164 a 178) del Libro Primero a regular este tipo de uniones.

### c) *Libro Segundo (Filiación).*

Hemos anticipado ya que el principio fundamental que rige en esta materia es el de la igualdad de los hijos, sin diferencia de orígenes (art. 179), prohibiéndose toda distinción, tanto en los actos oficiales como privados (art. 182).

Sin embargo, el autor, al proyectar las normas tendientes a establecer la filiación de una persona, se ha visto obligado a establecer una distinción, pues el problema difiere según que los padres estén o no unidos entre sí por el matrimonio (29).

1) *Pruebas biológicas de la filiación.* Resulta interesante señalar que cuando se trata de brindar la prueba contraria al vínculo de filiación, se admiten todos los medios (art. 190), entendiéndose SANDOVAL SAAVEDRA que de esta forma “se abre paso a la prueba científica en actual proceso de desarrollo” (30). Por supuesto que la principal de las pruebas científicas es la pericia hematológica, que en determinadas hipótesis permite demostrar fehacientemente, de manera indubitable, la inexistencia del vínculo biológico (31).

También se permite echar mano de todos los medios de prueba para desconocer la paternidad (art. 193); aunque no se admitirá el desconocimiento si el hijo fue concebido por fecundación artificial de

---

(29) V. *Informe...*, p. 54: “El principio de la igualdad de los hijos parecería con llevar la exigencia de un sistema unificado de la filiación, en lugar del separado que la legislación civil vigente adopta, por una parte, para los hijos legítimos, y por otra, para los naturales e ilegítimos...” “... Pero en vista de que los antecedentes para determinar la filiación difieren según que los padres estén ligados por matrimonio o que no lo estén, ha tenido que bifurcarse la ordenación, por razón de método y sin perjuicio de la unidad del sistema, en los dos capítulos mencionados, sin que por ello deba considerarse afectado el principio de la igualdad de los hijos. Que los padres sean casados o que no lo sean es indiferente en las consecuencias jurídicas: se trata de meros presupuestos de hecho para establecer la filiación, la cual, una vez determinada, concede prerrogativas y deberes iguales, cualquiera que sea el origen del hijo”.

(30) V. *Informe...*, p. 55.

(31) V. n. *Las pruebas de la filiación de acuerdo a los progresos de las ciencias biológicas*, Cuadernos del Instituto de Derecho Civil, Córdoba, año 1959, n.º II-III-IV, p. 37.

la mujer, ya sea con semen del esposo o de un tercero, si ha mediado autorización escrita del marido (art. 193, in fine) (32).

Y, cuando se trata de una contienda judicial en la que se procura probar la paternidad (en las hipótesis de personas que no están unidas entre sí por matrimonio), se admite también el examen médico-científico para lograr la exclusión de la paternidad, demostrando que ella es imposible.

2) Cuando se reconoce a un hijo ya fallecido no se adquieren derechos a su sucesión, salvo que con anterioridad gozase de la posesión de estado (art. 209), y el reconocimiento como hijo de una persona mayor de edad no tendrá efecto sin su consentimiento (art. 208).

#### *Adopción.*

1) Se legisla sobre la adopción simple con un sentido netamente protector del menor, ya que sólo pueden ser adoptadas personas que no hayan cumplido dieciocho años (art. 223).

2) El adoptante debe ser persona mayor de cuarenta años (art. 222, inc. 1.º) y no tener descendientes (art. 222, inc. 3.º).

No se establece ninguna reducción en la edad para el caso de matrimonios que lleven cierto tiempo de casados, como ocurre en la mayor parte del Derecho comparado.

3) Se admite la posibilidad de revocar la adopción, cuando median motivos justificados (art. 233).

4) Se consagra la existencia de derechos hereditarios entre adoptante y adoptado (art. 237).

#### *Arrogación.*

Se da cabida, bajo este nombre, a la institución generalmente conocida como "legitimación adoptiva"; el cambio de denominación obedece a las razones expuestas más arriba.

1) Aquí se advierte más netamente aún el propósito de tutelar a la minoridad desvalida, ya que se establece a favor de menores de seis años, que sean huérfanos o hijos de padres desconocidos, o se encuentren abandonados (art. 239).

2) Como la finalidad principal es integrar al menor dentro de un núcleo familiar, la arrogación —a diferencia de la adopción— sólo se concede a favor de un matrimonio, exigiéndose además que dicha pareja se haya constituido con anterioridad al nacimiento de la criatura, y que los cónyuges no estén separados legalmente (art. 241).

También se advierte aquí otra diferencia con la adopción, ya que en este caso se establece un límite de edad inferior para los adoptantes: treinta años.

---

(32) Sobre el particular puede verse la discusión en el *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. Actas*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1962.

3) Se exige absoluta reserva en el trámite, y se castiga penalmente a quienes violen el secreto (art. 244).

4) La arrogación es irrevocable (art. 246). En este caso, con criterio acertado, se ha adoptado la solución que la doctrina considera más justa (33).

5) Se admite la posibilidad de convertir la adopción simple en arrogación, antes que el menor cumpla los doce años, y siempre que en el momento de efectuarse la adopción se reunieran los requisitos necesarios para la arrogación (art. 249).

d) *Libro Tercero (De la autoridad parental y de la tutela).*

Se dedica este libro a legislar sobre los medios de protección y asistencia a los incapaces, dentro del ámbito familiar (art. 250), y se dispone también que el Estado debe cooperar en la formación de los menores, y prestar su asistencia a los incapaces, mediante organismos técnicos y servicios sociales adecuados (art. 254).

En las disposiciones generales del Título preliminar se procura poner de relieve la finalidad perseguida de tutelar al menor, insistiendo en que la autoridad parental se establece para la protección de los hijos y haciendo referencia antes a los deberes que a los derechos de los padres (art. 252), y respecto a la tutela, se dice que es un cargo obligatorio del que nadie puede ser dispensado sino por las causas establecidas en la ley (art. 253).

*Autoridad parental.*

1) La autoridad de los padres sobre sus hijos se prolonga hasta la mayoría de edad o emancipación del menor (art. 255), y se extingue por la muerte del último progenitor que la ejerce, o del hijo (art. 282, inc. 1.º y 2.º).

Pueden también los padres ser privados de su autoridad, ya sea perdiéndola, como sanción por su inconducta (art. 283); ya sea una simple suspensión, en los casos de demencia, ausencia o impedimentos de hecho para ejercerla (art. 284). Se contempla también la posibilidad de restituir a los padres el ejercicio de la autoridad parental (art. 287), cuando cesan los motivos que ocasionaron la suspensión, o cuando demuestra notoriamente que se ha corregido o regenerado, en los casos de pérdida.

2) La autoridad parental debe ejercerse de mutuo acuerdo por ambos padres (art. 257), y si se plantearan divergencias de criterio, deberá resolverlas el juez (art. 257, in fine). Si uno de los padres estuviese ausente, o fuese incapaz, la autoridad parental será ejercida por el otro solo (art. 257, segundo párrafo).

3) Se marca la tendencia a evitar abusos, y orientar el ejercicio

---

(33) V. CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *La ley chilena de legitimación adoptiva*, nota en *Rev. de Derecho español y americano*, Madrid, año XII, 2.ª época, enero-marzo 1967, n.º 15, p. 75-86 (en especial, p. 84).

de la autoridad parental (art. 264), como surge de la propia terminología empleada en el articulado del proyecto cuando dice, por ejemplo, que el derecho de corregir a los hijos deberá ejercitarse “mesuradamente” (inc. 2.º); o que es menester dotarlos de una profesión teniendo en cuenta “su vocación y aptitudes” (inc. 3.º), o con relación a los hijos enfermos o débiles mentales, que la educación “debe ser adecuada a su estado” (art. 267).

4) Los padres no tienen el usufructo de los bienes de sus hijos (34), pero pueden descontar de las rentas que ellos produzcan lo necesario para mantenerlos y educarlos (art. 270).

5) Para que los padres puedan disponer de los bienes de sus hijos deberán requerir la autorización judicial, que sólo se otorgará cuando, a juicio del magistrado, ese acto de disposición sea necesario y de utilidad comprobada (art. 273, primer párrafo). En cambio, si se trata solamente de un acto que exceda la administración ordinaria (verbi-gracia, un arrendamiento por plazo mayor a tres años), bastará la autorización judicial por razones de “conveniencia” (art. 273, segundo párrafo).

#### *Tutela de los menores.*

Suple la autoridad parental cuando los padres fallecen o están privados o suspendidos en el ejercicio de dicha autoridad (art. 289).

1) Ya hemos dicho que la tutela es una carga pública, pero puede dispensarse, entre otros, a los militares en servicio activo, a las personas enfermas, a las que tienen más de tres hijos, a los que ejercen otra tutela y a los analfabetos (art. 303).

2) Como es frecuente en casi todas las legislaciones, se exige al tutor, antes de entrar en el cargo, que brinde fianza y realice un inventario de los bienes del menor (art. 307), proponiendo al juez un plan general de cómo va a atender el cuidado de la persona de su pupilo y administrar sus bienes (art. 308). Podrá eximirse la fianza a los parientes cercanos (abuelos y hermanos), y a los tutores que no administran bienes (art. 314, inc. 1.º y 3.º).

3) Anualmente el tutor debe presentar al juez, para su aprobación, un presupuesto de los gastos de educación y alimentación del menor (art. 318), e informar sobre la gestión realizada durante el año anterior (art. 326).

4) El juez fijará al tutor una remuneración, que no será inferior al cinco por ciento ni superior al diez por ciento de las rentas del menor (art. 328).

5) El tutor no necesita autorización judicial para los actos de administración ordinaria, pero deberá consultar al menor después que éste haya cumplido los dieciséis años (art. 324).

---

(34) V. *Informe...*, p. 58: “... El clásico usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos resulta suprimido por no encontrar justificativo en la nueva regulación”.

6) Resulta también de mucho interés la disposición contenida en el artículo 329 del Anteproyecto, que impone al juez y al fiscal de las tutelas la responsabilidad por los daños que pueda acarrearle al menor el incumplimiento de los deberes del tutor de realizar inventario, brindar fianza y presentar los presupuestos e informes anuales; esta norma concuerda con la disposición del artículo 346.

#### *Tutela de los mayores.*

Corresponde a lo que en el Derecho argentino denominamos curatela.

1) Se otorga a los incapaces mayores de edad, o menores emancipados (art. 349), pero puede también decretarse contra un menor en el último año de su minoridad, para que comience a surtir efectos desde su mayoría (art. 350).

Notamos aquí una diferencia con el régimen de la interdicción en el Derecho argentino, ya que en nuestro país puede decretarse para todo menor que haya cumplido catorce años (art. 145 del C. c. argentino), que es la edad a la cual se considera que se adquiere el discernimiento. Aunque quizá en la práctica la diferencia de efectos sea menor, puesto que en el Derecho argentino cuando se declara la interdicción de un menor su representación queda a cargo del padre o tutor, como curadores provisorios (art. 149 del C. c. argentino), hasta la mayoría de edad, y lo mismo ocurriría con el régimen que se proyecta para Bolivia. Por supuesto que, para ahondar más el estudio comparativo, sería menester analizar las normas de ambos ordenamientos jurídicos en lo vinculado con los actos que, pese a su incapacidad, pueden realizar los menores púberes, pero ello excede los límites de esta nota.

2) También nos ha llamado la atención que se declare la “anulabilidad”, y no la “nulidad” de los actos del interdicto (art. 357), porque consideramos que cuando existe una sentencia basada en autoridad de cosa juzgada, que declara el “estado jurídico de incapacidad”, el vicio es manifiesto, y estamos frente a un acto nulo, de nulidad absoluta, que resulta inconfirmable, porque ha sido obrado por una persona que no posee discernimiento.

#### *Emancipación.*

1) El menor adquiere capacidad para regir su persona y bienes, pero esta capacidad se encuentra limitada, ya que para los actos de disposición necesita autorización judicial (art. 371).

2) Se establecen tres formas de emancipación: a) de pleno derecho, por el matrimonio (art. 366); b) dativa, para los menores que han cumplido dieciséis años, por declaración hecha ante el juez tutelar por quien ejerce la autoridad parental, o el tutor (art. 367); y c) judicial, a los menores que han cumplido dieciocho años, concedida por el juez, a pedido del menor o del fiscal, cuando concurren razones

graves, y después de haber escuchado a la persona que ejerce la autoridad parental, o al tutor (art. 369).

3) Se admite la posibilidad de revocar la emancipación (art. 370).

e) *Libro Cuarto (De la jurisdicción y procedimiento familiares).*

Se establece un fuero especial, competente para entender en todos los asuntos vinculados con la familia (art. 372), y se regula la organización de estos tribunales y el procedimiento a emplear en los distintos tipos de juicio que pueden sustanciarse.

Por tratarse de normas adjetivas, no nos detendremos en analizarlas, y nos limitaremos a la simple mención de los procedimientos regulados: divorcio, nulidad matrimonial, separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal, pérdida y suspensión de la autoridad parental, remoción de los tutores, declaración de interdicción, solicitud de alimentos, oposición al matrimonio, discernimiento de la tutela y curatela (35), adopción y arrogación de menores, emancipación, des-acuerdos entre cónyuges, forma de otorgar la autorización judicial, dispensas y constitución del patrimonio familiar.

## V. CONCLUSIONES

Se puede discrepar respecto a la conveniencia de sancionar Códigos de familia autónomos y no estar de acuerdo con algunas de las soluciones incluidas en el articulado del proyecto, pero es imposible regatear el elogio a su autor, no sólo por el mérito extrínseco del trabajo, al que ya nos hemos referido al tratar su Metodología, sino también porque ha sabido tener en cuenta algo que no debe olvidar jamás un legislador: la tradición jurídica de su patria. Es fácil advertir que la labor realizada no se ha limitado a la mera recopilación de textos, sino que va mucho más lejos: al par que se procura de dar cumplimiento a imperativos constitucionales, se inspira en las más modernas concepciones jurídicas y las adapta al medio social en que se proyecta aplicarlas, armonizándolas con instituciones arraigadas desde antaño en ese ordenamiento jurídico.

---

(35) Advertimos que en la leyenda correspondiente a la Sección Primera del Capítulo VII de este libro se habla de "curatela", y lo mismo ocurre en los arts. 449 y 450, cuando en realidad la curatela ha sido reemplazada en el Anteproyecto por la "tutela de los mayores".

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

### LIBROS RECIBIDOS

- ALONSO OLEA, Manuel: "Introducción al Derecho del trabajo". 2.<sup>a</sup> edición, revisada. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid, 1968. 258 páginas.
- BACHELET, Vittorio: "L'attività tecnica della pubblica amministrazione". Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Trieste. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1967. 122 páginas.
- BARRERA GRAF, Jorge: "La representación voluntaria en Derecho privado. Representación de sociedades". UNAM. Instituto de Derecho comparado. México, 1967. 211 páginas.
- BUCCOLO, Francesco: "Il procedimento d'esecuzione nella giurisprudenza" Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata. Diretta dal prof. Mario Rotondi. Edizioni CEDAM. Padova, 1967. 1014 páginas.
- DORAL, José Antonio: "La noción de orden público en el Derecho civil español". Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1967. 138 páginas.
- FERNANDEZ FLORES, José Luis: "El divorcio en Derecho internacional privado. Su alcance jurisdiccional en Hispanoamérica". Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1967. 256 páginas.
- FLORIO, Franco: "La codificazione del Diritto internazionale privato e processuale in Cecoslovaquia". Milano. Dott. A. Giuffrè editore, 1967. 435 páginas.
- LALAGUNA, Enrique: "La enfiteusis en el Derecho civil de Baleares". Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1968. 118 páginas.
- MOISSET DE ESPANES, Luis: "Interrupción de la prescripción por demanda". Córdoba (Argentina), 1968. 90 páginas.
- MOISSET DE ESPANES, Luis: "Relaciones entre el adquirente que soporta una acción reivindicatoria y el enajenante fraudulento". Córdoba (Argentina), 1968. 11 páginas.
- GIOLLA, Piero: "Valutazione del danno alla persona nella responsabilità civile". Milano. Giuffrè Editore, 1967. 607 páginas.
- PANUCCIO, Vincenzo: "Le dichiarazioni non negoziali di volontà". Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1966. 384 páginas.
- ROSENTHIEL, Francis: "El principio de los supranacionalidad". Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1967. 215 páginas.
- SOENSEM, Max: "Manual of Public International Law" (edited by). MacMillan. London. Melbourne. Toronto, St Martin Press. New York, 1968. 930 páginas.
- UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA: "Libro-homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt". Facultad de Derecho. Caracas, 1967. 792 páginas.

**BATLLE VAZQUEZ, Manuel:** "La propiedad de casas por pisos". Quinta edición revisada y actualizada. Editorial Marfil, S. A. Alcoy, 1967. 264 págs.

Acaso pueda decirse de esta quinta edición de la obra del Profesor Batlle, que el autor tuvo el acierto, hace más de treinta años, de encontrar un tema como este de la propiedad por pisos, que por su vida tan intensa hoy, y por su extraordinario desarrollo en la realidad social, le ha resultado prácticamente inagotable. Salvo que descubrir el tema, y tratarlo de manera que resulte útil no sólo al especialista y al profesional, sino a todo interesado, no es nunca fruto del azar ni de la simple curiosidad del especialista por una forma de propiedad de contornos complejos y dudosos, sino de la observación atenta, el sentido práctico y la intuición del verdadero jurista.

Porque el Prof. Batlle se uno de los adelantados en el estudio de la institución en España. Basta considerar que, cuando en 1933, publicó la primera edición de esta obra, eran pocos los trabajos dedicados al tema: Pudieran citarse como anteriores los de Alvarez Cascos, Jerónimo González, Casado Pallarés, Ruiz Salas..., referidos a aspectos más o menos parciales de la figura, pero posiblemente fue Batlle el que, en aquella época, tuvo de la propiedad por pisos una más clara visión de futuro.

Lo prueba el que, desde aquella primera edición de 1933, el autor conservó y acrecentó su interés por el tema de la propiedad por pisos, siguiendo atenta y cuidadosamente su expansión: Desde las "Lecciones sobre propiedad urbana", dictadas como curso para el doctorado en 1947, en que una buena parte de sus explicaciones versó sobre esta forma de propiedad, planteando una problemática práctica interesantísima, pasando por sus trabajos sobre diversos aspectos, como el de "Las casas divididas por pisos y el Registro de la Propiedad", el de "La reforma del artículo 396 del Código civil por la Ley de 26 de octubre de 1939", o el de "Los daños por filtración o caída de líquidos y el artículo 1.910 del Código civil", etc.

Era lógico que esa labor, desarrollada por el profesor Batlle a lo largo de tanto tiempo, coincidiendo con el auge de esta forma de propiedad urbana, cristalizara en la segunda edición de la obra, aparecida en el año 1954. De su éxito editorial sólo cabe decir que, en el breve plazo de dos años, apareció la edición tercera, y que en 1960 publicó la cuarta edición, que ha dejado paso a la que ahora comentamos.

Ya se comprenderá que una obra jurídica y monográfica, que ha alcanzado la cumbre de cinco ediciones, está mostrando por ese solo hecho dos cosas: El interés del tema que trata, visto por el autor, ya en 1933, y que los lectores han encontrado en el libro una utilidad extraordinaria, porque sin duda plantea y resuelve múltiples cuestiones recogidas de la cada vez más intensa, extensa y compleja realidad viva de la institución.

Tales antecedentes excluyen, sin duda, la pretensión de presentar en

estas líneas un libro que, por su éxito, por la difusión alcanzada y por la personalidad de su autor, no necesita ciertamente de presentaciones; máxime cuando en esta edición quinta se mantiene el esquema fundamental de las ediciones anteriores, teniendo que limitarnos a señalar solamente algo de lo que aporta en esta edición última.

Cabe señalar, en principio, una más completa información en lo que se refiere a la legislación extranjera, pues agrega la mención de las leyes que han sido dictadas con posterioridad a la edición de 1960, o fueron omitidas en ella, con lo que extiende la visión del lector sobre el grado de desarrollo de la institución, y sin conformarse con la mera alusión a esas regulaciones, busca con frecuencia criterios de solución en la experiencia de la doctrina de otros países.

Intercala un capítulo II enteramente dedicado al desenvolvimiento de la institución en España, versando el tercer capítulo sobre la "Naturaleza jurídica de la propiedad por pisos". Es éste un punto en el que el autor mantiene y ratifica su tesis de siempre: Que la propiedad por pisos es una institución de carácter complejo, "una figura nueva no considerada con la debida atención hasta tiempos recientes... porque también es reciente la necesidad económica a que responde", cuyo género es el derecho de propiedad, y dentro de él una especie destacada de las demás tradicionales, siendo vano buscarle a toda costa semejanzas o identidades parciales para que sea subsumida en un tipo único y clásico. El autor no cree —y así lo afirma— que tal opinión, frente a lo que le ha sido objetado, signifique soslayar la cuestión de la naturaleza jurídica de la institución, pues decir que se trata de una propiedad "especial" confirma su tesis, si se tiene en cuenta que, precisamente la "especialidad", radica en la complejidad.

Lo que podíamos llamar el "ciclo vital" de la figura comienza a tratarlo en el capítulo IV, dedicado a "Cómo nace y se configura el régimen de la propiedad por pisos", que en esta edición presenta notablemente modificado: Rehace el epígrafe relativo al nacimiento de la propiedad por pisos "por construcción" y añade otros tres relativos al "título constitutivo", a "la cuota de participación" y a "los estatutos y reglamentos". Se plantea en el primero de ellos los mecanismos normales en que la construcción se realiza: Contrato por el que el constructor se obliga a entregar en propiedad un piso por construir, mediante precio y determinando el objeto por los planos y proyectos de construcción —que califica de compraventa de cosa futura—; el de cambio de solar por uno o varios pisos del edificio que sobre él se va a construir, y la agrupación de futuros propietarios que empiezan por comprar un solar, aunando los esfuerzos para la construcción.

En el segundo supuesto —cambio de solar por pisos— se detiene en el caso de incumplimiento, por no construir o no terminar la construcción, considerando que, salvo prueba en contrario, la edificación ha sido hecha de buena fe, teniendo el constructor derecho a la indemnización prevista en el artículo 361 del Código, al ser gastos útiles los invertidos en la

construcción, o por lo menos el mayor valor adquirido (art. 453 del Código), sin excluir que también se evalúen los perjuicios consecuencia del incumplimiento. Quizá en este punto el lector eche de menos una mayor profundización respecto a la posición jurídica de terceros adquirentes de derechos sobre los futuros pisos, ocasión de posibles conflictos. En cuanto a la agrupación de futuros propietarios, el autor estima que la única forma aconsejable es la de establecer una comunidad de bienes con carácter transitorio, remediando el inconveniente de la falta de unidad de dirección mediante un poder coincidente en una persona de confianza. En este epígrafe podía, quizá, haberse aludido a la construcción realizada por instituciones de carácter público, regulado por normas especiales de carácter administrativo, y en que la contratación da lugar a una figura de "beneficiario", o adjudicatario de piso o vivienda, con contornos no demasiado precisos.

Sobre el "título constitutivo", estima que el artículo 5 de la Ley se refiere a su sentido formal, o de documento, normalmente notarial, que encierra un negocio jurídico de disposición, el cual entraña unas veces un acto de división material del edificio (cuando anteriormente hubiere estado en comunidad), y otras no, como sucede cuando el propietario único vende por pisos, y cuando los constructores han establecido previamente esta forma de propiedad, pues no habiendo comunidad es un contrasentido hablar de división. Entiende el autor que sucede lo mismo en las comunidades de autopromotores, en las que sólo hay comunidad en la cooperación para la construcción, pero no en el derecho de propiedad resultante, que ya está individualizado de antemano.

En cuanto a la "cuota de participación", contempla, entre otros problemas, el que plantean las situaciones creadas con anterioridad a la Ley de Propiedad horizontal, y el de la posibilidad de variación de la cuota, una vez fijada por acto del propietario único que enajena los pisos, o por acuerdo de los propietarios existentes. Aun considerándolo un remedio excepcional, se inclina por la variabilidad de la cuota, sobre la base de que la ley no ha querido la arbitrariedad al señalar criterios para su determinación. De manera que, cuando no se han tenido en cuenta, parece lógico que, a su amparo, se pueda recurrir ante los tribunales para rectificar la fijación inicial injusta.

Estudia después los estatutos y reglamentos, que considera dos tipos de preceptos voluntarios en una clara subordinación, por estar los estatutos sometidos a la ley, mientras que los reglamentos no sólo están limitados por la ley, sino también por los estatutos. Destaca la invariabilidad de los estatutos, salvo acuerdo unánime de los propietarios, mientras que los reglamentos son modificables por la mayoría, en la forma prevista para tomar acuerdos sobre la administración. Alude, por último, al posible origen plurilateral como acto colectivo de los estatutos; unilateral, cuando los establece el propietario único del inmueble, antes de enajenar los pisos.

En el capítulo V trata de la "Determinación de las cosas comunes", en

quince números de gran interés. Recoge la jurisprudencia relativa a los límites a que se extiende la comunidad del suelo, y se ocupa del "vuelo", que, como cosa común, es un elemento nombrado por vez primera en la Ley de 1960. Sugiere que tal mención es un desarrollo del artículo 150 del Código civil, con la finalidad de que no se considere dicho espacio como propiedad exclusiva de los propietarios de los últimos pisos que cuenten con terrazas privativas, condicionando a la unanimidad cuando en el título no se hubiere dispuesto otra cosa, la autorización para elevar el edificio.

La condición de los pasos, corredores, vestíbulos y pasillos; de los zaguanes, portales y rellanos de escalera; de las reparaciones del suelo de las terrazas; de los patios, escaleras y porterías, y de las servidumbres que estén establecidas, activa o pasivamente, en interés de la colectividad de los habitantes del edificio, es tratada también con detalle en este capítulo.

Dedica el capítulo VII a "Los órganos y gobierno de la comunidad de propietarios", y anotamos en él la rúbrica referida al "presidente como órgano de representación y administración", cuyo enunciado anticipa el criterio del autor en orden a la naturaleza del cargo. La tesis de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1965, que niega sentido técnico a la representación que el artículo 12 de la Ley asigna al presidente, eliminando la contraposición de sujetos típica de la representación, no es considerada por el autor como conveniente en su generalización doctrinal, pero prefiere no profundizar en el tema, acaso porque su criterio práctico en este punto es que, llamando la ley al presidente, una veces, "órgano" y otras "representante", lo cierto es que sólo puede actuar válidamente dentro de las atribuciones que le confieren la Ley o los estatutos.

Por último, los capítulos VIII y IX se dedican a los derechos y obligaciones de cada propietario sobre su piso, y a la extinción de esta forma de propiedad, más un capítulo X sobre el Registro inmobiliario y la propiedad por pisos, que dedica a la hipoteca de pisos y al mecanismo registral.

Esta quinta edición conserva los anteriores "Anexos", que notoriamente aumentan la utilidad del libro, al contener en ellos el texto de la Ley de 21 de junio de 1960, un modelo de estatutos y otro de reglamento complementario, y agrega la "Bibliografía", aún más extensa y completa que en las ediciones anteriores, ofreciendo al estudioso la orientación necesaria para profundizar en los múltiples aspectos que la institución ofrece.

Es posible que en este libro del profesor Batlle, cada vez más acabado, haya escapado algún problema en particular a la contemplación del autor, lo que se justifica plenamente, si se tiene en cuenta el ilimitado número de problemas a que da lugar la convivencia que la institución impone; es posible también que alguien no coincida plenamente con el criterio del autor en algún punto concreto de los muchos que trata —lo

que, por otra parte, puede ser fecundo—. Pero, en todo caso, el lector encontrará, de seguro, ante las cuestiones más generales y frecuentes que la propiedad por pisos plantea, un meditado criterio de orientación sólidamente fundado en la ciencia y la experiencia del autor.

En suma, parece lógico predecir para esta quinta edición el mismo merecido éxito, o mayor, que el alcanzado por las anteriores.

J. ROCA JUAN

**BAYON CHACON, G., y PEREZ BOTIJA, E.:** "Manual de Derecho del Trabajo". 7.<sup>a</sup> edición. Madrid, 1967-68. 2 tomos. Ed. Marcial Pons.

Estamos en presencia de una obra clásica en el Derecho del Trabajo español, que dice mucho de la madurez de esta disciplina y de los autores del libro que han logrado un auténtico *best-seller* en la producción de un libro jurídico.

La 7.<sup>a</sup> edición ha visto la luz tras la dolorosa pérdida del Prof. PÉREZ BOTIJA, de tan imborrable recuerdo humano y profesional.

Ya tuvimos ocasión de hacer una reseña de la 1.<sup>a</sup> edición del *Manual* comentando las características y valía del libro. No obstante las sucesivas ediciones y en concreto esta última constituyen una auténtica superación y mejora de las anteriores. A la movilidad, en especial legislativa, del Derecho del Trabajo, los autores responden con un mantenimiento de la sistemática, que dice mucho de su bondad y profundas "puestas al día" del contenido.

En la edición comentada hay determinadas materias que más que mejoradas podríamos decir que han sido renovadas. Concretamente todo lo referente a conflictos colectivos, procedimiento laboral y sindicatos. La promulgación de la Ley Orgánica del Estado con la consiguiente reforma del Fuero del Trabajo, ha supuesto un cambio en las líneas directrices del Derecho Laboral español mucho más profundo de lo que a primera vista parece, conteniendo declaraciones de principio de una gran riqueza de contenido y esto lo han visto y comentado muy inteligentemente los autores del Manual. Destaca así las páginas que se dedican a los conflictos colectivos y a la "verticalidad" de los Sindicatos.

Merece la pena destacar, asimismo, la incorporación al texto de la más reciente y escogida jurisprudencia que valora, en gran modo, la utilidad del libro. De igual modo se traen a colación las más interesantes Resoluciones administrativas y el contenido de convenios colectivos recientes que avalan o ilustran posiciones doctrinales.

En cuanto a la bibliografía el método de selección es muy acertado, ya que se anota a pie de página las obras nacionales o extranjeras que pueden ser de utilidad para una ampliación del problema de que se trate. No mucha bibliografía, pero escogida y suficiente.

Con los datos que hemos referido puede ya percibirse de que se trata

de una obra de gran utilidad didáctica, por su claridad y enfoque de los temas, y asimismo profesional ya que no hay problema laboral que no se encuentre tratado en el Manual. A veces con brevedad, pero con esa difícil brevedad que facilita una visión rápida y a la vez completa de las instituciones jurídicas. Por ejemplo, es difícilmente superable decir con tan pocas palabras y tanto rigor lo que los autores escriben sobre las Normas de obligado cumplimiento.

Refiriéndonos ya al contenido no podemos hacer un extenso comentario que, además, en otra ocasión hicimos, sino reseñar su sistemática.

De modo general la obra está dividida en cuatro partes netamente diferenciadas: Parte general, Relaciones individuales de trabajo, Relaciones colectivas e Intervencionismo del Estado, con lo que realmente se abarca toda la rica problemática que el Derecho del Trabajo ofrece.

En lo que denominamos Parte General se analizan los conceptos fundamentales, Historia y Fuentes. De todo ello destaca la concepción amplia y progresiva que los autores tienen del Derecho del Trabajo y la parte histórica, tan cara al Prof. BAYÓN, y que tiene una trascendental importancia para comprender con exactitud el Derecho del Trabajo actual.

La Relación individual de trabajo, que se completa con el estudio de las relaciones laborales especiales (contrato de obra, de grupo, aprendizaje, etc.) se somete a un análisis rigurosamente jurídico en su formación, contenido y extinción. Son páginas llenas, además, de sentido práctico tanto por el acogimiento que de la realidad se hace como su valor para la *praxis* diaria una vez depurada la realidad social mediante la técnica jurídica manejada por los autores.

Las Relaciones colectivas se analizan tanto en su aspecto orgánico como funcional y adquiere una especial relevancia, como indicábamos, el estudio del Sindicato y de la Huelga, tras la publicación de la Ley Orgánica del Estado. Ante la próxima promulgación de la Ley Sindical adquieren un especial relieve las opiniones que en el libro se vierten.

Finalmente y en el capítulo X, se estudia la intervención del Estado en las relaciones de trabajo, tanto en su vertiente administrativa como judicial.

El libro se completa con un utilísimo índice alfabético de materias y otro general sistemático.

Es un libro que sólo ha merecido elogios por plumas más autorizadas que la nuestra y a los cuales nos unimos por considerarlo de justicia.

JUAN A. SAGARDOY  
Doctor en Derecho

**BELS, Pierre:** "La mariage de protestants français jusqu'en 1685. Fondements doctrinaux et pratique juridique". *Bibliothèque d'Histoire du Droit et Droit Romain*, tome XII. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1968. 264 págs.

Excelente tesis doctoral que interesará a diversos grupos de estudiosos. A los historiadores del Derecho privado, por referirse a una de las partes más agitadas del Derecho matrimonial francés; a los canonistas, por contener una rigurosa fundamentación de la concepción reformada del matrimonio que logró vigencia en Francia antes de la secularización; a los civilistas, finalmente, porque en la concepción protestante del matrimonio está la base de no pocos Derechos europeos secularizados.

La elaboración del Derecho matrimonial reformado en Francia se encuentra estrechamente relacionada con la constitución de una Iglesia estructurada a la manera calvinista, federada y ligada al partido hugonote, e íntimamente influida por las ideas de Calvino; de esta suerte, para Bels el problema se reduce a estudiar la recepción, adaptación y destino del Derecho ginebrino.

Sabido es que las críticas de Erasmo a la concepción sacramental del matrimonio fueron llevadas hasta sus últimas consecuencias por Lutero, especialmente en sus tratados *Von ehelichen Leben* (1522) y *Von Ehesachen* (1530). La función de Calvino fue más bien de reglamentación jurídica, y en cierto sentido significó una vuelta al dogmatismo y a una concepción más rigorista que la de Lutero; y el impacto del Calvinismo se deja sentir fuertemente en el Derecho francés reformado.

Por lo que al matrimonio se refiere, la Reforma en Francia se manifiesta en la regulación de los esponsales, en el consentimiento de los padres al matrimonio de los hijos (punto en el que coinciden las orientaciones protestantes con las regalistas), en la regulación de las proclamas y en el Registro de los matrimonios celebrados, en materia de impedimentos y divorcio, entendido este último con criterio muy restrictivo.

El autor maneja con soltura las fuentes y conoce a fondo tanto el Derecho protestante como el católico. La obra está provista de copiosa documentación que se utiliza con la debida sobriedad.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**CAMPAGNA, Lorenzo:** «Famiglia legittima e famiglia adottiva». *Publicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali dell'Università di Messina*, n. 77. Milano, A. Giuffrè, Editore, 1966. 125 páginas.

Monografía breve pero fecunda en puntos de reflexión, en la que el autor plantea la radical diferencia de enfoque con que el legislador italiano ha regulado la adopción en el Código de 1942 con relación a las normas paralelas

del de 1865. Pretende Campagna que al permitirse la adopción de los menores de dieciocho años ha cambiado el punto de gravedad de la institución, pasando del interés del adoptante y su familia a adquirir la primacía el interés del adoptado. Ello repercute, a su juicio, en no pocos aspectos del régimen de la adopción; así en el carácter contractual de la misma, en la prohibición de adoptar hijos naturales, en el ejercicio de las acciones de nulidad, etc. Ello explica, por otra parte, que en la jurisprudencia italiana puedan encontrarse resoluciones recientes en abierto contraste con las normas del *Codice civile*; así en cuanto a la observancia del límite mínimo de edad en el adoptante, a la posibilidad de adoptar quienes tienen ya hijos legítimos, o en cuanto a la prohibición citada de adoptar hijos naturales.

Sabido es que la adopción se encuentra en el primer plano de la actividad legislativa en diversos países europeos. Entre nosotros, las recientes jornadas celebradas en Oviedo acusan la preocupación por el tema, centrada acaso en aspectos extrajurídicos (asistenciales, médicos y psicológicos) por lo demás de subido interés. Dijérase que se trata de una institución, que si en la época codificadora del siglo XIX estuvo a punto de desaparecer, todavía no ha podido encontrar su verdadero sentido y finalidad en el mundo moderno, todo lo cual repercute a la hora de establecer su régimen.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**DAVID, René: «Le Droit de la famille dans le Code civil éthiopien». Istituto Giuridico dell'Università degli Studi di Camerino, Sezione XI, n. 1. Milano, A. Giuffrè, Editore, 1967. 93 páginas.**

El ilustre comparatista René David fue llamado en 1954 por el Gobierno de Etiopía para redactar un ante-proyecto de Código civil. De 1960 a 1965 se ha procedido a la codificación de las leyes civiles, mercantiles, penales y procesales, lo que revela un considerable esfuerzo de modernización de un país tres veces milenario, tanto más de apreciar si se considera que hasta 1954 no existía en Etiopía ningún jurista, y que sólo a partir de 1964 han comenzado a formarse en la Universidad Hailé Sellassie I.

Extraordinario interés presenta el Derecho de familia en el nuevo Código civil en atención a las especiales circunstancias que a este respecto ofrece el país. Sabido es que Etiopía se enorgullece de su antigüedad cristiana, siendo hoy probablemente el único país cristiano confesional del continente africano, cuya constitución establece: "La religión del Imperio de Etiopía es la de la Iglesia ortodoxa etiópica, fundada en la doctrina de San Marcos en el siglo IV" (art. 126 de la constitución de 1955). Su texto jurídico-canónico fundamental es el Fetha Negast, compilación de reglas civiles y religiosas, compuesta en Egipto por un monje ortodoxo en el siglo XIII, y que presenta un valor casi sagrado para los cristianos etíopes. Pero junto a la mayoría cristiana existen la minoría musulmana y la pagana. Además existe un derecho consuetudinario que se aparta no pocas veces de las normas prescritas por las respec-

tivas religiones, especialmente en el ámbito del divorcio. En esta sociedad tan compleja las normas del Código no aspiran a imponerse sino que dejan amplio margen a los Tribunales familiares de carácter arbitral.

René David explica en la introducción el sentido y carácter de su labor de experto. En la regulación cabe destacar el amplio tratamiento de los espousales, la regulación del concubinato y el contrato de "cesión de paternidad" en caso de que por aplicación de las normas legales un hijo pueda ser atribuido a varias personas.

En más de un punto puede seguirse aquí un ejemplo de "recepción" del Derecho europeo por un país africano. Obra interesante para comparatistas.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**DORAL, José Antonio:** "La noción de orden público en el Derecho civil español". Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1967. 138 págs.

En los últimos años, los estudios sobre el tema tratado en esta obra se han multiplicado en todos los países. Pero por lo común esos estudios tratan de aspectos parciales del orden público entendido como noción jurídica y referidos a disciplinas particulares: orden público administrativo, orden público económico, internacional, procesal, judicial, etcétera. Indudablemente se trata de un concepto fundamental en cada una de estas ramas del Derecho, por lo que no es extraño que la doctrina le venga dedicando especial atención.

Acaso el principal interés de este libro del profesor Doral reside en el intento de poner de relieve la unidad del tema ante la posible fragmentación a que puede conducir su tratamiento parcial desde sectores aislados. Pero pretender alcanzar una noción unitaria del orden público no es tarea fácil. En todo caso es un acierto del autor haber situado su empeño metodológico en la perspectiva abierta que le ofrecía el Derecho civil en su inamisible condición de *ius commune*.

En la introducción de la obra se destaca la presencia de una nueva noción de orden público en la base de todos los cambios importantes de la experiencia jurídica contemporánea. El autor, con la convicción de que el tratamiento exhaustivo de un tema de tal magnitud sería irrealizable, intenta sólo la aproximación a esa nueva noción de orden público, clave para interpretar correctamente las realizaciones legislativas y las orientaciones de la jurisprudencia en que la noción asume una función rectora: "si el Derecho ha de ajustarse a la realidad social, la sensibilidad para detectar su dinamismo es tarea previa".

Como punto de partida se fija en el capítulo segundo el estado actual de la cuestión, deslindando la noción de orden público de otras con las que aparece íntimamente relacionada (como las de ley imperativa, bien común y orden jurídico) en una fina exégesis de los artículos 4 y 1.255

del Código civil, y subrayando la relatividad del concepto en la doctrina clásica y en la doctrina actual. Con estas premisas, se replantea la función del orden público en relación con tres temas clásicos: los actos contra ley, la renuncia de los derechos y la interpretación de las leyes.

La noción de orden público, según el autor, se halla inmersa en la dinámica de la sociedad, y se plasma en las leyes, pero su vigencia no se funda en el hecho de su "recepción" legal ya que la noción está informada por principios que brotan de la misma sociedad, que es cambiante y viva. Se comprende así que los principios inmanentes al ordenamiento jurídico, principios de orden público, sean vinculantes aunque no estén formulados en disposición legal alguna. De aquí se desprende la posibilidad de conciliar la regla de la nulidad de los actos realizados contra ley y la tendencia moderna a mantener la eficacia de los actos, en base precisamente a razones de orden público, por fuerza del principio *ut res magis valeat quam pereat*, que se extiende en una serie de aplicaciones concretas a diversos sectores del ordenamiento jurídico (*favor negotii, favor matrimonii, buena fe*, etc.). La nulidad de un acto contra ley imperativa no se llega a producir si intervienen otras razones de orden público, basadas en el respeto a la buena fe, a la confianza, en derechos adquiridos, que son aspectos concretos de orden público entendido como noción dinámica y de contenido positivo: "la sociedad, interesada por el acatamiento de la ley, está también interesada en que determinados actos no sean nulos, aunque contradigan lo dispuesto en la ley".

La distinción entre ley imperativa y orden público tiene también consecuencias prácticas en lo que respecta a la renuncia de los derechos. El orden público ajusta el deber inherente a la irrenunciabilidad —relaciones de familia, escasez de vivienda, etc.— a su cometido social haciendo posible en todo caso la finalidad que se pretende. Por ejemplo en materia de arrendamiento urbano, los derechos concedidos por la legislación especial, en principio irrenunciables, pueden renunciarse cuando *ingresan* en el patrimonio ya que con el principio de irrenunciabilidad se trata de evitar una falta de libertad a la hora de otorgar el contrato en base a la posible coacción ambiental provocada por la escasez de vivienda. El orden público interviene aquí en defensa de un interés tanto personal —la libertad en la contratación— como social —vivienda—.

La noción de orden público a que apunta Doral cobra especial relieve en la aplicación del Derecho descendiendo de la estructura formal de las normas a su contenido efectivo, a su finalidad. En tal sentido el orden público no pertenece a un sector sólo jurídico, económico, político, sino que es un cauce por el que la vida social viene a convertirse en experiencia jurídica. De aquí que el orden público no tenga una consistencia formal e invariable, que sea un factor a tener en cuenta en la interpretación de las leyes y que revista un marcado perfil jurisprudencial. "Son cabalmente, estos tres aspectos del orden público los que pueden suministrar una noción actualizada: la ambientación en el plano económico-social que constituye el entorno de las leyes, su fijación jurisprudencial, su cu-

rrespondencia con otros principios organizadores del ordenamiento jurídico en que el orden público actúa como impulso y como límite". De aquí también su carácter dinámico que le hace susceptible de adaptarse a los criterios que en cada momento gobiernan la sociedad.

El capítulo tercero se dedica a estudiar las diversas facetas de esta noción unitaria, su vertiente pública, su dimensión moral y su conexión directa con el juego de las libertades humanas. Y aquí se analiza detenidamente la nueva idea de orden público tal como se apunta en los nuevos criterios acerca de la libertad religiosa, *ius nubendi* y libertad de asociación.

En el capítulo cuarto se intenta explicar la nueva configuración jurídica del orden público en la jurisprudencia española más reciente, que si bien sigue fiel a la formulación clásica del orden público, anuncia ya una aproximación a lo que aquí se dice respecto de la nulidad de los actos, la renuncia de los derechos, la libertad en la contratación, la planificación económica, la libertad religiosa, etc. "El Tribunal Supremo no siempre sigue la directriz legalista del orden público. Tampoco se adhiere a la corriente que centra el orden público en la exclusiva defensa de los intereses generales o colectivos, ya que también depende el orden público de otros intereses particulares. El orden público está encarnado en un conjunto de principios impulsores, por lo que, incluso aunque no haya ley, puede hacerse valer".

El último capítulo es un análisis penetrante de la influencia de la noción en el campo del Derecho civil internacional. Como sucede en general, la noción de orden público no es en este campo una simple barrera defensiva que se opone a la aplicación de la ley extranjera para evitar el "escándalo que viene de fuera" (Suárez). Su misión debe estar en consonancia con la actual tendencia universalista del Derecho internacional privado y el sentido expansivo y abierto de la sociedad moderna. La jurisprudencia, también en este campo, se caracteriza por el contraste brusco entre las proposiciones *obiter dicta*, que siguen un criterio clásico y desfasado, y el respeto efectivo a criterios más realistas y flexibles (buena fe, confianza, etc.).

Al término de su investigación, señala el autor que hoy el orden público ya "no es simple estructura del orden social establecido, sino el núcleo mismo de este orden, nunca acabado y perfecto, porque, en su dinamismo, tiende a perfeccionarse más y más en sucesivos logros. Por eso no es mera entidad conceptual que expresa una realidad estática acabada, sino algo vivo, dotado de una fuerza expansiva orientadora de la dinámica social, a la que sirve de instrumento operativo".

Una noción de tan liviana relatividad como la de orden público se sustrae fácilmente al más arduo empeño analítico. El libro comentado, por encima de la constante dificultad del tema, logra establecer una serie de precisiones importantes sobre la noción del orden público. Esto, sin duda, no hubiera sido posible de no haberse desenvuelto la investigación en la

perspectiva del Derecho civil y con actitud crítica rigurosamente fiel a la naturaleza del tema tratado.

ENRIQUE LALAGUNA

**G. FLEMING, John:** «An Introduction to the Law of Torts», Oxford University Press, Clarendon Law Series, 1967 (VI + 230 páginas).

Se pasa por alto la exposición de la importancia del derecho de las responsabilidades civiles extracontractuales en los ordenamientos de *Common Law*. La misma rigidez de su derecho contractual desvía zonas enteras de relaciones obligatorias hacia este campo. Por otro lado, un fuerte sentido comunitario hace pensar con intensidad sobre cada ciudadano un deber genérico de cuidado respecto de los demás, de sus personas y de sus bienes, y es de la intensidad de este deber de donde a la postre deriva la importancia de sus infracciones y, consiguientemente, la del derecho que regula la extensión de las responsabilidades que de las mismas derivan.

El libro de Fleming, en alguno de sus capítulos más de Sociología del Derecho que estrictamente de Derecho —cosa quizá esperable en una colección que se dirige no sólo a juristas sino a los lectores de gran público “interesados en algún aspecto del Derecho”, y en la que ha aparecido el excelente estudio sociológico-jurídico de G. Sawyer, *Law in Society*— comienza por plantearse cuál es el papel propio de esta rama del *Common Law* en un ordenamiento jurídico contemporáneo. La conclusión a la que se llega, evidentemente cierta, es a la de que se va caminando hacia sistemas de “responsabilidades estrictas”, *strict liability* —responsabilidades por riesgo objetivo, independizadas de la culpa o negligencia del responsable— que además suelen ser tasadas en su cuantía, especialmente en aquellos sectores (accidentes de trabajo y accidentes causados por vehículos de motor son los supuestos típicos) en que son más frecuentes los daños derivados de presuntas culpas o negligencias, con lo que las finas distinciones con las que opera el *Common Law* quedan realmente marginadas y reducido su papel a dar criterios muy discriminados para la redistribución del coste del accidente en casos especiales. Téngase en cuenta, por lo demás, que un sistema de responsabilidad objetiva y tasada puede coexistir, para el mismo supuesto, con uno de responsabilidad por culpa, previa demostración de ésta (justamente esto es lo que ocurre hoy en Gran Bretaña respecto de los accidentes de trabajo; y en España, aunque no del mismo modo, añadiríamos nosotros).

Frente a lo que es corriente en libros de este tipo, los *torts* clásicos (*trespass*, *false imprisonment*, *malicious prosecution*, *libel*, *slander*) sólo se analizan muy sumariamente al final del libro (capítulo X, páginas 193 a 213), sin aportación de datos ni ideas de novedad especial.

Y así el libro se concentra sobre la figura genérica de la responsabilidad por negligencia (o culpa), examinando con minuciosidad y cuidado sus elementos básicos: el “deber de cuidado” (*duty of care*) respecto de terceros que constituye el fundamento mismo de la responsabilidad *in tort*; el nivel de cul-

dado exigido en cada caso y en general (*standard of care*); y la relación de causalidad que debe existir entre la acción u omisión culposa y el daño causado (*proximate cause*). Se analizan seguidamente los florilegios jurisprudenciales en torno a las defensas por las acciones de responsabilidad, entre ellas fundamentalmente, la negligencia concurrente del lesionado o dañado, la asunción voluntaria de riesgo por el mismo y, episódicamente, la responsabilidad concurrente de un tercero compañero de trabajo, que tanto juego dio en las sentencias anteriores a la Ley de accidentes de trabajo de 1897 (defensa del *fellow servant* o de *common employment*).

Breve, porque en gran medida ha venido ya predeterminado en lo que se ha dicho en los anteriores, es el capítulo VIII sobre responsabilidad objetiva o por riesgo. Se destaca por supuesto que aunque la extensión de esta forma de responsabilidad es contemporánea, sus precedentes le vienen al *Common Law* de muy antiguo, por ejemplo, en las responsabilidades por hechos de animales, y en las responsabilidades derivadas de actos de terceros situados bajo la guarda del responsable, recalcándose que si efectivamente conforme al *Common Law*, el acto del tercero debe ser negligente o culposo, demostrada esta responsabilidad, y dándose los supuestos legales, la misma se traspasa sin más, *objetivamente y sin ninguna referencia a su culpa o negligencia*, esto es lo importante, al padre, tutor, empresario, etc. Con lo que se está diciendo que las construcciones sobre la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*, no eran más que verbalismos en defensa de un mero prurito arcaizante, cuando lo que existía en el fondo es una responsabilidad por riesgo u objetiva, desde muy antiguo. Lo que ocurre es que la clara percepción de fenómenos como este no se adquiere sino a lo largo del tiempo, y así durante muchos años se dio el absurdo de que en virtud de una responsabilidad objetiva o por riesgo el empresario respondiera, sin culpa o negligencia por su parte, de los daños que su trabajador causaba a otra persona, y no respondiera en cambio de los daños que el trabajador se causaba a sí propio (1). Obviamente razonamientos muy similares pueden hacerse en nuestro Derecho respecto del artículo 1.903 del Código civil, cuando menos respecto de sus primeros párrafos, y concretamente respecto del párrafo cuarto sobre responsabilidad de "los dueños o directores de un establecimiento o empresa" por los daños causados por sus "dependientes" (el párrafo 5.º del artículo 1.903, sobre responsabilidad del Estado, con la doctrina del "agente especial", ha tenido una historia diversa por completo, que ha culminado, por ahora, tras los preceptos de la Ley de expropiación forzosa de 1954, en los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que a la postre vienen a establecer una responsabilidad objetiva de éste, probablemente inviable en la práctica, por lo defectuoso de su articulación).

Muy brevemente se ocupa también el libro de los que denomina *Economic Torts*. Pero en esta parte el tratamiento es francamente superficial, y no

---

(1) Esta incongruencia histórica, hoy superada a través de las leyes de accidentes de trabajo, ha sido también noticiada por la doctrina continental; por todos F. Santoro-Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, 20.ª ed., Nápoles, 1968, págs. 71-72.

comparable por ejemplo, en extensión ni en intensidad, al que se contiene en los libros de Derecho industrial o sindical (2).

Aunque un cierto rebuscamiento en el estilo convierte en oscuras expresiones que quisieran ser brillantes y hace en ocasiones penosa la lectura del libro, el esfuerzo para vencer esta dificultad queda en general recompensado por el resultado de obtener una visión moderna y contemporánea en *Common Law* (el libro se mueve no sólo en el ordenamiento jurídico británico, sino también en el norteamericano, el australiano y el canadiense) de los temas básicos de responsabilidad civil extracontractual.

M. ALONSO OLEA

---

(2) P. eje., en J. L. Gayler, *Derecho industrial*, ed. Inst. Est. Políticos, Madrid, 1965, págs. 165 y sigs.; N. A. Citrine, *Trade Union Law*, Londres, 1950, págs. 379 y sigs.

**HOLLEAUX, Georges:** «De la filiation en droit allemand, suisse et français. Essai de droit comparé». *Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, XXIX*. Editions Cujas, Paris, 1966. 200 páginas.

Son sobradamente conocidas las dificultades que se presentan para los estudios comparativos en el ámbito del Derecho de familia, especialmente en lo relativo al Derecho de familia puro en el que "quod quisque populus ipse sibi constituit" reaparece insistentemente para desánimo de quienes vieron en el Derecho comparado un fácil camino para la unificación de esta parte del Derecho civil. Con acierto y modestia encomiables comienza el autor de esta excelente monografía confinando el ámbito y resultado de su trabajo a una misión estrictamente descriptiva. Actitud que contrasta con la de quien, recientemente entre nosotros, propugna la introducción del divorcio vincular para el matrimonio civil invocando el precedente del derecho comparado (1).

Holleaux es magistrado honorario de la *Cour de Cassation* en Francia y en diversas ocasiones se ha ocupado del tema en la *Revue internationale de droit comparé* y en varios cursos de Derecho comparado en la Universidad de Paris, aparte de haber publicado numerosos y estimables comentarios sobre jurisprudencia francesa en las páginas del *Dalloz*. Conoce a fondo la regulación de la materia en cada una de las legislaciones que considera, y posee una buena información del resto. Su constante referencia a la jurisprudencia de cada país y el enfoque práctico de las cuestiones tratadas hacen de la monografía un medio excelente de conocer el estado actual del Derecho de la filiación en Francia, Alemania y Suiza. Para nosotros, aunque nunca tiene en cuenta el derecho español, su semejanza con el francés nos permite útiles puntos de contraste. Además de ocuparse de la filiación legítima y na-

---

(1) Cfr. Alemany y Gal-Boguña: *Panorama del divorcio en la actualidad en RJC*. 67 (1968) 119. Sus palabras de que "no podemos olvidar en europeizar de forma constructiva nuestra legislación", suenan a poco meditadas. Para Italia cfr. Ferri: *Concezione privatistica della famiglia e divorzio* en *AG*. 171 (1966) 38 ss.

tural, y de la legitimación, toca marginalmente puntos muy interesantes como la inseminación artificial.

En resumen: un ejemplar estudio comparativo sobre un aspecto delicado del Derecho de familia.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

“La réforme de la sécurité sociale”. *Droit social*. N.º 1. Enero 1968.

La prestigiosa revista francesa “*Droit Social*”, especializada en materia laboral y de seguridad social, ha publicado en el número 1 del año en curso una serie de comentarios de prestigiosos especialistas franceses en materia de seguridad social, a las ordenanzas de 21 de agosto de 1967 que modifican profundamente el sistema francés de seguridad social. Concretamente se trata de las ordenanzas 67/706 relativa a la organización administrativa y financiera de la seguridad social; la 67/707 sobre el seguro de enfermedad; la 67/708 sobre prestaciones familiares y la 67/709 que generaliza los seguros sociales voluntarios para la cobertura del riesgo de enfermedad y cargas de la maternidad

Comienza el estudio con un agudo análisis de DUPEYROUX sobre el sentido de la reforma y con una breve presentación de este número especial de la revista.

A continuación M. JEANNENEY, Ministro de Trabajo francés, responde ampliamente a una serie de cuestiones planteadas sobre la reforma y de modo concreto a la filosofía general de las ordenanzas reformadoras de la seguridad social, los problemas financieros y el funcionamiento del seguro de enfermedad. Las contestaciones que da el Ministro, resultan francamente interesantes para comprender en sus líneas generales y en su sentido más profundo la reforma de la seguridad social francesa en el contexto de la vida política, económica y social de Francia.

Siguen después dos partes netamente diferenciadas: un análisis de la reforma y unos puntos de vista y contraposiciones que viene a constituir algo así como un debate crítico de los nuevos rumbos tomados por la seguridad social después de su modificación.

El análisis de la reforma se realiza indiscriminadamente por un grupo de altos funcionarios del Ministerio de Trabajo francés y concretamente por GUILLAUME, NARGEOLET, JAUSSAUD, DELAUNAY, MEVEL, DOGUET, GETTING, BING, MEMHELD, LONGUEPEE, CULAUD y LAGRAVE, que tratan separadamente en siete apartados de los problemas de estructuras y gestión financiera de la seguridad social (I), organización administrativa de la seguridad social (II), seguro de enfermedad (III), prestaciones farmacéuticas (IV), prestaciones familiares (V), seguro voluntario (VI), y al margen de la reforma, el régimen de los trabajadores autónomos no agrícolas. Con este análisis se adquiere un total y documentado conocimiento de la reforma llevada a cabo, siendo de destacar la profusión de datos estadísticos del mismo.

En la segunda parte, que supone ya una análisis crítico de la reforma, se pronuncian sobre el tema una serie de personas vinculadas profesionalmente con el mundo laboral y que por sus cargos dan a los escritos una variedad y matiz francamente interesantes. Así, intervienen en dicho debate desde M. DERLIN, Secretario de la C. G. T.-F. O., hasta M. MAL-TERRE, Presidente de la Confédération Générale des Cadres, M. SAUVY, Profesor del Colegio de Francia, M. MONIER, Presidente de la Confederación de Sindicatos Médicos Franceses, etc.

En resumen, se trata de un estudio muy interesante, documentado y cuya lectura puede ser de gran utilidad no sólo para los lectores franceses, sino también para los de otros países, dado que la seguridad social es un tema de permanente actualidad y con unas líneas directrices que tienen una cierta semejanza sin independencia del país de origen.

JUAN A. SAGARDOY

Doctor en Derecho

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA y ANDIA  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO HIPOTECARIO

1. *Inscrito en el Registro un inmueble en virtud de una escritura en la que la compradora manifiesta encontrarse en estado de viuda, según resultaba igualmente del Documento Nacional de Identidad, que el notario autorizante tuvo: a la vista, es suficiente para rectificar el asiento, una posterior escritura de subsanación en la que la compradora manifiesta el error padecido y el marido presta su consentimiento a la compra, junto con la certificación del matrimonio y fe de vida del esposo.*

De ser ciertas las aseveraciones hechas por los comparecientes en la escritura calificada, quienes aportan además los documentos complementarios reseñados, se estará ante un supuesto de discordancia entre el Registro y la realidad, debido a una inexactitud del primitivo título que provocó la inscripción, y su rectificación precisará, conforme al artículo 40, apartado d) de la Ley Hipotecaria, el consentimiento del propio titular registral o, en su defecto, la resolución judicial correspondiente.

Habiendo prestado su consentimiento a la rectificación el titular registral, se plantea la duda acerca de si su identificación ha de hacerse mediante la fe de conocimiento directo del Notario autorizante del instrumento de rectificación, o si puede hacerse también por algún otro procedimiento legal, debiendo concluirse que el fedatario puede recurrir a cualquiera de los enumerados en el artículo 23 de la Ley del Notariado, tal y como sucede en el presente caso en el que se ha procedido a la identificación mediante los llamados testigos de conocimiento, al amparo del apartado a) del citado precepto.

Aun cuando en la certificación de matrimonio no coincide exactamente uno de los apellidos con el del marido de la compareciente probablemente debido a un error mecanográfico en la transcripción de una sola letra, y pese a la trascendencia que toda rectificación tiene en el Registro de la Propiedad —por modificar un asiento que produce todos sus efectos y que, según el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales, lo que obliga a extremar el cuidado de la función registral al objeto de que no se practiquen asientos erróneos que lesionarían los intereses legítimos— no parece que tan pequeña anomalía que seguramente desaparecería al presentar una nueva certificación del Registro Civil, sea base suficiente para impedir la rectificación solicitada —tal como declaró la Resolución de 19 de enero de 1914— cuando

aparecen plenamente identificados los dos comparecientes y se ha cumplido lo ordenado en el artículo 40 d) de la Ley Hipotecaria. (Res. de 29 de septiembre de 1967, *Boletín Oficial* del 21 de octubre.)

2. *Los defectos de los títulos se harán constar en forma clara y precisa. Es idóneo el procedimiento seguido de subsanar los defectos mediante providencia, cuando como en este supuesto, los datos omitidos obraban en los autos. Si se trata de un procedimiento ejecutivo ordinario y se adjudican al acreedor la finca o fincas hipotecadas, será inscribible el testimonio del auto de adjudicación librado por el secretario judicial, sin que sea necesario otorgar escritura pública de venta que sólo deberá hacerse en los demás casos que contempla el artículo 224 del Reglamento Hipotecario.*

A) En el presente caso se observa que la nota extendida por el funcionario calificador en la providencia aclaratoria adolece de vaguedad al no señalar concretamente los defectos que observa en el título y limitarse a expresar que “no se han subsanado la totalidad de los señalados en la nota de 11 de junio último”, omitiendo así el cumplimiento de lo establecido en el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, que exige se hagan constar los defectos en forma clara y precisa, e idéntica vaguedad se produce en el preceptivo informe, del que parece deducirse que la mayor parte de los defectos estarían subsanados si no fuese porque se contienen en una providencia a la que no se considera medio idóneo o adecuado.

B) Ha de reputarse idóneo el procedimiento seguido en la subsanación de defectos mediante providencia cuando como en el presente supuesto los datos omitidos obraban en autos, sin que implicara la adopción de acuerdos de fondo que variaran el mandato judicial contenido en el título, sino únicamente completar el mismo, a tenor de la exigencia contenida en la nota de calificación registral, para permitir la práctica de los asientos ordenados.

C) El artículo 224 del Reglamento Hipotecario establece claramente, que si se trata de un procedimiento ejecutivo ordinario —que es el seguido por el actor, conforme resulta de la lectura del auto dictado— y se adjudican al acreedor la finca o fincas hipotecadas, será inscribible el testimonio del auto de adjudicación librado por el Secretario judicial, sin que sea necesario otorgar escritura pública de venta, que sólo deberá hacerse en los restantes casos que el propio artículo 224 contempla.

D) Por último, el defecto central y primordial de todos los señalados —prelación o no de otros créditos y su consiguiente cancelación—, deberá ser resuelto en el segundo recurso planteado por el mismo interesado ya que en éste se ha limitado a solicitar la inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad de las fincas adjudicadas, y para ello no supone ningún obstáculo la existencia de las cargas que sobre las mismas pesen. (Res. de 23 de septiembre de 1967, *Boletín Oficial* del 23 de octubre.)

## DERECHO MERCANTIL

1 *Es inscribible una escritura de prórroga de una sociedad anónima autorizada antes del vencimiento del plazo que debía obrar como causa de extinción y que fue presentada en el Registro Mercantil con posterioridad a dicha fecha de vencimiento.*

A) El cumplimiento del término fijado en los Estatutos constituye una causa de disolución de la Sociedad, que deriva de una situación prevista en el acto fundacional que el mismo Registro Mercantil publica y, por tanto, es oponible a terceros, aun sin necesidad de una nueva inscripción; mas como quiera que es una causa basada exclusivamente en la voluntad de los socios, puede ser eliminada cuando éstos —con las formalidades requeridas— decidan la subsistencia de la Compañía, situación que puede producirse en diversos momentos, y que pueden resumirse así:

a) Que el acuerdo de la Junta, la escritura pública de prórroga y la inscripción en el Registro Mercantil se realice antes del vencimiento del plazo, en cuyo caso no puede, desde luego, haber cuestión alguna acerca de la prórroga y subsistencia de la Sociedad.

b) Que tanto la mencionada escritura como la inscripción sean posteriores al día fatal del vencimiento de la Sociedad, problema tratado ya en relación con una posible reactivación del ente social extinguido y en el que la Dirección General, en base a la literal redacción de artículo 152 de la Ley de Sociedades Anónimas, y a no hallar solución técnica satisfactoria ordenadora de la realidad de los hechos, cuando éstos, sin disfrazar posibles fraudes fiscales o de otra índole, merecieran protección, se mostró en general, contrario a tal posibilidad, según las Resoluciones de 6 de junio de 1962 y 18 de enero de 1958.

c) Que la escritura se otorgue antes del vencimiento del plazo, pero la inscripción en el Registro se pretenda practicar después, en cuyo supuesto, tratándose de Sociedades de Responsabilidad Limitada, las Resoluciones de 4 y 19 de octubre de 1965 admiten la validez e inscribibilidad de tal prórroga.

B) En el presente caso, al cubrir la fe notarial —otorgamiento de la escritura dos meses antes del vencimiento— el acuerdo de prórroga, queda patente la voluntad de los socios de que la Sociedad perdure y continúe desarrollando su actividad, por lo que si al pretenderse la inscripción del acuerdo una vez transcurrido ahora el plazo estatutario, de la Ley, apoyándose en el desacreditado e injusto brocardo "*in claris non fit interpretatio*", de una parte se anularía el acuerdo de los socios, contrario a la disolución de la Sociedad, y de otra se impondría ésta de pleno derecho y a todos los efectos, produciéndose, pues, sin presumible ventaja para nadie y contradiciendo la realidad, una situación anómala entre lo querido por los interesados que actuaron lícitamente en su momento oportuno, y una tajante consecuencia legalista, que obligaría a la liquidación y a la correspondiente cancelación registral.

C) En toda aplicación ponderada de la norma no ha de olvidarse el

relieve que, además del elemento gramatical, con frecuencia en los textos desatendido y desacertado —insuficiente por sí sólo para alcanzar el verdadero sentido de la norma— adquiere el elemento lógico, siempre inducible, el cual, debidamente apreciado y junto con los demás criterios interpretativos, puede llegar a extender la aplicación del principio más allá de los términos aparentemente fijados en la Ley, o bien restringir rigurosamente su contenido, sin llegar nunca a una interpretación abrogante, que conduciría a excluir la aplicación del precepto al caso concreto contemplado, por lo que se debe extremar el cuidado y tratar de ver, cuando tantas otras ventajas prácticas lo abonan, y ningún riesgo de indefensión lo contradice, si puede cohonestarse la voluntad social de prórroga con el contenido del artículo 152 para lo cual procede examinar los efectos que produce el acuerdo de la prórroga en relación con la propia Sociedad, con los accionistas individualmente considerados y, por último, con los terceros y acreedores.

D) En cuanto a la propia Sociedad, es indudable, como se ha dicho, su derecho a decidir la continuación de la vida social, mediante la modificación de sus Estatutos y con sujeción al principio mayoritario —en este caso reforzado— y demás formalidades legales, todo ello en base a que durante la vida de la Sociedad, en caso de conflicto entre el interés colectivo —prórroga— y el individual —derecho a la cuota de liquidación en caso de no acordarse la prórroga—, la Ley opta por el primero, y somete a aquél a todos los accionistas que ya participan en la formación de la voluntad social con su derecho de voto, conforme a lo cual cabría pensar que al disidente pudiera corresponderle un derecho de separación, como el que la Ley le confiere en ciertos casos —así en el artículo 85 o el 135 y el 144—, pero que en este supuesto ni la Ley ni la jurisprudencia —así la sentencia de 5 de octubre de 1956— les reconocen.

E) Adoptado el acuerdo de prórroga dentro de tiempo hábil y por unanimidad, no puede suponer un obstáculo a la misma el derecho individual de los accionistas a la cuota de liquidación que tendrían en caso de no haberse prorrogado, ya que tal derecho no puede concebirse más que como una limitación de los poderes de la Sociedad, y facultada la Junta para llevar a cabo la prórroga sería excesiva la tutela de aquel derecho al encontrarse con una clara voluntad social contraria a éste, cuestión que sería diferentes —lo que aquí no ocurre— si el acuerdo se adoptase una vez transcurrido el término de duración de la Sociedad, porque entonces, al hallarse la Sociedad en fase de liquidación, la Junta no tendría más facultades que las señaladas en los artículos 154 y 159 de la Ley, y sólo podría disponer de los bienes sociales a los fines de la liquidación, más no dar un destino particular a la cuota del socio sin su consentimiento.

F) Al no haberse inscrito la escritura de prórroga antes del transcurso del término, se produce, es cierto, la anormal situación de que, siendo válido el acuerdo y obligatorio para la Sociedad y accionistas, por la publicidad del Registro Mercantil aquélla aparece, virtualmente al menos, disuelta frente a terceros y acreedores, y de conformidad con los términos literales del artículo 152 de la Ley debería entrar en fase de liquidación y,

con arreglo al artículo 159, cesar la representación de los Administradores, para nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, bajo la sanción de la consiguiente responsabilidad, situación que recuerda y reproduce, sólo hasta cierto punto, la que existe en el momento fundacional entre la constitución de la Sociedad por escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil, problemática que trata de resolver el artículo 7 de la Ley, y aunque, y ello es obvio, no quepa la aplicación analógica de este precepto, en tanto dure esta situación transitoria y la escritura se inscriba, cabrá aplicar siempre —conforme declaró la citada Resolución de 4 de octubre de 1965— el artículo 24 del Código de Comercio, de manera que de lo no inscrito no resulte perjuicio para tercero, quién podrá, sin embargo, invocar lo favorable, con lo que la situación de terceras personas, especialmente de los posibles acreedores sociales es, evidente, más favorable que si se hubiere producido una forzosa liquidación de la Sociedad, por nadie deseada.

G) A mayor abundamiento —y son circunstancias de hecho muy dignas de ser tenidas en cuenta, porque, en definitiva, forzoso es reconocerlo, viene a acusar imperfecciones del sistema, cuya consecuencias, aunque sólo fuera en beneficio del mismo, no deben ser más agravadas—, que si bien los Administradores pudieron haber hecho uso del derecho que confiere el artículo 33 del Reglamento del Registro Mercantil, de retirar el título una vez extendido el asiento de presentación, a fin de verificar el pago del Impuesto, como quiera que el acuerdo se adoptó con bastante anterioridad por la fecha del vencimiento del plazo, era lógico suponer que se procedería por la Oficina Liquidadora a su liquidación antes de ese día, lo que no ocurrió. (Res. de 17 de octubre de 1967, *Boletín Oficial* del 30 de octubre.)

2. *La expresión utilizada en la escritura para fijar el quorum de asistencia en las reuniones del consejo de que "asistan o estén representados la mayoría absoluta de los consejeros" equivale a la que emplea el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas en el primer inciso de su párrafo primero.*

La Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 78, ha pretendido, sin duda, que el número de Consejeros presentes sea superior al de ausentes, lo que se logra siempre con la asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros, que coincide con la mitad más uno de éstos cuando el número de Consejeros es par, que difiere de dicha mitad más uno cuando su número es impar, ya que en este caso la aplicación literal de la expresión de la Ley nos daría una cifra decimal inaplicable a las personas físicas y que debería ser redondeada, bien por defecto —con lo que coincidiría con la mayoría absoluta—, bien por exceso —con lo que el número de Consejeros presentes excedería en tres unidades del de ausentes—, por lo que la minoría, en forma negligente o maliciosa podría impedir la válida constitución del Consejo, resultado claramente contrario a los principios dominantes en la Sociedad Anónima y evidentemente no deseado por el legislador. (Res. de 19 de octubre de 1967, *Boletín Oficial* del 4 de noviembre.)

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS

### I. Colaboración de Jesús DIEZ DEL CORRAL

1. USUCAPIÓN DE BIENES HEREDITARIOS: *Afirmado por el Tribunal sentenciador que el bien hereditario ha sido poseído en concurrencia por todos o por la mayor parte de los hijos del causante de la herencia y que sólo desde 1950 podría apreciarse la posesión exclusiva de la hoy recurrente, tal fecha excluye el transcurso del tiempo necesario para que la posesión produzca el efecto alegado de adquisición del dominio, teniendo en cuenta que, conforme a la doctrina de esta Sala, la posesión, base para ella, ha de serlo en concepto de dueño.*

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA.—*No puede aceptarse el motivo de la recurrente en el sentido de que haya prescrito la "petitio hereditatis", tanto porque la acción ejercitada por los demandantes no tiene este carácter, ya que ni afecta a su condición de herederos, que no ha sido discutida, ni se dirige a una universalidad, sino a un único bien hereditario para que el mismo se adjudique a los herederos en proporción a sus cuotas, cuanto porque el tiempo para la prescripción no puede contarse desde la fecha de fallecimiento del causante, sino desde el año 1950 a que se contrae la posesión exclusiva de la recurrente. [S. 14 de noviembre de 1967; no ha lugar.]*

2. DISFRUTE DE COSA COMÚN.—*El disfrute de la cosa común pertenece a todos los condueños y gozan éstos de la facultad de servirse de ella conforme a su destino, conforme previene el artículo 394 del Código civil, si bien semejante facultad, con arreglo al mismo precepto y a la jurisprudencia de esta Sala, no puede utilizarse en perjuicio de los restantes comuneros, colectiva e individualmente considerados.*

GOCE INDIVIDUAL DE UN CONDUEÑO.—*Declarado probado por la resolución impugnada que el recurrente, copropietario de una sexta parte de la finca litigiosa, ocupa su casi totalidad, sin pagar precio ni merced de ninguna clase y sin gozar para ello del consentimiento de los demás —hechos no impugnados por la vía formal adecuada—, debe ser condenado a devolver a la masa común dicho inmueble para el disfrute de sus coparticipes y del suyo propio, en la proporción que corresponda.*

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Lo es denunciar conjunta y confusamente la violación de preceptos referentes a materias tan dispares como comunidad de bienes, posesión, disposiciones generales sobre obligaciones y contratos, efectos de su incumplimiento, elementos probatorios, interpretación*

de los contratos y deberes derivados del arrendamiento, en mengua de la precisión y claridad que para el escrito del recurso exige el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. [S. 17 de enero de 1968; no ha lugar.]

3. CONCESIÓN ADMINISTRATIVA: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *Tratándose de una concesión administrativa, la constante jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras muchas y conso más recientes, en las de 19 de enero y 26 de abril de 1967, distingue entre los casos en que se discute, en general, sobre las relaciones del concesionario con la Administración Pública, en cuyo evento la competencia, por razón de la materia, está atribuida a los Tribunales de lo Contencioso-administrativo, de aquellos otros en que se ventilan problemas de tipo civil derivados de contratos de tal índole celebrados por los concesionarios con terceras personas —como en el caso actual, en que se trata de la validez de un contrato de sociedad a la que el concesionario aportó la concesión—, en los cuales la competencia está atribuida a la jurisdicción ordinaria.*

INCONGRUENCIA: *No la hay cuando lo que se pide en el juicio es que se declare que “la concesión en cuestión” forma parte del haber social, en tanto que la sentencia dice que “la explotación de la concesión” forma parte del caudal social; porque, aparte de que la concesión es sólo un permiso de explotación y ambos términos pueden considerarse en el presente caso como sinónimos, la jurisprudencia de esta Sala ha delimitado que hay congruencia si existe identidad en lo esencial entre lo pedido y lo otorgado, aunque no se llegue a la igualdad de las palabras o términos empleados.*

INFRACCIÓN DE NORMAS ADMINISTRATIVAS: *La infracción de preceptos de carácter administrativo no puede dar lugar a un recurso de casación en el fondo, como tiene declarado reiteradamente esta Sala. [S. 2 de febrero de 1968; no ha lugar.]*

4. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES: *A pesar de que el artículo 95 del Reglamento Hipotecario establece que las adquisiciones de bienes gananciales se inscribirán a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal, esta titularidad registrada no afecta para nada a la administración y disposición de los bienes gananciales, que se regirán por sus normas específicas, por lo que, a pesar de dicha inscripción, sigue siendo el marido el administrador de la sociedad de gananciales, con las amplias facultades que le están reconocidas.*

FACULTADES REPRESENTATIVAS DEL MARIDO: *Entre ellas se cuenta la de defender los bienes gananciales en los pleitos que se susciten con relación a los mismos, sin que pueda ser demandada la mujer que no intervino en el contrato adquisitivo impugnado, máxime cuando al coincidir sus intereses con los de su marido, al defenderse éste defiende a la vez a aquélla, y sin que el artículo 1.413 del Código Civil, referido a los actos dispositivos, sea aplicable a los actos de adquisición. [S. 8 de enero de 1968; no ha lugar.]*

5. MEDIANERÍA EN CATALUÑA: DERECHO APLICABLE: *No puede entenderse con el recurrente que, por la fecha de los hechos originantes del proceso, deba aplicarse al caso las Constituciones de Sanctacilia y su norma que prohíbe el paso de agua por caños o canales de tejas en pared medianera sin consentimiento del vecino (de donde deduce que como pasa el agua por la pared en cuestión, nunca puede estimarse medianera), tanto porque la Compilación recogió todas las instituciones jurídicas que tenían efectividad y estaban vigentes al momento de su promulgación, como porque, aun estimando aplicable aquella norma de las Constituciones, ello sólo supondría un signo externo de que el muro no era medianero, en contra de los varios otros signos, probados en el pleito, de la existencia de la servidumbre.* [S. 17 de noviembre de 1967; no ha lugar.]

6. PARTICIÓN POR COMISARIO: *La partición realizada por Comisario expresamente nombrado por el testador equivale, según ha declarado la jurisprudencia, a la hecha por éste, por ser igualmente un negocio jurídico unilateral y por el Comisario su representante en cierto modo, debiendo ser respetada por los Tribunales mientras las legítimas queden incólumes.*

CONCURRENCIA DE HEREDEROS MENORES DE EDAD: *El paralelismo de la partición hecha por Comisario con la realizada por el testador encuentra su única excepción en el caso de que entre los coherederos haya algún menor de edad y sujeto a tutela, debiendo entonces el Comisario inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios; si bien no se requiere una forma determinada para hacer la citación, que puede verificarse por cualquier medio hábil y sin que se exija su presencia tras la citación.*

RENDICIÓN DE CUENTAS: *La obligación de los albaceas de dar cuenta de su encargo a los herederos es aplicable, según reiterada jurisprudencia, a los Comisarios, pero, como señala la Sentencia de 31 de marzo de 1915, la práctica de las operaciones particionales constituye en tal caso el modo más adecuado para la rendición de cuentas.*

CARGA DE LA PRUEBA: *La obligación de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión corresponde al actor, y al demandado la de los impeditivos y extintivos de la relación jurídica en discusión, según constante jurisprudencia; pero ello es sin perjuicio siempre del examen aislado de cada caso, llegándose a declarar por esta Sala que cuando el demandado no se limita a negar los hechos de la demanda y opone otros, que sirven para desvirtuarlos, impedirlos o extinguirlos, queda en cuanto a éstos gravado con la demostración de los que constituyen la base de su oposición.* [S. 11 de abril de 1967; no ha lugar.]

7. LEGÍTIMA CATALANA: FIJACIÓN Y VALORACIÓN DE LA CUOTA: *El legitimario catalán es un acreedor de la herencia que tiene un derecho de crédito y no de condominio, puesto que es el heredero el que elige la forma de pago de*

*la legítima, en dinero o en bienes de la herencia, y para determinar su valor hay que atender al de los bienes hereditarios al tiempo de fallecer el causante, desde cuya fecha se devenga el interés legal (arts. 129 y 139 de la Compilación), y sólo, fijado ya el importe, si la cuota se abona por el heredero en bienes de la herencia, se justipreciarán éstos por el valor que tengan al hacerse la adjudicación (art. 138).*

**PAGO EN DINERO: SISTEMA NOMINALISTA:** *Si el heredero decide pagar la legítima en dinero, no puede aplicarse dicho artículo 138, dada la separación que hace el artículo anterior entre dinero y bienes de la herencia, y por tanto, surge una deuda pecuniaria que ha de satisfacerse a tenor del sistema nominalista, que es el imperante en España en toda su pureza y extensión, cual declara la Sentencia de 22 de noviembre de 1966, tanto en los territorios de Derecho común como en los de Derecho foral; mientras no se den los conocidos remedios, para evitar consecuencias no equitativas por devaluación de la moneda, de tipo contractual, judicial o legislativo.*

**INACTIVIDAD DEL LEGITIMARIO:** *Como el derecho a la legítima surge desde el fallecimiento del causante, pudiendo el legitimario reclamarla, no puede haber perjuicio para él por el tiempo transcurrido, pues ha de pechar con las consecuencias de su inactividad.*

**PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO:** *Son fuente supletoria de segundo grado, aplicables sólo en defecto de ley y de costumbre, por lo que hay que demostrar que no puede resolverse la cuestión planteada por esas dos primeras fuentes. [S. 27 de mayo de 1967; no ha lugar.]*

**8. RESPONSABILIDAD CIVIL DE FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL:** *La responsabilidad civil de quienes ejercen funciones en la Administración municipal, por los actos u omisiones que realicen en el ejercicio de sus cargos con infracción de algún precepto legal expresamente reconocido, exige, según ha declarado reiteradamente esta Sala, que con anterioridad a la presentación de la demanda se haya obtenido declaración de la extralimitación gubernativa imputable al funcionario, porque no es permitido a los Tribunales civiles invadir la esfera de acción propia de los de orden administrativo y entrar a definir una lesión jurídica que cae fuera de su jurisdicción y constituye, sin embargo, la base del resarcimiento. [S. 18 de abril de 1967; ha lugar.]*

## **II. Colaboración de Luis FERNÁNDEZ DE LA GANDARA**

**1. NOMBRE COMERCIAL: CERTIFICADO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL:** *La posibilidad de obtener de los Tribunales la declaración de propiedad de un nombre comercial no depende de que se haya aportado el certificado del artículo 14, 2.º del Estatuto de la Propiedad Industrial, porque su concesión únicamente provoca, en lo que atañe a las facultades dominicales y durante los tres*

*primeros años de su vigencia, el resultado de crear una presunción "iuris tantum" de propiedad sobre la modalidad inscrita, que puede ser destruída por los medios de prueba admitidos por el artículo 1.215 del Código Civil, que no enerva los derechos de este mismo orden adquiridos por personas extrañas a través de la prioridad de su uso o de la usucapión, que pueden hacerse valer en juicio frente a futuros titulares registrales mediante la oportuna acción reivindicatoria, ejercitable en juicio declarativo según su cuantía.*

MARCAS: INSCRIPCIÓN REGISTRAL: *La obligación de registrar las marcas, impuesta por el artículo 120, 1.º del EPI no es aplicable cuando se trata de nombres comerciales y, aun cuando se entendiera otra cosa, la omisión de semejante requisito no afectaría a la virtualidad del derecho que hubiera sido adquirido al margen de la oficina registral, puesto que a lo sumo daría lugar a la imposición del correctivo previsto por el artículo 137 de la ley de 16 de mayo de 1902. [S. 11 de octubre de 1967; desestimatoria.]*

NOTA.—El demandante, don Enrique..., venía ejercitando, desde hacía ya bastantes años, la industria de transporte por carretera y desde hacía más de quince usando pública, pacífica e ininterrumpidamente el nombre comercial "Transportes la Gallica", denominación que era utilizada también como rótulo del establecimiento principal y sucursales. En 1959 promueve la inscripción del signo en el Registro de la Propiedad Industrial, pero al conocer que una empresa, dedicada igualmente al transporte por carretera, tenía adoptado un nombre de gran semejanza fonética y conceptual con el suyo, desiste de hacerlo por presumir que el concurrente pudiera formular oposición. Uno de los comisionistas del negocio —demandado que ha sido en estos autos—, sobre la base de que el signo no había sido poseído ininterrumpidamente y entendiendo que el único medio de adquirir la propiedad de la marca y rótulo no era otro sino la obtención de los títulos expedidos por el Registro de la Propiedad Industrial, dado el carácter obligatorio que la inscripción de marcas tiene, sin que pueda hablarse del nacimiento del derecho sobre el signo ni por prioridad de uso ni por prescripción adquisitiva, hace suya la denominación y con ella inicia una actividad independiente de su comitente, con parte de la clientela y organización de éste. El Tribunal de instancia, después de afirmar la posibilidad de adquirir por usucapión el derecho sobre el signo, condena al demandado a no hacer uso de la denominación litigiosa y a la responsabilidad que la utilización indebida de la misma ha originado. La Audiencia Territorial confirma en todas sus partes este fallo, que es ratificado igualmente por el Tribunal Supremo.

El tema de los efectos de la inscripción registral del nombre comercial o de la marca en orden al nacimiento de un derecho sobre el signo constituye uno de los puntos del Derecho Industrial que mayores dificultades ofrece. Esta situación obedece en gran medida a los términos confusos con que vienen redactados gran número de los preceptos del Estatuto. En los últimos años se ha ido abriendo paso una corriente jurisprudencial merced a la cual la sistemática poco clara del derecho positivo industrial, por lo que a los signos distintivos de la empresa se refiere, se presenta con un esquema sin duda alguna más satisfactorio. A esta función ordenadora han contribuido diversas aportaciones doctrinales, algunas de ellas, a mi juicio, importantes (así, por ejemplo, FERNÁNDEZ-NOVOA, "El nacimiento del derecho sobre la marca", en Rev. D. Mercantil, núm. 102, 1966, p. 187 y ss.; también LUIS CARLON, "Contribución al estudio del nombre comercial", en la Revista D. Mercantil, 1964, núm. 93, p. 7 y ss., y núm. 94, p. 269 y ss.).

Los temas que plantea esta sentencia, en forma más o menos explícita, son los siguientes: eficacia de la inscripción del signo en el Registro respecto

al nacimiento del derecho sobre el mismo; relieve jurídico de la marca y nombre comercial no registrados; interpretación del artículo 14 del E. P. I. en relación con el artículo 1.

El punto de partida de la doctrina y jurisprudencial, al afirmar que del certificado de concesión del registro de una marca y un nombre comercial no depende la declaración de propiedad, sino que sólo origina, a efectos dominicales, la presunción mencionada en el artículo 14, es, sin duda, correcto. La inscripción en el Registro Mercantil o en el Registro de la Propiedad Industrial no tiene carácter constitutivo, según establece el artículo 199, 1.º del Estatuto para el nombre comercial. Como quiera que esta primera fase en la vida del derecho tiene lugar al margen de la oficina registral, resulta claro el papel irrelevante que la inscripción tiene respecto al nacimiento del signo. Cosa distinta es que se articule un sistema de protección que dependa únicamente del hecho mismo de la inscripción. Pero cuando el Tribunal Supremo dice que ésta “no enerva los derechos de (propiedad) adquiridos por personas extrañas a través de la prioridad de uso o de la usucapición”, adopta una expresión que sólo en parte puede admitirse. La usucapición, como supuesto de adquisición del derecho al nombre, no encaja bien con la naturaleza propia de éste, dado que la falta de uso de un nombre origina sin más la extinción del derecho sobre el mismo. Con mayor corrección, la sentencia de 25 de febrero de 1941, comentando el artículo 1 del E. P. I., señalaba cómo cualquier signo distintivo “puede adquirirse por prioridad de uso, hágase o no inscripción en el Registro, puesto que la inscripción no se impone por la ley con carácter obligatorio”, sin hablar para nada de usucapición (un desarrollo particularizado de esta tesis, en CARLON, cit., págs. 31-32).

¿Cuál es, pues, la significación jurídica del nombre comercial y de la marca no registrados? Respecto del primero, no hay duda alguna en cuanto a la validez de su nacimiento con solo adoptar una denominación que satisfaga determinados requisitos de novedad, verdad y licitud. En cuanto a la marca, una opinión muy extendida considera la inscripción registral como fuente exclusiva del derecho sobre la marca en base al artículo 120 del E. P. I. En la sentencia que nos ocupa se sale al paso de esta orientación cuando afirma que la inscripción “no crea a favor del concesionario del Registro más que una presunción de titularidad, que puede ser destruida por cualquiera de los medios de prueba” admitidos en derecho, en favor de quien haya adoptado con anterioridad una denominación igual o semejante. El fundamento jurídico-positivo de esta argumentación lo proporcionan los artículos 1 y 14, que regulan los efectos jurídicos de la marca no registrada (disciplina ésta que por interpretación sistemática de los preceptos citados y del artículo 207 del E. P. I. es aplicable también para el nombre comercial).

El principio de consolidación del artículo 14 representa un “novum” respecto al de prioridad de uso que consagraba la legislación anterior (art. 30 de la Ley de Propiedad Industrial, de 16 de mayo de 1902). Como hace notar FERNÁNDEZ-NOVOA —cit., p. 225 a 228—, mientras que el artículo 30 atribuye la marca en propiedad al primero que la emplea de una manera nueva y distinta para diferenciar un producto, y el supuesto de prescripción se refiere a las marcas usadas o simplemente poseídas, el vigente régimen del Estatuto regula la figura de la convalidación, aplicable únicamente a las marcas registradas. Acomoda la peculiaridad del artículo 14 frente a su precedente de 1902, interesa saber la naturaleza de la figura regulada en aquél. La sentencia, que se limita a recoger el principio de convalidación y a aplicarlo correctamente, no entra en el examen de si estamos en presencia de un supuesto de prescripción adquisitiva —dado que el precepto abre la posibilidad de que, con el transcurso de tres años de posesión o explotación pacífica y de buena fe, contados a partir del registro, el causante de la inscripción llegue a adquirir un derecho del que no es titular *real*, o, por el contrario, como señalan las sentencias de 23-9-1963 y 13-5-1965, no se trata de usucapición, sino de prescripción extintiva: prescripción de las acciones de impugnación que

puedan corresponder a terceros para alegar la existencia de vicios capaces de anular la adquisición. Transcurridos los tres años, el titular registral queda inmunizado del ejercicio de tales acciones. En mi opinión, no habría inconveniente en acoger esta última interpretación siempre que se admita que el artículo 14 no atribuye la propiedad, sino que consolida la propiedad extraregistrarmente adquirida, eliminando la situación de incertidumbre que amenaza la marca registrada en ese lapso de tres años y transformando la presunción "iuris tantum" de propiedad en presunción "iuris et de iure". En todo caso, el interés indudable de esta sentencia estriba en reiterar una doctrina jurisprudencial —expuesta básicamente en las sentencias de 8-5-1956, 25-2-41 y 26-9-1963—, que, frente a la tesis rígida del principio de inscripción registral como fuente exclusiva del nacimiento del derecho sobre el signo, preconiza para nuestro derecho, a través del principio de convalidación, un sistema mixto en el que se combinan, armónicamente, ambos principios de prioridad de uso y de inscripción. Con este último, la posición jurídico-dominical se hace definitiva —"consolidada"— (sometida al régimen que el derecho de marcas establece para su conservación) y la protección del titular más amplia, al poder ejercitar las facultades que enumera el artículo 123 del E. P. I.

2. RECURSO DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.672, 7.º LEC.: *La posibilidad de impugnar la apreciación probatoria hecha por el Tribunal de instancia requiere la concurrencia de los requisitos que del artículo 1.692, 7.º LEC se infieren, como son —cuando se trate de un simple error de hecho— las circunstancias extrínsecas, el carácter auténtico del documento esgrimido, legitimidad en el actor y observancia de los ritualismos de forma y las relativas a su contenido; que éste contradiga por sí mismo, sin recurrir a argumentaciones más allá de la simple comparación entre lo acreditado por el recurrente y lo establecido por el Tribunal sentenciador y evidencie la equivocación padecida por éste, y, por otra parte, que exista la debida concordancia entre los hechos que el recurrente trate de acreditar y aquellos que sirvieron de premisa al fallo recaído, afirmando lo que el Tribunal negó o negando lo que aquél estimó probado, pues si esa concordancia falta y los hechos que el recurrente aduce y prueba son otros distintos de aquellos que constituyen el elemento fáctico en que el juzgador se apoya para aplicar los preceptos legales determinantes de la resolución dictada o existiera una antítesis entre el criterio del Tribunal y el del recurrente, sin posibilidad de que éste prospere más que en caso de que aquél se muestre como notoriamente parcial o improcedente o el problema fáctico se transformara en jurídico, desbordando el cauce del núm. 7.º y requiriendo el empleo de otro cualquiera de los caminos que para acusar la infracción de ley se fijan en los demás números o párrafos del fundamental artículo mencionado.*

ARTÍCULO 1.720, 1.º LEC: INTERPRETACIÓN: *Este artículo obliga a expresar con claridad y precisión cuál sea la ley o doctrina legal infringida y el concepto en que lo haya sido, exigencia que, incumplida, acarrea la inadmisión o desestimación en su caso del motivo correspondiente. La "ratio" del precepto está en que la naturaleza extraordinaria del recurso obliga a acotar por iniciativa de la parte que lo interpone el contenido del mismo, fuera del cual la actividad jurisdiccional no puede ejercitarse sin incurrir en incongruencia o ampliación indebida de facultades.*

ARTÍCULO 1.091 CÓDIGO CIVIL: *Los postulados del contrato fuerzan, en caso de obligaciones bilaterales y de tracto sucesivo, a quien se aprovechó de las estipulaciones pactadas a su favor, a asumir y hacer frente en su momento oportuno a las contraprestaciones correspondientes y recíprocas, cumpliendo así la finalidad conmutativa, si esa es la propia del contrato, o atendiendo al evento en que descansa su carácter aleatorio.*

SEGURO MARÍTIMO: ARTÍCULO 769 DEL C. DE COMERCIO: *Cualquiera que sea su interpretación, no puede conducir al resultado de exigir que lo dispuesto en el mismo sea rigurosamente aplicable al caso del buque naufragado —sobre todo por lo que a los números 1.º y 2.º se refiere— cuando éste sea un remolcador, con la función específica asignada al mismo, que impone una lógica excepción a lo allí reglamentado con carácter general. [S. 27 de abril de 1967; desestimatoria.]*

3. CASACIÓN: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *La pretensión por el recurrente de que su apreciación probatoria prevalezca sobre la de la Sala sentenciadora sin demostrar que ésta es errónea abre una vía distinta a la que para la apreciación de las pruebas establece el artículo 1.692, 7.º LEC, por lo que incide en causa de inadmisión, que en trámite decisorio se convierte en causa de desestimación. [S. 29 de abril de 1967; desestimatoria.]*

### III. Colaboración de Gabriel GARCIA CANTERO

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: *Es reivindicatoria la acción por la que se solicita la condena a restituir, a la parte actora y a sus condóminos, la posesión del terreno, si fueren y en cuanto sean poseedores del mismo.*

ACCIÓN DECLARATIVA DEL DOMINIO: IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA: *La acción declarativa de dominio exige justificar la identidad del terreno; la identificación de la finca es una cuestión de hecho; corresponde la carga de la prueba a la parte que afirma la identidad. [S. 21 de junio de 1967; no ha lugar.]*

2. TERCERÍA DE DOMINIO: FALTA DE TÍTULO EN EL DEMANDADO: *La entrega de cierta suma en la persona del Gobernador civil, hecha en diligencias policiales con motivo de un sumario por malversación, excluida su concepción como cuerpo de delito, efectuada con el fin de paliar, al menos momentáneamente, las consecuencias derivadas del hecho perseguido, no origina a favor del Estado un título de propiedad, por faltar todo negocio jurídico real que confiriese al demandado la propiedad de lo que es objeto de pleito.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Sólo son documentos auténticos aquellos que contienen la demostración irrefutable de un hecho absolutamente contrario a las afirmaciones del juzgador; no lo son las propias declaraciones sumariales. [S. 25 de abril de 1967; no ha lugar.]*

Se acusa la imprecisión de la frase "negocio jurídico real", utilizada por el T. S., y que debe entenderse en el sentido de negocio verdadero que justifique la entrega del dinero.

3. "USUCAPIO CONTRA TABULAS: *La usucapio contra tabulas exige como requisito imprescindible una usucapación ordinaria consumada antes de la adquisición del predio por los terceros.*

REQUISITOS CIVILES DE LA USUCAPIÓN: CARÁCTER PREVIO DE ÉSTA: *En la usucapación consumada contra tabulas, esgrimida frente a titulares que tienen la consideración de terceros, se rige por la legislación civil lo concerniente a los requisitos intrínsecos de la prescripción adquisitiva por ser materia propia de la competencia del Derecho civil puro y ajena a la del Derecho Hipotecario; en un orden lógico, la comprobación de la existencia de tales requisitos es previa a la de los establecidos en el artículo 36, párr. 1.º de la L. H. [S. 27 de mayo de 1967; no ha lugar.]*

4. LITIS EXPENSAS: DIFERENCIAS CON ALIMENTOS: *En el concepto de alimentos no quedan comprendidos los gastos de pleitos que la mujer sostenga con su marido, según doctrina legal que ha sido confirmada por la nueva redacción dada al artículo 68, núms. 5.º y 6.º del C. c. y 1.890 L. E. C.*

INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *Según reiterada jurisprudencia, el hecho de que en la tramitación de un juicio no se siga el procedimiento marcado por las leyes procesales en razón a la cuantía, en nada afecta a la jurisdicción con que se actúa, ni puede servir de fundamento al recurso de casación con base en el núm. 6.º del artículo 1.692 L. E. C. [S. 10 de octubre de 1967; no ha lugar.]*

No parece que la declaración de principio sobre las diferencias entre las *litis expensas* y los alimentos haya que entenderla en sentido absoluto de una diferencia de naturaleza. Como dice LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía* (Barcelona, 1963), p. 173, el fundamento de las *litis expensas* es el mismo que el de los alimentos, siendo éstas, en realidad, aun con caracteres especiales, una parte de aquéllos. Lo cual no obsta —añade el propio autor— a que no se confundan, y, según reiterada jurisprudencia, a que sean compatibles ambas asignaciones.

5. PARTICIÓN: LESIÓN EN MÁS DE LA CUARTA PARTE: *Ha lugar a rescindir la partición realizada en acto de conciliación cuando existe lesión en más de la cuarta parte. [S. 19 de diciembre de 1967; ha lugar.]*

Aunque la doctrina no suele prestarle mucha atención, no cabe duda que la partición hecha en acto de conciliación es forma válida de realizarla, y que sigue siendo partición voluntaria o negocial, sin que pueda calificarse de partición judicial, aunque se haga a presencia y con la intervención de un órgano judicial.

6. COMPETENCIA: ALCANCE SUMISIÓN EXPRESA: *La sumisión expresa no puede extenderse a casos distintos y cosas diferentes de aquellas sobre las que las*

*partes exteriorizaron su voluntad; la cláusula de sumisión relativa a las mercancías insertas en unos albaranes no puede afectar a la competencia territorial de un pleito en que tales mercancías no son objeto directo ni indirecto.*

**LUGAR DE CUMPLIMIENTO: DETERMINACIÓN POR EMISIÓN DE LETRAS DE CAMBIO:** *Fuera de los casos de sumisión expresa, en los juicios en que se ejerciten acciones personales es Juez competente por razón del territorio el del lugar en que debe cumplirse la obligación, debiendo cumplirse la obligación de pago del precio, sea la compraventa civil o mercantil, en el lugar fijado en el contrato; la emisión de letras de cambio, en caso de convenio expreso de las partes, no constituye mera facilidad de pago, sino la forma de ejecutar la cláusula contractual sobre determinación del lugar de cumplimiento del precio, según reiterada jurisprudencia. [S. 6 de octubre de 1967; competencia.]*

**7. SEGURO DE CRÉDITO: LITISCONSORCIO ACTIVO NECESARIO:** *La acción por incumplimiento de un contrato de seguro de crédito debe ejercitarse conjuntamente por el asegurado y el cesionario contra la Compañía aseguradora, por existir un litisconsorcio activo necesario.*

**RECURSO DE CASACIÓN:** *No se da contra los considerandos que no sean base indispensable del fallo. [S. 10 de octubre de 1967; no ha lugar.]*

**8. JUICIO EJECUTIVO: ÁMBITO DEL JUICIO ORDINARIO:** *Según jurisprudencia de la Sala 1.ª, para evitar la duplicidad de resoluciones judiciales, el ámbito del juicio ordinario que se reserva a las partes después del juicio ejecutivo está limitado a las cuestiones de fondo relacionadas con el contrato causal, pero sin que puedan reproducirse en él las excepciones que pudieron alegarse y resolverse definitivamente en el primero.*

**EXCEPCIÓN DE FALTA DE PROVISIÓN DE FONDOS:** *La doctrina jurisprudencial permite que la excepción de falta de provisión de fondos sea alegada en el juicio ejecutivo en el caso de que la relación jurídico-procesal tenga lugar entre el librador y el aceptante; relación procesal directa que se presenta cuando la letra, sin haber sido endosada, ha sido reembolsada por el librador al tenedor.*

**COSA JUZGADA:** *Es de estimar la excepción de cosa juzgada en el juicio ordinario cuando en sentencia dictada en apelación en el juicio ejecutivo se declaró hecha la provisión de fondos. [S. 5 de mayo de 1967; ha lugar.]*

**9. DEFECTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:** *Si se achaca a la sentencia impugnada el no haber resuelto todos los problemas planteados en el proceso, el cauce adecuado hubiera sido el núm. 3.º del artículo 1.692 L. E. C.; no pueden acumularse los conceptos de violación por inaplicación y de interpretación errónea; el artículo 659 C. c. no puede sustentar en casación un recurso por error de derecho en la valoración de la prueba. [S. 9 de noviembre de 1967; no ha lugar.]*

#### IV. Colaboración de Rafael GARCIA VILLAVERDE

1. DIFERENCIA ENTRE LAS OBLIGACIONES SUJETAS A CONDICIÓN Y A PLAZO: *Estas dos especies de obligaciones, en razón a su exigibilidad, aparte la nota común negativa de no ser puras, ofrecen poca semejanza, por ser muy distinta la causa de la incertidumbre en que se basan, ya que en las condicionales alcanza a la propia existencia de la obligación, determinando, según su índole "suspensiva" o "resolutoria", el nacimiento o la extinción del propio nexo obligacional, y en las a término la incertidumbre se limita al accidente modal del tiempo, sin incidir en la propia sustancia de la obligación.*

FIJACIÓN DEL PLAZO DE EXIGIBILIDAD: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.128 C. C.:

*El artículo 1.128 C. C. regula el plazo "tácito" o "implicito", o sea, el que sin haberse señalado expresamente en la obligación, surge de su propia naturaleza y circunstancias, pero ello no supone que el Tribunal haya de señalarlo de oficio, sino a petición, al menos, de una de las partes, a cuyo cargo correrá la demostración de que se dan aquellas circunstancias o que lo convenido tiene tal naturaleza que, razonablemente, exija la concesión del plazo en la prudente medida que el Tribunal en su vista acuerde.*

*Por otro lado, el mencionado artículo, al aludir a la "naturaleza y circunstancias" de la obligación, envuelve —si ésta tiene su origen en la voluntad de las partes y no existe conformidad entre ellas sobre el alcance de lo convenido— una previa cuestión de interpretación contractual.*

CLÁUSULA "SIN LIMITACIÓN DE TIEMPO EN LA DEMANDA": *Por ser ésta equivalente a la voluntad de no someter al arrendatario de la obra a unos pedidos de cantidad fija y formulación periódica, sino móviles, conforme a las exigencias de una fabricación previsible como corriente o normal, aunque experimentase pasajeras fluctuaciones, no podría nunca interpretarse en el sentido de haberse otorgado una autorización para suspender los pedidos por tan largo lapso de tiempo como en el que lo fueron y cuando sólo se habían suministrado escasas unidades de las piezas a construir, en relación con el total de las pactadas, ya que ello supondría un apartamiento unilateral del contrato y una imposibilidad de que el arrendador se reintegrara del desembolso hecho para la construcción de los moldes o troqueles, incidiéndose, en definitiva, en una práctica ineficacia del contrato, por el simple y voluntario desestimiento de una de las partes, con daño de la otra, de tal manera que con esta actitud pasiva se llega a incurrir en un claro incumplimiento del contrato. [S. 10 de junio de 1967; desestimatoria.]*

2. SOCIEDAD ANÓNIMA: SEPARACIÓN DE ADMINISTRADORES POR LA JUNTA GENERAL: *El artículo 75 de la L. S. A. debe ser interpretado en el sentido de que la separación de los administradores no precisa de más requisitos que el acuerdo de Junta general que así lo disponga.*

*Esta nota de revocabilidad de los administradores abarca, incluso, a los que son designados en el acto constitutivo, respecto a los cuales la propia Ley especial, al regular la duración de sus cargos, tiene buen cuidado de limi-*

larla a un plazo de cinco años —aunque permite su reelección indefinidamente—, con lo cual viene a significar que tampoco quedan sustraídas a la norma general de revocabilidad. [S. 23 de febrero de 1967; desestimatoria.]

NOTA: El problema fundamental planteado ante el T. S. consistía en determinar si, como afirmó la sentencia recurrida, el artículo 75 L. S. A. concede un tan amplio arbitrio a la Junta general para acordar la separación de un consejero que no es precisa ni exige condición o requisito que motive el acuerdo o, por el contrario, y como sostiene el recurrente, no puede realizarse sin justificación, al libre arbitrio de dicha Junta, sino que ha de basarse en una causa que legitime y legalice el ejercicio de ese derecho. La sentencia se mantiene en una línea que es común en la doctrina española. (Vid. entre otros y por todos, GARRIGUES, en GARRIGUES-URÍA, "Comentario a la Ley de S. A.". T. II. Madrid, 1953, págs. 80 y ss.; GIRÓN TENA, "Derecho de Sociedades Anónimas (Según la Ley de 17 de julio de 1951)". Valladolid, 1952, pág. 354; URÍA, "Derecho Mercantil". Madrid, 1968, pág. 256.)

3. COMPRAVENTA MERCANTIL: ENTREGA PARCIAL Y CONSUMACIÓN DEL CONTRATO: ACCIONES RESCISORIA Y DE REEMBOLSO: *Cualquiera que haya sido el acierto con que procediera el Tribunal "a quo" al aplicar el supuesto fíctico el artículo 329 del C. Com., en cuanto que el demandante recurrido no ejercitó la acción rescisoria del contrato, regulada en dicho precepto, y si la de reembolso, encamada a recuperar la diferencia existente entre la suma entregada a cuenta del montante total de la operación y el valor de la mercancía realmente retirada en el momento en que la sociedad vendedora se negó a seguir retirando el resto, es evidente que, aceptada por el comprador la entrega parcial, quedó consumada la venta en cuanto a la parte recibida (art. 330 C. Com.) y la Sala de instancia procedió correctamente al acoger la pretensión del exceso satisfecho por el comprador demandante.* [S. 21 de diciembre de 1966; desestimatoria.]

## V. Colaboración de Antonio IPIENS LLORCA

1. RETRACTO DE COLINDANTES: CALIFICACIÓN DE RÚSTICA: *En la finca no se dan los requisitos que señala el artículo 2-3.º del Reglamento de 29 de abril de 1959 y, por otro lado, no cabe aplicar excepciones comprendidas en una disposición legal reguladora de contratos de arrendamientos, a relaciones jurídicas de naturaleza meramente civil, sin vinculación alguna con la materia arrendaticia.*

CANTIDAD CONSIGNADA: Según el 1.618-2.º, debe consignarse el precio de la transmisión que fuere conocido por el retrayente en el momento de ejercitar su derecho, y no en otro posterior de las actuaciones judiciales, por ser en aquel instante cuando entra en juego para el actor el principio de la perpetuatio jurisdictionis. [S. 29 de noviembre de 1966; no ha lugar.]

2. RETRACTO DE COMUNEROS: ADJUDICACIÓN DE FINCA EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL. SUMARIO: CÓMPUTO DE PLAZO: *Se cuenta el plazo para el ejercicio del derecho*

de retracto que señala el artículo 1.524 del Código civil desde la fecha del Auto judicial aprobatorio de la adjudicación.

**CONSUMACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN:** *El Auto aprobatorio de la adjudicación sustituye a la escritura pública en el procedimiento especial del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y al no ser necesaria ésta, se consume la entrega con aquel Auto.* [S. 30 de junio de 1967; no ha lugar.]

**3. RETRACTO ARRENDATICIO: FACULTADES DEL MANDATARIO DE LOS PROPIETARIOS: CONDICIÓN DE ARRENDATARIO:** *Procede el retracto dada la condición de arrendatario del demandante, puesto que el contrato de arrendamiento estipulado tenía perfecta validez, dadas las facultades de gestión que correspondían al mandatario por parte de los dueños de la finca desde su conservación, pago de contribuciones, hasta darla en arrendamiento.*

*La prueba de las facultades del mandatario es una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde a los Tribunales de instancia.* [S. 30 de diciembre de 1966; no ha lugar.]

**4. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ABUSO DE DERECHO:** *Aparece reconocido en el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos como motivo de desestimación de las pretensiones de las partes. Para ello ha de concurrir toda clase de móviles ilegítimos en la conducta del titular del derecho por consistir en ejercitarlo sin verdadero interés o de un modo anormal o no adecuado a su espíritu y finalidad.* [S. 13 de febrero de 1967; no ha lugar.]

*(Se trataba del ejercicio del derecho de retracto por quien permaneció inactivo y sin desarrollar actividad procesal alguna durante casi ocho años, y además durante dos años y medio no instó la ejecución de la Sentencia por la que se declaraba la parte de precio que correspondía al piso que ocupaba en concepto de arrendatario, y que fue vendido juntamente con otro como una sola finca.)*

## VI. Colaboración de José PERE RALUY

**1. TEMPORALIDAD DEL CONTRATO DE ARRIENDO: CLÁUSULA DE PRÓRROGA INDEFINIDA EN ARRIENDO DE DERECHO COMÚN:** *El contrato de arrendamiento es esencialmente temporal y no puede nunca considerarse perpetuo, pues, en tal caso, adquiriría la figura jurídica del censo o configuración distinta de la locativa. Es inadmisibles en el Derecho arrendaticio común el acto por el que se establece la prórroga del contrato por tiempo indefinido a voluntad del arrendatario, ya que ello supondría dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, sin que quepa estimar que se opone a este criterio el principio de autonomía de la voluntad en materia contractual.*

**DESAHUCIO: COMPLEJIDAD:** *La cuestión de si ha expirado o no el plazo contractual es materia genuinamente propia del desahucio que no ofrece complejidad. La complejidad tiene que surgir natural y lógicamente del propio contrato en relación con la cuestión debatida.* [S. 11 de enero de 1968; no ha lugar.]

2. **ABUSO DE DERECHO:** *No actúa con abuso de derecho el que, para reparar un acto ilegal con quebrantamiento de un vínculo obligacional, acude ante los Tribunales para restablecer una situación jurídica adaptándola al orden legal que la regula.*

**INJUSTICIA NOTORIA: CAUCE LEGAL PARA EL DEBATE DE CUESTIONES SOBRE SIMULACIÓN:** *Si bien toda declaración de simulación ha de descansar en supuestos de hecho, la conclusión o declaración de simulación a efectos legales envuelve cuestión de derecho, por lo que debe rechazarse un recurso formulado por error de hecho en el que se alegó un vicio de simulación absoluta. [S. 8 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

3. **ESTADO ARRENDATARIO: CALIFICACIÓN DE LOS ARRIENDOS:** *Tras la reforma de la LAU realizada en 1964, cabe distinguir los siguientes tipos de locales de los que es arrendatario el Estado: a) Locales destinados al ejercicio de actividades económicas principales —creación de riqueza, distribución o cambio de servicios— o de las accesorias de aquéllas —depósitos y almacenes—, que se rigen por las normas del arriendo de local de negocio, y b) Locales destinados a otros fines, que se rigen por las normas del inquilinato. Dentro de esta segunda categoría hay que distinguir las viviendas por naturaleza —destinadas a hogar familiar de los individuos al servicio del Estado— y las viviendas destinadas a otros fines, como las oficinas.*

**REVALORIZACIÓN DE RENTAS:** *La vigente LAU distingue respecto a los contratos en que es arrendatario el Estado: a) El grupo de los formados por todas las viviendas suntuarias, por las viviendas "stricto sensu" no suntuarias y los locales de negocio, y b) El formado por los restantes arriendos, es decir, los de viviendas no suntuarias ni destinadas a casa habitación. El primer grupo está sometido a las reglas generales de revalorización aplicables al respectivo tipo de arriendo, y el segundo grupo está sometido a un régimen especial de revalorización.*

**INCREMENTOS DE RENTA: NEGATIVA AL PAGO DE INCREMENTOS: ACCIONES EJERCITABLES:** *No cabe ejercitar simultáneamente la acción de resolución de renta y la de reclamación de incrementos, en los supuestos en que el arrendatario se niegue al pago de los mismos por considerarlos improcedentes.*

**COSTAS:** *Si ejercitadas simultáneamente la acción resolutoria y la de reclamación de incrementos, sólo se da lugar a la segunda, desestimándose implícitamente la primera, es improcedente imponer a la parte demandada las costas de la primera instancia. [S. 22 de mayo de 1967; ha lugar.]*

4. **LOCAL ARRENDADO PARA ESTAFETA POSTAL Y TELEGRÁFICA Y CAJA POSTAL DE AHORROS: CALIFICACIÓN:** *El local arrendado para estafeta de Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros no tiene la consideración de local de negocio de los regulados en el artículo 5 de la LAU (locales del Estado destinados al ejercicio de actividades económicas). [S. 13 de diciembre de 1967; no ha lugar.]*

NOTA: En rigor, la sentencia del Tribunal Supremo más que sentar tal doctrina por cuenta propia, viene a admitirla implícitamente al reproducir la doctrina del órgano "a quo" y rechazar el recurso interpuesto con base en la supuesta infracción del artículo 5.º. El órgano "a quo" basó su tesis en el hecho de que Correos y Telégrafos son órganos estatales al servicio nacional, atendidos por funcionarios públicos con material a cargo del presupuesto del Estado, sin que las cantidades abonadas por los usuarios lo sean como precio remunerador del servicio, sino como tasa para el sostenimiento del mismo, faltando la idea de lucro, y respecto de la Caja de Ahorros, su finalidad es fomentar el ahorro en aras del interés general, sin que realice negociaciones propias de los establecimientos bancarios de carácter mercantil.

5. REDUCCIÓN DE LA RENTA ARRENDATICIA A LA BASE FISCAL: FALTA DE DECLARACIÓN INDIVIDUALIZADA: *La doctrina de la Sala I viene distinguiendo dos situaciones perfectamente definidas: a) La que se origina cuando, habiéndose declarado por el propietario como renta de un piso o local una cantidad global para el mismo, parte del cual es ocupado por el arrendatario, pretende éste que se establezca o fije por los Tribunales la cuota que a la parte por él arrendada corresponde dentro de aquella declaración total, y b) La que se produce cuando en el mismo caso la petición del arrendatario se limita a aceptar como renta de la porción del local que ocupa, la declarada por la propiedad para todo él. En el primer caso la Sala I ha sentado el criterio de rechazar la acción en tal sentido ejercitada, pero, en cambio, en el segundo caso entiende que debe aceptarse como renta la señalada por el propietario para todo el local. [S. 7 de octubre de 1967; no ha lugar]*

6. TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO ARRENDATICIO DE LOCAL DE NEGOCIO: COMUNIDAD HEREDITARIA: *Hasta tanto no exista una declaración de voluntad del causante o una judicial en defecto de la anterior, con la consiguiente adjudicación de la propiedad del negocio instalado en el local arrendado, los que sean herederos de dicho negocio quedarán en comunidad proindiviso en el disfrute del derecho de arrendamiento.*

PARENTESCO: AFINIDAD: *Es arbitraria y gratuita la afirmación de que un yerno no tiene parentesco con su suegra, ya que ello supone ignorar el parentesco de afinidad reconocido, entre otros, por el artículo 84 del C. c.*

RESOLUCIÓN PARCIAL: INDIVISIBILIDAD DEL ARRIENDO: *No es viable la rescisión parcial de un contrato de arriendo, ya que procederá o no la resolución del contrato, pero lo que no puede imponerse es la novación objetiva por cambio de los elementos reales sin el consentimiento de ambas partes. [S. 7 de octubre de 1967; no ha lugar.]*

7. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: LEGATARIO DE COSA ESPECÍFICA: *Respecto al problema de si el legatario de cosa específica puede subrogarse en la persona del arrendatario fallecido hay que pronunciarse como ya lo hizo la S. de 2 de junio de 1965 en sentido negativo, ya que no puede admitirse que el legatario de cosa cierta y determinada deba ser considerado como heredero y el artículo 60 de la LAU que confiere el derecho sucesorio sólo*

*al heredero y en defecto de éste, o de su deseo de sustituirle, al socio, debe interpretarse restrictivamente.* [S. 7 de diciembre de 1967; ha lugar.]

NOTA: Dista mucho de resultar convincente la tesis de esta sentencia —contraria a la mantenida por los dos órganos de instancia—; el argumento gramatical en que se basa parece muy débil frente a las evidentes razones finalistas que abonan la posición contraria. La sentencia del T. S. dice que la doctrina en ella mantenida no se halla en desacuerdo con la del propio Tribunal de 7 octubre 1963 por referirse a un supuesto no idéntico al enjuiciado en la que es objeto de la presente nota; en rigor, es cierto que los supuestos no son idénticos, pero no lo es menos que la analogía entre los mismos es grande.

8. RESOLUCIÓN POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN EL LOCAL: *El hecho de que la viuda de un empleado de la empresa arrendataria continuara habitando en unos altillos del local de negocio arrendado a dicha empresa, tras el fallecimiento del referido empleado —que lo había ocupado por razón de dependencia laboral respecto a la parte arrendataria—, justificándose la ocupación por la viuda del local en una liberalidad o condescendencia de la entidad arrendataria, es causa de resolución del arriendo.* [S. 7 de octubre de 1967; ha lugar.]

NOTA: Las dos sentencias de instancia habían desestimado la acción resolutoria. Por lo demás, parece que huelga todo comentario, pues la doctrina expuesta se comenta por sí sola.

9. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: AUTORIZACIÓN POR MANDATARIO CON PODER GENERAL PARA ADMINISTRAR: *La autorización de subarriendo no puede considerarse como acto de riguroso dominio, sino como consecuencia natural de la administración de la finca, puesto que no altera su integridad y va dirigido a su mantenimiento.*

INTERPRETACIÓN: IMPUGNACIÓN EN INJUSTICIA NOTORIA: *Si se ataca la interpretación del órgano "a quo", sin citar los artículos del C. c. sobre interpretación, el recurso debe ser desestimado.* [S. 29 de septiembre de 1967; no ha lugar.]

10. TRASPASO: DEL DERECHO ARRENDATICIO: *El traspaso requiere la desvinculación del arrendatario para ser sustituido por el cesionario en todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato.*

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR ONEROSIDAD DE LAS CLÁUSULAS PACTADAS POR EL USUFRUCTUARIO: *Aunque al usufructuario que pactó el arrendamiento le suceda —en la titularidad de arrendador— no el nudo propietario, sino otro usufructuario, por sustitución fideicomisaria dispuesta por el testador, es aplicable la causa resolutoria basada en haberse pactado condiciones gravosas para la propiedad.*

INJUSTICIA NOTORIA: CITA DE PRECEPTO INFRINGIDO: *No puede prosperar el recurso que impugna la interpretación de cláusula contractual realizada por la*

*sentencia recurrida, sin indicar la norma que regula la interpretación en el Código civil, que se considera vulnerada.* [S. 16 de diciembre de 1967; ha lugar.]

NOTA: Se basa la doctrina resumida en el segundo de los precedentes párrafos en el argumento gramatical de que la LAU habla de usufructuario anterior, lo que supone implícitamente admitir la posibilidad de dos usufructos sucesivos, y además, en la circunstancia de que aunque la Ley hable de titular dominical, no es éste —en su calidad de tal— el que está legitimado para pedir la resolución del contrato de arriendo, sino el poseedor real, tal poseedor en el caso de finca en régimen de usufructo es el usufructuario. En el caso enjuiciado por la sentencia objeto de la presente nota se consideró condiciones onerosas para la propiedad el pacto por el que se transfirió al arrendatario, sin limitación de tiempo, facultades de disposición propias del dominio, como eran: la de alterar la forma y sustancia del objeto arrendado, incluso vaciándolo de su contenido sin otra limitación que la de respetar las paredes medianeras, y la de otorgar subarriendos sucesivos indefinidamente.

11. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR RUINA: AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE DEMOLICIÓN: *La Jurisdicción ordinaria no está facultada para revisar la decisión de la Autoridad administrativa que adoptó el acuerdo de demolición.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *No cabe fundamentar un recurso en el quebrantamiento de las normas sobre valoración de prueba haciéndolo por el cauce de la causa 4.ª —error en la apreciación de la prueba—. [S. 27 de septiembre de 1967; no ha lugar.]*

NOTA: Se combatió la autorización administrativa de demolición alegando que la misma se había obtenido a solicitud de quien no era propietario.

12. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR RUINA: INICIACIÓN DE LA ACCIÓN POR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVIO: LITIS PENDENCIA: *La acción resolutoria por ruina está condicionada por el requisito previo de la declaración firme administrativa que constituye su presupuesto inexcusable y, por tanto, al iniciarse el expediente administrativo se pone en ejercicio la acción resolutoria dentro del ámbito de la LAU, pudiendo decirse que se trata de una etapa del mismo proceso. Procede estimar la excepción de litis pendencia en el proceso en que se ejercita una acción encaminada a neutralizar la resolución por ruina que la parte adversa ha iniciado anteriormente mediante el expediente previo administrativo por ruina.* [S. 13 de abril de 1967; ha lugar.]

NOTA: La acción deducida por el arrendatario se encaminaba a obtener una declaración de que la finca no se hallaba en estado de ruina y la condena del arrendador a realizar obras de reparación. Debe notarse que en la sentencia del Tribunal Supremo se acepta la excepción de litis pendencia sin entrar a conocer de la acción ni de la reconvencción y se dispone que cada parte pague las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, sin distinguir entre las correspondientes a la acción y a la reconvencción.

13. RESOLUCIÓN POR PÉRDIDA DE LA COSA ARRENDADA: CONCEPTO DE SINIESTRO.: *Debe entenderse, con arreglo a la jurisprudencia, que en el concepto de siniestro procede incluir no sólo las destrucciones que obedecen a algún acon-*

*tecimiento catastrófico y de producción instantánea, como incendio, terremoto, acciones bélicas, etc., sino también aquellas averías, deterioros o pérdidas importantes que se produzcan en un inmueble, sea cualquiera la causa que les dé origen: acción del tiempo, mala calidad de los materiales, negligencia, etc. [S. 8 de mayo de 1967; ha lugar.]*

14. PROCESO APLICABLE: DERECHO PROCESAL COMÚN: ACCIÓN DE SIMULACIÓN: *La nulidad por simulación de una donación y, como consecuencia, de la denegación de prórroga, no es materia propia de la LAU y debe ventilarse por el trámite de la ordenación procesal común.*

INCONGRUENCIA: *Es incongruente la sentencia que declara que el demandado no podrá denegar la prórroga del contrato de arrendamiento si lo pedido fue que se declarase la nulidad de la donación y, como consecuencia, de la denegación de prórroga respecto al local objeto de aquélla. [S. 20 de noviembre de 1967; ha lugar.]*

15. PROCEDIMIENTO INADECUADO: APRECIACIÓN DE OFICIO POR EL TRIBUNAL SUPREMO: *La cuestión referente a la existencia o no del contrato de arrendamiento ha de ventilarse conforme a las normas procesales comunes en el ámbito del juicio declarativo que corresponda y no por los trámites establecidos en la LAU, por lo que procede declarar inadecuado el procedimiento seguido sin que obste a ello que el tema de la inadecuación no haya sido planteado por las partes en ninguna de las dos instancias ni tratado en la sentencia recurrida ni suscitado en el recurso de injusticia notoria. [S. 20 de diciembre de 1967; ha lugar.]*

NOTA: La sentencia impone las costas de la primera instancia al actor considerando el supuesto enjuiciado, como de vencimiento, a efectos del artículo 149 LAU.

16. INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS DE FORMALIZACIÓN DEL RECURSO: *La causa 4.ª de injusticia notoria sólo ampara el manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba, no cabiendo invocar, con base en tal causa, la infracción de una norma material de la LAU.*

CUESTIONES NUEVAS: *No cabe proponerlas con éxito en el recurso de injusticia notoria. [S. 14 de octubre de 1967; no ha lugar.]*

17. INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS EN LA FORMALIZACIÓN DEL RECURSO: *Es desestimable el recurso en que se alega error en la apreciación de la prueba, sin decir en qué consiste el error ni señalar con precisión el documento o pericia que contradiga por sí, prescindiendo de razonamientos y deducciones, lo afirmado por la Audiencia. También constituye defecto de formalización: la alegación de interpretación errónea de contrato sin citar como infringido algún precepto del Código civil y la alegación de infracción de jurisprudencia sin decir en qué concepto se reputa cometida la infracción.*

**ERROR DE HECHO:** *La cuestión de si las obras de reparación ejecutadas por orden de la Autoridad competente son o no las debidas, es cuestión de hecho que debe plantearse al amparo de la causa 4.ª de las de injusticia notoria. [S. 3 de mayo de 1967; no ha lugar.]*

18. **INJUSTICIA NOTORIA: EXIGENCIA DE CLARIDAD Y PRECISIÓN:** *Adolece de falta de claridad y precisión y es por ello desestimable el recurso en el que en un solo motivo se alega error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, denunciando la violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los preceptos legales. [S. 13 de mayo de 1967; no ha lugar.]*

19. **INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN DE ERROR DE HECHO:** *La impugnación del error de hecho al amparo de la causa 4.ª de injusticia notoria exige que el error sea claro y manifiesto; es decir, que su resultancia no requiera interpretación alguna de documentos para descubrir su significación real. [S. 14 de abril de 1967; no ha lugar.]*

20. **JUICIO DE DESHAUCIO: COSA JUZGADA: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO DE ARRIENDO:** *Si bien en principio el juicio de desahucio, por su carácter sumario, no permite que en él se discutan y declaren derechos más o menos controvertibles, no es menos cierto que en él se pueden debatir aquellas cuestiones que, relacionadas con el derecho del arrendador para desalojar la finca o del arrendatario para oponerse al desahucio, están tan íntimamente unidas con el arrendamiento de que se trata, que constituyen supuesto de la resolución a que pueda haber lugar. Habiendo sido discutida y resuelta en juicio de desahucio anterior la cuestión referente a si el arrendamiento está incluido o excluido del ámbito de aplicación de la LAU, no cabe, sin contrariar la cosa juzgada, volver de nuevo a discutir la misma cuestión en ulterior juicio ordinario. [S. 26 de junio de 1967; ha lugar.]*

## VII. Colaboración de Manuel TRENZADO RUIZ

1. **OBRA:** **AUTORIZACIÓN:** *Todas las obras realizadas están comprendidas en las autorizaciones, pues contruir una nave no es colocarla o adosarla a una pared; contruir tiene que comprender su empotramiento en el local, que es lo que hizo el arrendatario formando la hornacina donde la empotró, y en cuanto a la conversión de la ventana de la galería en puerta de acceso a la cocina, no puede menos de estimarse incluido en la permisión de cambio de tabiques y cerrado de galerías, que sólo estaba limitado a que no se produjera variación en el plano del edificio ni causaran perjuicio, y autorizada la división y dividida la galería, se puede comunicar con la cocina la parte que limitaba con ella, pues sería absurdo poderla dividir y dejar sin comunicación una de sus partes y, por tal, sin uso, por lo que tales obras aunque varíen la configuración del local no pueden determinar la resolución del contrato por estar expresamente autorizadas por la propiedad. [S. 20 de octubre de 1967; ha lugar.]*

2. OBRAS: CONSENTIMIENTO: *Al arrendatario no le es dable por su libre determinación deshacer y reconstruir lo que antes existía, porque, además de salirse de las atribuciones que del contrato por naturaleza se derivan, se afecta a la configuración al desaparecer elementos que, por su colocación, daban aspecto y fisonomía peculiar, a la vez que al reemplazar los materiales de la construcción tal como la recibió, se atenta a la resistencia, sin que exonerar ni libere de responsabilidad la reposición a su estado y forma anterior, toda vez que lo que la Ley prohíbe y menciona es la realización de la mutación o cambio.* [S. 21 de octubre de 1967; ha lugar.]

3. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALIDADES: *Las probanzas que se citan para acreditar el supuesto error de hecho que se denuncia son "la documental obrante en autos, en especial el contrato de arrendamiento", siendo así que no basta aludir de modo genérico a la prueba documental que obre en los autos, sino que es preciso señalar concretamente el documento o documentos demostrativos del error denunciado.* [S. 30 de diciembre de 1967; no ha lugar]

4. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: MOTIVOS: *Se trata de acreditar el manifiesto error en la apreciación de la prueba, sobre la base de la confesión judicial y testifical, medios probatorios éstos que están excluidos por la Ley como justificantes del error de hecho, máxime en el presente caso, en que la afirmación judicial que se combate, la apoya precisamente la sentencia en el contrato de arrendamiento.* [S. 17 de enero de 1968; no ha lugar.]

## II. SENTENCIAS DE SUPLICACION

### 1. Selección de Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid.

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ  
Doctor en Derecho

#### I.—Derecho civil.

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUISITOS: *La notificación de la denegación de la prórroga constituye presupuesto necesario para el ejercicio de la acción, y puesto que al hacer la notificación haciendo uso de la excepción legal es cuando se deniega la prórroga, ha de existir en tal acto la necesidad, sin que nada diga en contra lo declarado en otros supuestos como el del matrimonio en que no es preciso para que exista la necesidad que se haya celebrado, siendo suficiente su proyecto revelado en actos formales.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: INEXISTENCIA: *El hecho que se aduce, como justificativo de la necesidad invocada, de ocupar el accionante en arrendamiento otro piso, no puede, por si solo y sin concurrir convivencia u otra circunstancia impositiva de una situación enojosa y no deseada, estimarse como razón y causa justificativa de necesidad que induzca y tienda a la consecución de un fin lícito y social que ha de compaginarse con la función social de la propiedad y en este aspecto con los intereses del inquilino protegidos por principios de equidad que impone una interpretación restrictiva de las causas determinantes de la necesidad excluyente de lo que pueda representar comodidad o conveniencia de quien la inste. (Sentencia de 1 de abril de 1968; no ha lugar.)*

2. RENTA: AUMENTOS: SERVICIOS DE PORTERÍA: *Como las funciones propias del servicio de portería se producen en utilidad común del inmueble y todos los inquilinos se benefician por igual de dicha utilidad, todos ellos deben contribuir por partes iguales a dichos aumentos, si no se acredita una participación distinta de los inquilinos en la utilización de aquel servicio en cuyo caso tendría que hacerse la repercusión en proporción a la diferente utilización. (Sentencia de 26 de marzo de 1968; ha lugar.)*

3. OBRAS: AUTORIZACIÓN: *Si el marido, pese a conocer que se estaban realizando las obras y a pesar de que su esposa había intervenido en lo relativo a la variación del lugar donde habían de ejecutarse, no protestó ni exteriorizó reclamación alguna contra los actos de su esposa, hay que tener por válido y eficaz el consentimiento o autorización de ésta para legitimar las obras realizadas y excluirlas de la virtud y consecuencias resolutorias que establece la L. A. U. (Sentencia de 29 de marzo de 1968; ha lugar.)*

**II.—Derecho procesal.**

1. **RECURSO DE SUPLICACIÓN: NATURALEZA:** *Cuando el recurso de suplicación se basa en infracción de Ley o doctrina legal no puede llevarse a cabo la revisión de los hechos aceptados como ciertos en la sentencia recurrida, ni siquiera cuando se pretende hacer a través del cauce que suministra el examen de la aplicación de los preceptos legales que informan el uso de las presunciones.* (Sentencia de 2 de abril de 1968; no ha lugar.)

2. **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: NATURALEZA:** *La caducidad viene configurada y se da de pleno derecho por el mero transcurso del tiempo señalado legalmente para el válido ejercicio del derecho impugnatorio, no siendo susceptible de interrupción, operando por misterio de la ley, sin pertenecer al poder dispositivo de las partes, debiendo de aplicarse de oficio por los Tribunales de instancia y teniendo como primordial efecto el de extinguir el derecho a que se aplica.* (Sentencia de 6 de abril de 1968; ha lugar.)

3. **LEGITIMACIÓN PROCESAL:** *Aunque sea apoderado el demandado, y pueda como uno de los copropietarios, por sí ejecutar acciones en beneficio de la comunidad de que forma parte, ello no lleva inherente el que cuando la aludida comunidad figure afectada en procedimiento judicial encaminado a la declaración de derechos a la misma correspondientes, hayan de ser demandados todos sus componentes, ya que de esta manera al no hacerlo lleva implícito la falta de legitimación pasiva que pueden estimar los Tribunales, no sólo cuando se formuló reconvencción, sino incluso de oficio para dar seguridad al principio de veracidad de cosa juzgada y aforismo jurisprudencial de que «nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio».* (Sentencia de 9 de abril de 1968; no ha lugar.)

## 2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona.

A cargo de José PERE RALUY

### I.—Derecho civil.

1. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: SUCESIÓN DE SOBRINO: *Con arreglo a la legislación actual, no cabe la subrogación «mortis causa» de una sobrina en la titularidad arrendaticia de su difunta tía, ya que el texto terminante de la ley, y el hecho de haber variado el criterio de la LAU vigente, respecto a la primitiva, no autoriza tal subrogación.* (Sentencia de 22 de marzo de 1968; no ha lugar.)

2. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: NOTIFICACIONES DE LA ANTIGUA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 8.<sup>a</sup>: *Realizada oportunamente la notificación prevista en la antigua disposición transitoria 8.<sup>a</sup>, existe el derecho a la doble subrogación, cualquiera que fuera el número de subrogaciones operadas bajo la antigua legislación, y ello aunque en la notificación no se hubiera precisado el número de estas últimas y los nombres de toda la serie de titulares.* (Sentencia de 2 de febrero de 1968; no ha lugar.)

3. DURACIÓN DEL CONTRATO DE ARRIENDO: RENUNCIA DEL ARRENDADOR A LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *La cláusula arrendaticia por la que se dispone que el inquilino «habitará la vivienda mientras precise ocuparla», no supone la renuncia por el arrendador a su derecho a denegar la prórroga por la necesidad, implicando dicha cláusula una indeterminación del plazo de duración que ha de concretarse mediante la norma del artículo 1.858 del Código civil.* (Sentencia de 2 de febrero de 1968; ha lugar.)

4. REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA: DESTINATARIO DEL REQUERIMIENTO: *Es válido el requerimiento denegatorio al inquilino fallecido cuya defunción ignoraba el arrendador, y que se llevó a efecto en la persona de la hija del arrendatario (en la sazón inquilina subrogada mortis causa), la que se dio por enterada del requerimiento.* (Sentencia de 9 de febrero de 1968; no ha lugar.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: COMPETENCIA EN EL PROCESO ARRENDATICIO: EJERCICIO DE PROFESIÓN Y PAGO DE CONTRIBUCIÓN: *No infringe la ley el órgano «a quo» que no aprecia la excepción de incompetencia fundada en el ejercicio de una profesión si, aparte no haberse acreditado debidamente tal ejercicio, el pago de contribución correspondiente a la misma data de fecha poco anterior a la iniciación al juicio haciendo presumir que se realizó para burlar el orden legal de selección.* (Sentencia de 16 de febrero de 1968; no ha lugar.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SUPUESTOS DE NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Las presunciones de necesidad establecidas en la LAU no agotan los supuestos en que la necesidad puede ser apreciada: No hay norma alguna que obligue al propietario a convivir con su familia aunque ésta sea la constituida por su hijo, por lo que en tales supuestos se da situación de necesidad.* (Sentencia de 19 de febrero de 1968; no ha lugar.)

7. NECESIDAD: CAMBIO DE RESIDENCIA: *Cabe negar la prórroga por necesidad de cambio de residencia, si el propietario de la vivienda, que reside en otra población, no puede por razón de sus achaques continuar ejerciendo su profesión en esta última y acredita que su enfermedad puede ser objeto de más adecuado tratamiento en el lugar en que radica la finca objeto de denegación de prórroga.* (Sentencia de 6 de marzo de 1968; no ha lugar.)

8. RESOLUCIÓN POR NO USO DE VIVIENDA: PRUEBA: PRESUNCIONES: *Procede la denegación de prórroga por no uso si frente a la falta de consumo de electricidad en la vivienda durante más de seis meses el demandado alega, sin probar su aserto, que tiene como profesión la de viajante, y por otra parte aparece empadronado en la vivienda de autos junto con su madre, que es la que es la que aparece como cabeza de familia.* (Sentencia de 16 de enero de 1968; no ha lugar.)

9. DENEGACIÓN PARA RECONSTRUIR: FORMALIZACIÓN DE COMPROMISO DE RETORNO Y ENTREGA DE LLAVES: *No se pierden los derechos concedidos al inquilino por la LAU por el hecho de que la entrega de llaves y puesta a disposición del propietario del piso se realice algunos días después de la fecha de formalización del compromiso, aunque dentro del plazo de preaviso.* (Sentencia de 5 de marzo de 1968; no ha lugar.)

10. ACCIONES RESOLUTORIAS DE ARRIENDO: PRESCRIPCIÓN: *El plazo de prescripción de las acciones resolutorias arrendaticias es de quince años.* (Sentencia de 23 de enero de 1968; no ha lugar.)

11. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: *Es causa de resolución la presencia en la vivienda de tres personas ajenas al arrendamiento sin justificar la autorización expresa y escrita del arrendador.*

SUPPLICACIÓN: *No puede basarse el recurso en preceptos adjetivos.* (Sentencia de 1 de abril de 1968; no ha lugar.)

12. RESOLUCIÓN POR CESIÓN O SUBARRIENDO: LEGITIMACIÓN PASIVA: *Ejercitada una acción resolutoria por cesión o subarriendo, si lo que se acredita es la existencia de una cesión de vivienda y el actor no demandó al cesionario, la demanda no puede prosperar por defecto en la adecuada constitución de la relación procesal.* (Sentencia de 7 de junio de 1968; no ha lugar.)

13. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: SUPPLICACIÓN: VINCULACIÓN A LOS HECHOS FIJADOS POR EL TRIBUNAL «A QUO»: *No procede la aplicación del artículo 18 de la LAU —resolución por defecto de notificación de subarriendo— si la sentencia de instancia, pese a que aparece un extraño al arriendo empadro-*

nado en la vivienda arrendada, niega la convivencia con el inquilino de extraños al mismo. (Sentencia de 19 de abril de 1968; no ha lugar.)

14. RESOLUCIÓN POR OBRAS: CIERRE DE GALERÍA: *El cierre de una galería con obras, principalmente de carpintería, mediante la colocación de unas vidrieras en la parte frontal y en uno de los laterales de la misma, instalando un tejadillo de uralita no altera la configuración, ya que las obras son fundamentalmente de carpintería y las de albañilería son de carácter accesorio.* (Sentencia de 7 de junio de 1968; no ha lugar.)

## II.—Derecho procesal.

1. PAGO O CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECUBRIR: CONSIGNACIÓN REALIZADA CON POSTERIORIDAD AL PLAZO LEGAL: *No puede prosperar el recurso si la consignación de rentas se produjo con postertoridad al plazo legal aunque se hiciera en un nuevo plazo concedido al efecto por el Juzgado municipal, tras la expiración del primero.* (Sentencia de 24 de mayo de 1968; no ha lugar.)

2. PRESUNCIONES: IMPUGNACIÓN EN SUPPLICACIÓN: *La estimación de las presunciones corresponde al órgano «a quo», sin que en suplicación pueda modificarse las conclusiones al respecto de dicho órgano; en todo caso para la impugnación de las presunciones precisaría atacar la existencia o realidad de los hechos en que la presunción se basa o demostrar que la deducción es absurda, ilógica o inverosímil.* (Sentencia de 18 de abril de 1968; no halugar, análogamente Sentencia de 29 de marzo de 1968.)

3. SUPPLICACIÓN: VALORACIÓN DE UN DOCUMENTO: *En el recurso de suplicación no cabe arguir con éxito acerca de la eficacia de un recibo presentado por una de las partes, pues es al órgano «a quo» a quien corresponde la valoración de la prueba.* (Sentencia de 21 de junio de 1968; no ha lugar.)

4. SUPPLICACIÓN: PRUEBA DE LA ANTIGÜEDAD DEL SUBARRIENDO: *No es revisable en suplicación la declaración del órgano «a quo» sobre la antigüedad del subarriendo.* (Sentencia de 10 de junio de 1968; no ha lugar.)

5. SUPPLICACIÓN: RECURSO BASADO EN INFRACCIÓN DE NORMAS PROCESALES: *No puede prosperar el recurso basado en la infracción del artículo 533, 3.º de la L. E. C., aparte de que, en todo caso, la infracción debió haberse alegado ya en la primera instancia.* (Sentencia de 13 de mayo de 1968; no ha lugar.)

6. SUPPLICACIÓN: PROCEDIMIENTO APLICABLE: RESOLUCIÓN POR EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL: *La resolución del arrendamiento de una vivienda que había sido otorgado por razón laboral y que se declara extinguido por haberse puesto término a la relación de trabajo es materia extraña a la LAU, no cabiendo, por ello, el recurso de suplicación; en trámite de decisión del*

*recurso indebidamente admitido, procede rechazar el mismo.* (Sentencia de 30 de abril de 1968.)

7. SUPPLICACIÓN: REVISIÓN DE LAS DECLARACIONES DE HECHO DEL ÓRGANO «A QUO»: *Está vedado a la Sala de suplicación la censura de las declaraciones de hecho realizados por el órgano «a quo»* (Sentencia de 10 de mayo de 1968; no ha lugar.)

8. SUPPLICACIÓN FORMALISMO: *Debe citarse, en la formalización del recurso basado en infracción de norma, el precepto que se repunte infringido y el concepto de la infracción.* (Sentencia de 22 de enero de 1968; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 400,-- pesetas.  
Extranjero, 540,— pesetas.  
Número suelto: España, 125,— pesetas.  
Extranjero, 150,— pesetas.