

Intervención judicial en las situaciones familiares

(Notas al Código Civil)

(Continuación)

POR

ANTONIO REVERTE NAVARRO

CAPÍTULO IX

EMANCIPACION JUDICIAL

Según el artículo 168 del Código, tras su modificación por la Ley de 24 de abril de 1958 (341), las ulteriores nupcias del padre o de la madre no afectarán a la patria potestad; pero el juez podrá conceder

(341) El derogado artículo 168 decía que «la madre que pase a segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos, a no ser que el marido difunto, padre de éstos, hubiera previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio y ordenando que en tal caso conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos».

Era de justicia su derogación, pues suponía no tanto la hispánica idea esteotipada del amor hasta la muerte, cuyo resultado era depresivo e injurioso a la dignidad de la mujer y de los hijos al verlos privados de la patria potestad de la madre (cuando debía de haber sido a la inversa, ¡mater sempre certa est!), como en la idea de castigo a la madre viuda más que en la verdadera protección al hijo.

Se pueden consultar sobre este artículo 168, antes de su modificación, las sentencias de 21 de febrero de 1893, 26 de diciembre de 1908, 10 de noviembre de 1902, 30 de agosto de 1901, 14 de diciembre de 1916, 2 de septiembre de 1921 y 3 de octubre de 1955, esta última de la Sala de lo Social; y las resoluciones de la Dirección General de Registros de 31 de enero de 1935 y 17 de julio de 1940.



la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años (342), si lo pidieren, previa audiencia del padre o de la madre. Lo dispuesto en el párrafo anterior, continúa el citado artículo, es también aplicable en el caso de hijos naturales reconocidos, cuando el padre o la madre contraigan nupcias.

La intervención del juez en el ámbito de las situaciones familiares llega al punto de facultarle para extinguir la situación de patria potestad, a petición del sometido a ella, a través de la emancipación decretada judicialmente.

La materia de la emancipación carece en nuestro Derecho de sistemática, pues el artículo 314 que enumera las causas de emancipación (matrimonio del menor, mayor de edad y concesión del padre o madre que ejerza la patria potestad) no incluye la judicial, ni la realizada por concesión de la Patria (Decreto-ley de 7 de marzo de 1937), e igualmente carece de sistemática en los efectos que parecen desprenderse de los distintos tipos o clases de emancipación.

No es nuestro objeto el estudio de los efectos, causas, naturaleza y extensión de este tipo de emancipación, sino únicamente determinar cómo, por qué y en qué medida interviene el juez con facultades discrecionales.

I. SUPUESTOS DE LA INTERVENCION JUDICIAL

Los requisitos para la emancipación judicial son enumerados por la doctrina (343): 1.º El ulterior matrimonio del padre o madre. 2.º Que el hijo que va a ser emancipado tenga dieciséis años, estableciéndose así un criterio de analogía con la emancipación del padre o de la madre. 3.º Solicitud del hijo y audiencia del padre o madre. 4.º Concesión de la emancipación por el juez. 5.º Inscripción en el Registro Civil para que la emancipación produzca efectos contra terceros (art. 316); aunque nuestra Ley de Registro Civil de 1958 no dispuso nada al respecto, se deduce del artículo 176 del Reglamento del Registro Civil.

Ante el elenco de todos estos requisitos cabe preguntarse si todos tienen la misma fuerza constitutiva para que se produzca la emancipación y si alguno de ellos sólo sirve para «orientar» o «guiar» la decisión del juez o si le vincula al cumplimiento formal de todos y cada uno de ellos, sin margen alguno de discrecionalidad. Veamos.

(342) El R. D.-L. de Ley de 16 de noviembre de 1978 reduce la edad a dieciséis años.

(343) Cfr. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, tomo IV, Familia..., Madrid, 1975, págs. 457 y 458.



A) SEGUNDAS NUPCIAS, PRESUPUESTO DE HECHO DE LA EMANCIPACIÓN

Carácter de presupuesto de hecho para la emancipación judicial es la ulterior nupcia del padre o madre (art. 168 del Código civil). No puede en ningún caso el juez proceder a concederla sin que se diera tal requisito (344).

B) SOLICITUD O PETICIÓN DEL HIJO

Junto a aquel presupuesto de hecho la norma exige el requisito de la solicitud o petición del hijo mayor de dieciséis años.

El requisito de la solicitud nos sugiere dos cuestiones. Una, el carácter de la misma: es decir, su efecto, vinculante o no, para que el juez proceda a conceder la emancipación solicitada. Para dicha emancipación es necesaria solicitud del hijo (art. 168 del Código civil) y sin este requisito formal el juez no puede acordarla. Mas se trata de petición, de manera que el juez puede *discrecionalmente* estimar que no procede la emancipación. La concesión de ésta es consecuencia de la facultad que la ley otorga al juez para que, según su prudente arbitrio, estima lo más conveniente al hijo y decide en consecuencia (345). De tal suerte que su decisión no estará vinculada por la solicitud de emancipación que hiciera el menor de edad, ni incluso por la audiencia exigida legalmente del padre o madre, aunque éstos se mostraran conformes a la emancipación solicitada (346). La naturaleza unilateral de la emancipación familiar o voluntaria hacen que su «otorgamiento corresponda al padre en forma discrecional» (347), y es lógico que se pueda predicar de la judicial la misma naturaleza unilateral y su otorgamiento discrecional, *limitada* dicha discrecionalidad a la conveniencia del menor.

La otra cuestión es determinar si procede la aplicación analógica del artículo 318 del Código civil que exige en la emancipación familiar el consentimiento del hijo mayor de dieciséis años. Dicho consentimiento es también exigido en la emancipación judicial; pero tal consentimiento está *inmerso* en la solicitud que se dirige al juez. La solicitud

(344) El compromiso formal del padre o madre de contraer posterior nupcia no es causa o presupuesto de la concesión judicial de emancipación.

(345) BONET RAMÓN, *Código civil comentado*, Madrid, 1962, pág. 216; «la concesión de esta emancipación es discrecional del juez».

(346) En la práctica el deseo de cualquiera de los padres sobrevivientes de no oponerse a los deseos emancipatorios del hijo es motivo razonable para que el juez la conceda.

(347) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, volumen II, Madrid, 1966, pág. 186.

es *presupuesto* en cuya virtud podrá el juez promover la emancipación del hijo.

C) AUDIENCIA DEL PADRE O MADRE

El artículo 168 exige del juez el conocimiento de la opinión paterna o materna sobre la emancipación solicitada por el hijo: «El juez podrá conceder la emancipación... previa audiencia del padre o madre.» Esta audiencia no vincula al juez. Es decir, el juez debe oír el parecer del padre o madre; es un requisito *formal* que por no observarse podría impugnar la emancipación concedida. Pero desde el punto de vista material la opinión favorable o contraria de cualquiera de sus progenitores no es vinculante para el juez; el juez podrá conceder o denegar lo solicitado *independientemente* del parecer paterno o materno. Aunque es verdad que este parecer puede ser una guía u orientación de gran utilidad para acceder o denegar la emancipación pedida por el hijo.

II. CRITERIOS DEL JUEZ PARA CONCEDER LA EMANCIPACION

Los criterios en que podrá apoyarse el juez para acceder a lo solicitado se derivan de la propia esencia de la institución de la emancipación, porque si en el «Derecho moderno se ha ampliado el concepto de la emancipación, ya que no es sólo un medio de salir de la patria potestad, sino un medio de extinción de las instituciones protectoras (patria potestad o tutela) y de reconocimiento de una capacidad de obrar, más o menos limitada» (348), no cabe duda de que el juez apreciará si el hijo tiene aptitud para vivir sin necesidad de esa protección paterno-tutelar y puede ser habilitado para ampliarle su esfera de actuación jurídica (349).

El juez para conceder la emancipación solicitada goza de discrecionalidad, limitada por la función que la emancipación desempeña; si con la emancipación el hijo sale de la patria potestad es por presumirse que se puede prescindir de la institución protectora tanto desde un plano personal como desde un plano patrimonial limitado.

(348) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. II, ob. cit., pág. 185.

(349) Las limitaciones que imponen el artículo 317 deben extenderse a la emancipación judicial.

Sobre la capacidad del menor emancipado puede verse: EDUARDO MÉNDEZ APENELA, «La capacidad del menor emancipado mayor de dieciocho años», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, 1974, págs. 397 a 501; DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1975, págs. 247 y s.; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. I, Madrid, 1959, págs. 192 y s.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo I, Barcelona, 1975, págs. 221 y s.



III. FACULTAD JUDICIAL PARA DETERMINAR EL CONTENIDO DE LA EMANCIPACION, SU REVOCACION Y COMPLEMENTO DE CAPACIDAD DEL EMANCIPADO

La facultad que la ley concede al juez para otorgar la emancipación no permite que la conceda de forma *atípica*. Es decir, que el *contenido* de la emancipación *no se deja al juez sino a la ley*. Es ésta la que configura la situación, y, en su consecuencia, la capacidad del emancipado. La «extensión de capacidad que experimenta el menor al concedérsele la emancipación, es inmodificable en el sentido de que no cabe, no ya que el concedente quiera dar al menor una más amplia de la que la ley fija, sino tampoco que le otorgue una emancipación más reducida, diríamos atípica, en la que con el argumento de que quien puede lo más puede lo menos o de que puesto que está en mano del otorgante *no conceder o conceder* la emancipación, también puede concederla en parte, y la capacidad, que se amplía al emancipado, sea más estrecha de la que la ley señala» (350).

El juez, al igual que en la emancipación familiar, no tiene facultad para dejar sin efecto la realizada o concedida. Es de aplicación el artículo 319 del Código civil al sancionar que «concedida la emancipación, no podrá ser revocada». De esta suerte, al ser la emancipación un acto esencialmente irrevocable, el juez, aun cuando el hijo menor y el mayor de dieciséis años que hubiera sido emancipado cayera con posterioridad en incapacidad, no estará facultado para resurgir la patria potestad, que con su decisión queda extinguida definitivamente; si el menor emancipado cayera en incapacidad habría necesidad de constituir su tutela (351).

Por analogía entre las situaciones de la emancipación familiar y la judicial nuestra doctrina estima de aplicación el artículo 317 del Código a ambas situaciones (352). Ante ello debe tenerse en cuenta lo siguiente: El emancipado judicialmente encuentra limitada su capacidad

(350) ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo I, Barcelona, 1975, págs. 217 y s. En apoyo de tal afirmación cita la interesante e importante Resolución de 31 de enero de 1935. MÉNDEZ APENELLA («La capacidad del menor emancipado mayor de dieciocho años», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, 1974, pág. 402, nota 6) se lamenta de la nulidad de la emancipación limitada o restringida como sanción excesivamente drástica, aunque sea más conforme con el criterio de nuestro Código civil (ex art. 1.116).

(351) Cfr. en este sentido, para la emancipación familiar, BONET, *Código civil comentado*, Madrid, 1962, pág. 304. La Ley 69 de la Compilación del Derecho civil de Navarra, sobre segundas nupcias, establece que el padre o madre binubo recuperará la potestad sobre sus hijos al quedar nuevamente viudos.

(352) Cfr. en este sentido ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. I., 2.ª ed., página 194; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, volumen II, Madrid, 1971, pág. 161.

hasta que llegue a la mayor edad para tomar dinero a préstamo, gravar o vender bienes inmuebles o para comparecer en juicio; pero el complemento de capacidad que el artículo 317 exige referido al padre, madre o tutor me ofrece duda que pueda ser de aplicación al emancipado judicialmente.

En este tipo de emancipación el juez desarrolla la función que, en otro caso, estaría encomendada a la familia. Mal puede conciliarse el consentimiento requerido por el artículo 317, del padre o madre, cuando el juez acordara la emancipación en contra de sus opiniones, pues recordemos que puede acordarla sin que le vinculen dichas manifestaciones. Tampoco es posible, una vez producida la emancipación judicial y negado el consentimiento familiar del artículo 317, el nombramiento de defensor judicial, pues el artículo 165 habla de «interés opuesto al de sus hijos *no* emancipados».

La aplicación analógica del artículo 317 a la emancipación judicial, aunque la emancipación haya sido impuesta no altera las limitaciones a su contenido, pero, acaso, suceda que si no hubiera interés contraopuesto complementan la capacidad del menor los padres, y en caso de que lo hubiera o injustificadamente nieguen el consentimiento solicitado quepa el recurso al juez (o el defensor judicial atendiendo a la ratio, y no a la literalidad del artículo 165). En atención a las circunstancias del caso autorizará el acto sustituyendo, de esta suerte, el consentimiento requerido por el artículo 317 (353); pensemos en la negativa familiar del consentimiento necesario para la defensa en juicio del menor, en acciones que puedan redundar en su beneficio.

(353) La asistencia de las personas que recoge el artículo 317 del Código no lo es más que un complemento de capacidad del emancipado para actuar con eficacia. Cfr. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1975, página 348.

CAPÍTULO X

ADOPCION

El instituto de la adopción responde a uno de los conceptos en los que más claramente puede apreciarse una notable evolución en la idea que lo preside, así como, consecuentemente, en su función y estructura.

En efecto, en el Derecho antiguo la adopción es, fundamentalmente, un medio de conseguir un sucesor y, en ocasiones, un remedio de la frustración vital que supone la esterilidad. Al mismo tiempo fue —sobre todo en Roma— el remedio jurídico a la necesidad social de respetar, ante todo, el principio de conservación de la familia, con implicaciones generalmente de carácter hereditario familiar, pero también políticas, a partir de Augusto (354).

La función del instituto evoluciona a lo largo de los tiempos para ir progresivamente resaltándose el carácter más relevante de protección del adoptado, que habría de manifestarse sobre todo con posterioridad a la Codificación, en que cada vez es más evidente el refuerzo del parentesco civil que crea, para equiparar, en lo posible, los efectos de la adopción con los de la filiación biológica.

La evolución de la legislación española en este sentido es también evidente, y así el proceso culmina, por ahora, con la Ley de 4 de julio de 1970, que modificó el capítulo V del título VII del libro I del Código civil.

En España, si bien hasta la reforma llevada a cabo por la Ley de 23 de abril de 1958 el régimen de la adopción permaneció inalterable en el Código civil (355), algunas disposiciones especiales, como la Orden

(354) Cfr. ALVARO D'ORS, *Introducción al panegírico de Trajano, de Plinio el Joven*, Madrid, 1953, págs. XXXII y s.; sobre evolución histórica, v. OTERO, «La adopción en la historia del Derecho español», en *Dos estudios histórico-jurídicos*, Roma-Madrid, 1955.

(355) Con anterioridad, el Proyecto de Código civil de 1836 había configurado la adopción como un «acto solemne por el que uno recibe como hijo propio al que naturalmente es de otro». Carecían los adoptados —en todo caso, mayores de siete años— de derechos sucesorios respecto del adoptante, aunque tenían un derecho a alimentos con cargo a la herencia.

El Proyecto de 1844 atribuyó al adoptado los apellidos del adoptante (pero no los títulos de familia) y le concedía el derecho a sucederle aun cuando con pos-

Ministerial de 1 de abril de 1937, sobre acogimiento familiar, la Ley de 17 de octubre de 1941 y el Decreto de 2 de junio de 1944, fueron dictadas para paliar, en lo posible, las agudas necesidades planteadas por la Guerra Civil.

La reforma de 1958, pese a su avance, se mostró insuficiente, y pronto desfasada por otras reformas extranjeras como la francesa de 1966, la portuguesa de 1966, la italiana de 1967 y la belga de 1969. Así, la adopción plena española no llegó a atribuir la plenitud de efectos que, por ejemplo en Francia, tiene la legitimación adoptiva. Ello hizo que pronto se sintiera la necesidad de una nueva actualización de las normas. La elaboración parlamentaria del Proyecto de reforma de la adopción se inició sobre bases doctrinales y científicas, lo que produjo un resultado de carácter, en general, progresivo: la vigente Ley de 4 de julio de 1970. Ciertamente algunas materias quedarían inacabadas singularmente en materia sucesoria, y otras controvertidas, como por ejemplo la prohibición de adoptar impuesta a los clérigos por el artículo 172; más, en general, dicha Ley vino a ofrecer soluciones positivas.

La reforma de 1970 ha consagrado la importancia que ha de concederse a la autoridad judicial en un instituto de gran trascendencia social (356). El artículo 173, in fine, recoge la importante función discrecional dejada al juez al establecer como requisito genérico y finalidad esencial para la aprobación el dato legal de la «conveniencia del adoptado». La conveniencia y protección del adoptado se nos muestra en todo caso y bajo cualquier circunstancia (357) y predominando sobre

terioridad hubiere éste tenido descendientes legítimos. El Proyecto de 1851, que a punto estuvo de excluir de su texto el Instituto, debido a lo escaso de su utilización en España, terminó por regular una adopción muy parecida a la «adopción minus plena» del Derecho justinianeo y de las Partidas, aunque con la diferencia de atribuir al adoptante la patria potestad si el adoptado era menor de edad.

A favor del Proyecto de 1851 hay que apuntar el dato de la simplificación de las formas —comparecencia en la alcaldía y otorgamiento de escritura pública—, aunque se terminó por no incluir a los adoptados en la sucesión abintestato del adoptante, después de no pocas vacilaciones en este punto.

En la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 sólo aparece en la base 5.^a una alusión de tipo formalista al exigir el doble requisito de la escritura pública y la autorización judicial.

(356) Para ver las coordenadas sociales actuales de la adopción y el auge de este instituto, v. RODRIGO BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil y Comentarios forales*, tomo III, vol. II, Madrid, 1978, págs. 230 a 234.

(357) Es verdad que «conveniente» a una persona, afirma ROCA JUAN, *Sobre la nueva adopción*, La Laguna, 1971, pág. 36, puede resultarle la adopción fuera de sus propias funciones: cómo obtener ventajas fiscales, continuar en el disfrute de una vivienda arrendada, etc... «Que el riesgo de que la adopción sea instrumento de un excepcional fraude a la Ley no sea suficiente para anteponerlo a la satisfacción del «clima afectivo del adoptante...», pues, como observa Vismard, el juez podría valorar, además del posible móvil de la adopción, el conjunto de los hechos y circunstancias que la rodean.»



«todos los requisitos necesarios» (cfr. art. 173) incorporados a la norma, entre los que se mueve la discrecionalidad.

La norma deja un amplio margen al arbitrio judicial para valorar «según las circunstancias del caso», deducidas del expediente de adopción (358), la serie de hechos que conduzcan a su aprobación o denegación. En materia de adopción deben ser valoradas motivaciones psicológicas y humanitarias que la norma no puede determinar (359); y es ésta la que remite a la discrecionalidad del juez el completar determinados datos legales que constituyen su presupuesto de hecho, a fin de alcanzar la *ratio* (360).

Con carácter general la ley delega en el juez la valoración de la conveniencia de la adopción. Este dato legal incide de una forma más o menos directa en la valoración de otros requisitos normativos matizándolos y conformando, a su vez, el arbitrio judicial. Veamos.

I. FACULTADES DISCRECIONALES DEL JUEZ EN LA FASE JUDICIAL DEL EXPEDIENTE DE ADOPCION

A) VALORACIÓN DE LA EDAD PARA ADOPTAR Y PARA SER ADOPTADO

En la adopción con tal de respetar el límite de dieciséis años de diferencia entre adoptando y adoptante, y siempre que éste tuviera, al

Igualmente hace notar Bercovitz (*Comentarios al Código civil...*, ob. cit., tomo III, vol. II, pág. 275) que la conveniencia del adoptado «implica, como es lógico, una ponderación equilibrada de todos los intereses en juego. En la medida en que la adopción no responda a semejante equilibrio, repercutirá también de forma negativa en el adoptado. En definitiva, se trata pues de valorar la oportunidad de la adopción, aunque ello va pensando principalmente en el interés del adoptado. Un interés que deberá medirse, como señala expresamente la ley alemana (parágr. 1.741 del B. G. B.), en relación con la posibilidad de que se cree o exista una auténtica relación de filiación (de padre a hijo y viceversa) entre el adoptante y el adoptado. De donde se deduce que los intereses económicos, ni siquiera los más importantes (al menos, siempre) que el juez habrá de tener en cuenta».

(358) Sobre tramitación del expediente y sus requisitos, vid. Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 63, 16.º, y 1.825 y s.; LACRUZ y SANCHO (*Derecho de familia*, volumen III, Barcelona, 1975, pág. 36, nota 11) se lamentan que la reforma de 1970 no haya alcanzado a estos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(359) «El expediente de adopción es un procedimiento inquisitorial. Puesto que el juez ha de valorar discrecionalmente la conveniencia de la adopción, podrá y deberá recabar todo tipo de información.» BERCOVITZ, *Comentarios del Código civil...*, ob. cit., pág. 278.

(360) En la adopción de menores, abandonados o no, el juez valorará como conveniente al adoptando cuando se dieran aquellas circunstancias que potencialmente contribuyan a alcanzar su realización personal en la sociedad y en el hogar del adoptante (educación, en su más amplio sentido, atención de necesidades físicas y morales, etc.). En este caso los móviles del adoptante deberán pasar siempre a un segundo plano en la valoración que de aquellas circunstancias haga el juez.

menos, treinta años cumplidos, puede adoptar cualquier persona independientemente de su edad. La ley ha marcado un límite mínimo de diferencia de edad, pero no ha previsto o querido preveer el máximo de la misma. Ante ello se nos plantea la duda si el juez deberá aprobar la adopción cuando el adoptante por su avanzada edad pudiera presumirse inepto para la adopción solicitada o una cierta incompatibilidad generacional.

La ley no ha desconocido la posibilidad de adopción por ancianos o en el ocaso de su vida. Esta afirmación la deducimos del párrafo 5.º del artículo 173, según el mismo «aun cuando *concurran todos los requisitos* necesarios para la adopción», puede el juez discrecionalmente valorar aquello que sea más conveniente para el adoptando; según esta conveniencia, unas veces el juez, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, aprobará la adopción y otras la denegará cuando considere que no es favorable al adoptado la enorme diferencia de edad con el adoptante (361).

Es verdad que las condiciones desfavorables a la adopción o la no conveniencia no deben desprenderse únicamente de que el adoptante entrara en su senectud. Puede ser conveniente la adopción para la constitución de un status familiar que no podría llevarse a cabo sino a través de dicho instrumento jurídico; pero no es menos cierto que el juez debe, ante tales situaciones, apreciar con *mayor rigor* las circunstancias y hechos que rodean a la adopción. Parece adecuada una interpretación *restrictiva* de la conveniencia del adoptando, si el adoptante supera cierta edad.

Con la actual redacción del párrafo 2.º del artículo 178 se abre la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación subjetiva de los adoptados plenamente (362); pero, por otro lado, la discrecionalidad judicial

(361) Castán Vázquez («La edad del adoptado», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1970, págs. 588 y s., y concretamente en págs. 610 y 611) afirma que cuando circunstancias aconsejen que la adopción no es favorable al adoptado el juez podrá denegarla conforme a las facultades discrecionales que establece el apartado último del artículo 173 del Código civil. Cfr. en igual sentido LACRUZ y SANCHO, *Derecho de familia*, ob. cit., pág. 126. ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. IV, Familia, Madrid, 1975, pág. 391.

Si en un primer momento de nuestra evolución histórica la adopción podía ser el consuelo y remedio de matrimonios estériles (como lo pone de manifiesto que la edad del adoptante se fijaba en la originaria redacción del Código civil en cuarenta y cinco años), en el actual momento de dicha evolución la función del instituto ha evolucionado hacia la real y verdadera esencia de esta institución: la protección de la infancia; y mal puede protegerse al adoptado cuando se le encuadra en una familia de viejos despreocupados y egoístas.

(362) En este sentido, Castán Vázquez (*La edad...*, ob. cit., pág. 613) manifiesta que «el nuevo precepto —se refiere al artículo 178, 2.º, al que el Preámbulo de la Ley considera como una de las normas de mayor importancia y trascendencia

se ve limitada por la existencia de determinados hechos que habrán de valorarse conjuntamente con la conveniencia del adoptado. Nos referimos: a que éste estuviera viviendo, antes de alcanzar la edad de catorce años, en el «hogar y compañía» del adoptante, y a los «vínculos familiares o afectivos» que unan a adoptante y adoptado, independientemente de su edad.

Con la expresión «vivir en el hogar y compañía del adoptante» parece el Código traducir una situación permanente y convivida de padre e hijo; en la consolidación jurídica de una situación de hecho duradera; por ello el juez habrá de valorar la conducta y el trato del que lo tiene en compañía, es decir, valorar el comportamiento que hubiera demostrado «un buen padre de familia» (363).

La expresión «vínculos familiares» es fácilmente demostrable y difícilmente falseable. Así, pueden ser «vínculos familiares» los que unan al hijo con su cónyuge (legítimo, legitimado, natural, reconocido o adoptivo) o con el propio adoptante (natural, o adoptado simplemente) —cfr. pár. 1.º, art. 178—. Sin embargo, la de «vínculos afectivos» favorece el arbitrio judicial. Por ello aunque el «clima afectivo del adoptante» es un fin lícito y atendible (según el propio argumento de la Ponencia que discutió el Proyecto de Ley en la Comisión de Justicia de las Cortes) (364), se «hace especialmente delicado el uso que se haga del arbitrio judicial (pues normalmente todo mayor que se adopte estará unido por vínculos familiares o afectivos), atendiendo, además, que no se trata de un mero arbitrio sino cualificadamente teleológico» (365).

En principio, por tanto, como mantiene Bercovitz (366), «la referencia a los vínculos afectivos junto con la ausencia de límites de edad dota a este supuesto de una mayor laxitud. Con él cualquier persona puede ser adoptada plenamente en principio... no sólo ya por la facilidad que puede existir en probar el afecto, sino porque, en cierto sentido, el mismo deseo de adoptar y de ser adoptado, respectivamente, puede ser considerado como prueba para ello».

inspiradoras de los puntos de vista de la ordenación modificadora— está en línea de las legislaciones contemporáneas y parece realmente elogiable».

(363) Para BERCOVITZ (*Comentarios al Código civil...*, ob. cit., pág. 349) implica el recibir el trato propio de un hijo que implica «una especie de posesión de estado, aunque se limite al trato recibido y no se extienda al nombre ni a la fama. No se especifica el período de tiempo mínimo para poder reunir este requisito; pero parece que no podrá ser tan corto (varios días) que no permita hablar de la mencionada posesión de estado».

(364) Cfr. ROCA JUAN, *Sobre la nueva adopción...*, ob. cit., págs. 36 y 37.

(365) Nuestra doctrina se ha preocupado del problema. Cfr. LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, Barcelona, 1975, pág. 155, con las referencias que hace de García Cantero, Fernández Martín-Granizo, Manteca, Castro Luchini, etc.

(366) BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil...*, ob. cit., pág. 349.

A la vista de lo expuesto para la valoración del afecto, el juez no tendrá más elementos de juicio que el examen de los *motivos* determinantes de la adopción (367) para la comprobación de su conveniencia.

B) VALORACIÓN DEL DATO DE TENER FAMILIA EL ADOPTANTE

Consecuente con la finalidad atribuida a la intervención judicial, el último párrafo del propio artículo 173 establece que el juez valorará siempre la conveniencia para el adoptando, conforme a las circunstancias de cada caso, y *muy especialmente* si el adoptante tuviera hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos.

La finalidad del establecimiento de un control judicial de este tipo supone la atribución al juez de una facultad decisoria, que responde a una necesidad de la que el legislador de 1970 parece haber sido consecuente con la dificultad de insertar en el seno de una familia con hijos, por los problemas de adaptación e inevitables fricciones que la convivencia de un hijo adoptivo puede acarrear. Estos problemas se verán evidentemente agravados en el caso de intereses económicos de cualquier clase, como sucedería, por ejemplo, a la hora de la sucesión o de tener que compartir el disfrute de los bienes familiares (368).

Estas razones han tenido que ser las que llevaron al legislador de 1958 a mantener la prohibición de adoptar a quienes tuvieran descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, como decía el número 2.º del artículo 172. Sin embargo, la Ley de 1970, creemos que con acertado criterio, se ha hecho cargo de la realidad que supone la existencia de familias bien avenidas que podrían perfectamente constituir un hogar para aquellos que, careciendo de uno propio, reúnen las condiciones que la ley entiende como convenientes para poder ser adoptado, con las máximas garantías de que la finalidad de protección se verá cumplida. Se hace realidad aquella afirmación de Carbonnier (369) de que la familia no es ya una invisible red tejida «iure sanguinis», sino que es un medio educativo, que no existe más que a condición de ser cotidianamente vivido.

Claro es que una ley no puede y no debe descender al detalle, pero sí debe prever, aunque sea de manera más o menos abstracta, los con-

(367) Aunque la verdadera causa de la adopción fuera el propósito de la adoptantes de conseguir en favor del adoptado una importante bonificación en el pago del impuesto de Derechos Reales, tal propósito no podría determinar la nulidad de la adopción (sentencia de 30 de mayo de 1951, R. A. 1.636).

(368) Cfr. BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil...*, ob. cit., pág. 275.

(369) CARBONNIER, *Derecho flexible*, traducción de Díez Picazo, Madrid, 1974, página 170.

flictos posibles que en casos concretos pueden derivarse de la norma permisiva. Por eso, de acuerdo con un avanzado criterio se hace desaparecer la prohibición de adoptar a quienes ya tienen otros descendientes. Pero, al mismo tiempo, con una visión realista, se intenta cortar, en la medida de lo posible, cualquier clase de conflicto previsible, del tipo de los ya expuestos, que en definitiva vendría a desvirtuar la finalidad de la adopción.

En este punto la intervención del Ministerio Fiscal adquiere un papel de la máxima importancia, que lleva a la necesidad de reglamentarla, tal como hace la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1971 (puntos 2.º y 5.º). El Fiscal debe emitir su informe al juez sobre las circunstancias determinantes de la conveniencia o inconveniencia de la adopción. Para la elaboración de dicho informe establece genéricamente la citada circular (punto 2.º A) que el fiscal podrá instar del Juzgado los antecedentes que estime necesarios y deberá considerar siempre las alegaciones que sobre el caso hubieren hecho los referidos hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos a los que se refiere el precepto legal.

Creemos que la redacción de un informe de este tipo es necesaria en cuanto contribuirá, en gran medida, a proporcionar elementos de juicio necesarios para formar su propia convicción. Sin embargo, parece conveniente apuntar que tal vez la circular de 1971 no debería haberse detenido en la simple consideración de las alegaciones de los descendientes del adoptante a que se refiere el artículo 173, sino que debería imponer al fiscal la necesidad de acudir a otras fuentes de información, posiblemente más imparciales, como pudieran ser otras personas afines a la familia, dentro de un ámbito de «comunidad familiar», entendiéndose por tal no sólo la familia propiamente dicha, sino también ese círculo de personas allegadas que existen y conviven con familiaridad, incluso vecinos, amigos y empleados, etc. Tal vez se echa de menos en este punto la existencia de un servicio social de los menores abandonados, a cuyo cargo quedaría la redacción de un informe previo sobre la conveniencia o no de la adopción que con posterioridad debería ser sometido a la consideración del juez junto con el informe del Ministerio Fiscal.

De todo lo expuesto se han de deducir dos consecuencias: una, que al juez no le vinculan las motivaciones o comportamientos que la familia del adoptante pudiera manifestar, aun cuando sea evidente que de todo ello el juez y el Ministerio Fiscal valorarán, en todo caso, la conveniencia de la adopción; la otra consecuencia es que la apreciación «muy especial» de la conveniencia para el adoptado, cuando el

adoptante tuviera familia, es una indicación al juez para que «valore este dato en *interés del adoptando*, no de la *familia* del adoptante» (370).

C) VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD EN EL PROCESO FORMATIVO DE LA ADOPCIÓN

«El juez carece, como es natural, de facultades decisorias en contra del consentimiento de determinadas personas o ante la falta del mismo.» Estas palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de 1970 (371) nos llevan a la afirmación de la irrelevancia de la intervención judicial en la fase del expediente de prestación del consentimiento.

Es verdad que «carecería de sentido pensar en la adopción» (preámbulo de la ley) sin el consentimiento de las personas que tienen o deben prestarlo; pero estaría desprovista de contenido la exigencia del Código de que aun cuando concurren *todos* los requisitos necesarios (y el consentimiento es uno de ellos) el juez la pueda denegar.

No entramos en el análisis del momento en que se perfecciona la adopción, aunque señalamos el de la aprobación judicial (372). Sólo

(370) ROCA JUAN, *Sobre la nueva adopción...*, ob. cit., pág. 30. Lo destacado es nuestro.

(371) Sobre el valor jurídico del Preámbulo o Exposición de Motivos de la Ley de Adopción de 1970. Cfr. GARCÍA CANTERO, «De nuevo sobre el momento perfectivo de la adopción (Comentario a la Resolución de la D. G. R. y N. de 8 de junio de 1973)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, tomo I, Madrid, 1976, págs. 625 y s.

(372) Cfr. las agudas observaciones que al respecto hacía ROCA JUAN, *Sobre la nueva adopción...*, ob. cit., pág. 39 y s.; García Cantero («De nuevo sobre el momento perfectivo de la adopción», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor D. de Castro*, tomo I, Madrid, 1976, pág. 628), comentando la Resolución D. G. R. y N. de 8 de junio de 1972, afirma que: «Entiendo que la nueva Ley ofrece base para considerar como momento perfectivo de la adopción el de la aprobación judicial después del intercambio de consentimientos entre adoptante y adoptado.» Cfr., igualmente, LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, tomo II, Barcelona, 1975, páginas 139 a 145.

Nuestra jurisprudencia ha establecido, en sentencia de 29 de septiembre de 1975 (R. A. 3.406), ante un supuesto de poder para otorgar la escritura, que antes de su otorgamiento fallece el mandante, la necesidad de la escritura pública para perfeccionar la adopción, «pues cualquiera que sea el criterio que se tenga en Derecho constituyente sobre la conveniencia de cambiar el sistema y que por afectar al "status" personal y familiar fuere más propio resolverlo por decisión estrictamente judicial, es lo cierto que tal criterio no pasa de plantear un problema de "lege ferenda", que no es éste el cauce idóneo para resolver y que en Derecho constituido es la escritura pública la única que contiene la manifestación de la voluntad vinculante de las partes».

La Resolución de 16 de mayo de 1974 establece que muerto el marido de la adoptante, luego de haber solicitado con su mujer la adopción plena y antes de otorgar la escritura, puede permitirse que la adoptada lleve el apellido del marido de la adoptante que, por designar a un familiar concreto, lo es también de la mujer casada, aunque enviude.

nos interesa el examen de la facultad decisoria del juez ante las declaraciones de voluntad de las personas mencionadas en la ley.

De la lectura de los párrafos 2.º, 3.º y 4.º del artículo 173 se deduce que dependerá la mayor o menor discrecionalidad del juez para aprobar la adopción de la persona llamada al expediente (373).

Hay un consentimiento negocial que la Exposición de Motivos denomina «básico» y que han de prestarlo el adoptante y adoptado mayor de catorce años (art. 173, 2.º A). En este caso el juez carece de facultad decisoria. La conveniencia de la adopción no puede esgrimirse cuando cualquiera de dichas personas, retractándose, rechaza el devenir de la situación jurídica adoptiva (374).

Existe, igualmente, lo que la doctrina configura como consentimiento-asentimiento: del cónyuge de adoptado mayor de catorce años, que en caso de separación legal no será necesario; el del padre o madre, conjunta o separadamente, del adoptando menor de edad sujeto a patria potestad; el del tutor si la tutela estuviera constituida. Las manifestaciones de voluntad de estas personas no asintiendo a la adopción solicitada impide al juez su aprobación. No obstante, la ley permite al juez, con un criterio flexible, estimar lo conveniente al adoptando cuando no comparecieren, habiendo sido citadas al expediente, o no pudiera citárseles (cfr. art. 173, pár. 4.º).

En caso de incomparecencia (circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1971), el fiscal, en defensa del vínculo adoptivo, debe vigilar para que se cumpla con todos los requisitos que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para las citaciones judiciales (artículos 269, 271 y ss. y concordantes), ya que el artículo 177 del Código civil permite al padre o a la madre (legítimos o naturales) pedir se declare judicialmente extinguida la adopción, en el caso de que no hubieren intervenido en el expediente, ni prestado consentimiento, si probaren que fue por culpa ajena a su voluntad.

Estimamos, con Lacruz y Sancho (375), que «si concurren y su con-

(373) Queremos poner de manifiesto, para evitar la nulidad de la adopción, que deberán comparecer o haber sido citados cumplidamente (cfr. arts. 269, 271 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) las personas mencionadas en el artículo 173, 2.º: Deberán observarse en el expediente las normas de trámite procesales, que por su carácter vinculan en todo momento, el Juez. La citación debe ser personal.

Sobre el distinto alcance de las declaraciones de las personas llamadas al expediente, cfr., por todos, ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, «En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970», en *Rev. Gen. Leg. y Jurisp.*, 1970, pág. 615; R. BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil...*, ob. cit., págs. 262 a 275.

(374) Sobre si daría lugar a responsabilidad, cfr. GARCÍA CANTERO, *De nuevo sobre el momento perfecto...*, ob. cit., págs. 636 y 637.

(375) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, tomo II, ob. cit., pág. 138.

sentimiento es negativo, parece que ello será obstativo de la aprobación judicial; así se deduce, a contrario sensu, de lo dispuesto en el mismo párrafo legal en cuanto a las audiencias», pues en otro caso la diferenciación entre asentimiento y audiencia, que señala el preámbulo, carecería de sentido (376). Esta misma posición adopta la circular de 20 de abril de 1971.

La ley no sólo llama a las personas que han de dar validez al negocio familiar. Llama igualmente a otras personas, con objeto de que *suministren* datos de conocimiento y elementos de juicio para que el juez decida sobre la conveniencia de la adopción. El juez goza de absoluta facultad decisoria, aun manifestándose por estas personas su criterio o voluntad contraria a la adopción. El juez o el Ministerio Fiscal, como defensor del vínculo adoptivo, puedan llamar al expediente a cualquier persona que estimara conveniente «oír», hállese o no incluida su mención en la ley (377).

La voluntad de las personas que la ley llama al expediente pueden plasmarse de forma judicial o notarial. No se exige en el vigente texto del Código civil su manifestación ante el juez, pero así debe hacerse durante la fase judicial del expediente.

Arce y Flórez-Valdés (378) se manifiesta partidario de que la manifestación del consentimiento del adoptante, adoptado, padre y madre de éste, en su caso, y exploración de voluntad del adoptando mayor de siete años, se deben hacer en fase judicial. Los demás consentimientos, cualquiera que fuera su grado, pueden expresarse por cualquier medio fehaciente y aportados al expediente (379).

D) VALORACIÓN DEL HECHO DEL ABANDONADO DE MENORES

El abandono, dice el artículo 174, *in fine*, será apreciada y declarada por el juez competente para conocer el expediente de abandono. La ley «no consigna otra cosa que una descripción y ni siquiera una

(376) ARCE, «En torno al consentimiento para la adopción», *Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XXII, 1970, pág. 654. En este artículo, de valiosa construcción jurídica, se examinan el consentimiento, el asentimiento y la audiencia de las personas citadas en la Ley y la de otras que deberían haberse incluido con objeto de formar acertadamente la convicción judicial de la conveniencia de la adopción.

(377) Cfr. Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1971 (R. A. 1.164), apartado 2.º B; esta audiencia, agrega la citada Circular, la debe pedir el Ministerio Fiscal; cfr., igualmente, ARCE, *En torno al consentimiento...*, ob. cit., págs. 639 y ss.

(378) ARCE, *En torno al consentimiento...*, ob. cit., pág. 648.

(379) Sobre este punto, y sobre la colisión entre los artículos 173 del Código civil y 1.826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cfr. Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1971, apartado 2.º B.

descripción del "hecho del abandono", sino tan sólo una enumeración de datos a tener en cuenta para que la situación de abandono, con todas sus consecuencias, pueda ser judicialmente apreciada» (380).

De la enumeración de estos datos que hace nuestro Código (381) se traduce la distinta valoración que ha querido atribuirse al juez, según se trate de un abandono simple o de uno cualificado (382).

En la situación de abandonado simple (pár. 2.º del art. 174) el juez no tiene por qué valorar si dicha situación obedece a causa imputable o no a los progenitores; para apreciar la situación de abandono, dice el Código, será irrelevante que se haya producido por causas voluntarias o involuntarias (383).

El juez lo único que valorará es el hecho del abandono, prescindiendo de cualquier estimación subjetiva (384). Como hace notar Roca Juan (385), nuestro Código muestra la valoración del hecho del abandono, *considerado en sí mismo...* esa simple apreciación del hecho del abandono, prescindiendo del «porqué» de tal hecho, destaca a mi juicio la finalidad de protección del menor, que se antepone a cualquier consideración sobre la causa del abandono, *suficiente para excluir* —si conviene al menor— *los derechos fundados sobre la naturaleza*. El le-

(380) ROCA JUAN, *Sobre la nueva adopción...*, ob. cit., pág. 43. Lo subrayado es nuestro.

(381) V. art. 174 del Código civil.

(382) Cfr., para la distinción, LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, tomo II, ob. cit., pág. 132.

(383) Esta situación de abandono puede producirse por causas diversas: el abandono punible que pone en peligro la vida del menor (art. 488 del Código penal); involuntariamente, que puede surgir con motivo de catástrofe o guerras; por abandono normal cuando se prive del ejercicio de la patria potestad o tutela (art. 487 del Código penal y 169 a 171 y 283 del Código civil) sin proveer a la tutela del menor; o ante la entrega del menor al cuidado de tercera persona, desentendiéndose después en absoluto del hijo; la situación del hijo de padres desconocidos (Circular Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1971).

Ante esta situación de abandono la representación y defensa del menor corresponde al Ministerio Fiscal.

(384) En general, «la única ventaja que se deriva de la irrelevancia de la voluntad o la involuntariedad del abandono radica en la facilidad de la prueba con respecto a la situación de abandono» (BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil...*, ob. cit., pág. 283); aunque esta ventaja no compensa de los inconvenientes que el propio autor enumera.

(385) ROCA JUAN, *Sobre la nueva adopción...*, ob. cit., págs. 42 y 43. Lo subrayado es nuestro. Esta imposibilidad que la norma abre a la valoración del juez fuera del hecho del abandono se manifiesta con mayor acritud si tenemos presentes que la reforma del 1958 permitía pedir judicialmente la extinción de la situación adoptiva a los padres de origen (legítimos o naturales) del hijo adoptivo (que hubiera sido abandonado o expósito) cuando probaran su «falta total de culpabilidad en el abandono y su buena conducta a partir de éste» (art. 175, 1.º, derogado). En la nueva reforma la valoración de la conducta o comportamiento paternos se sustituye, a estos fines, por unos plazos de caducidad cuando no hubieran intervenido en el expediente o inimputablemente no hubieran prestado su consentimiento.

gislador en su laudable deseo de favorecer la adopción ha ido demasiado lejos. Debe ser función delicada e indeclinable de los Tribunales matizar y perfilar el concepto legal de abandono (386).

En la situación de abandono cualificado la valoración del juez ha de partir de los datos que de alguna manera supone una «inmissio» de la voluntad de los progenitores o guardadores del menor.

El abandono, en este caso, *siempre* supone una renuncia a realizar la guarda, alimento y educación por sí mismo, confiándola a los responsables de la «casa» o «establecimiento benéfico»; voluntariedad de abandono *tácitamente* expresada cuando el menor es «entregado sin datos que revelan su filiación» (apartado *a*), pár. 3.º, art. 174) o *expresa* o *presuntamente* (apartado *b*), pár. 3.º, art. 174) cuando es conocida la filiación (387).

Por esta razón no vemos cómo se puede compaginar esta «voluntad de abandono», que implica una «dejación de asistencia por sí», para encomendarla a otro («la casa o establecimiento de asistencia») con la *voluntad de asistencia* al menor. Roca Juan (388) mantiene que «voluntad de asistencia se contradice con la propia dejación de asistencia, lo que sólo es comprensible porque ésta sea involuntaria. De donde este abandono involuntario —caso impuesto por las circunstancias— sí puede influir en la situación del menor, a los efectos del artículo 174».

No obstante, esta voluntad de abandono puede quedar subsanada o anulada cuando «el padre, madre, tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia» (pár. 4.º del art. 174). De tal forma, que el juez deberá valorar si las manifestaciones y actuaciones, dentro de los seis meses siguientes al hecho del abandono, demuestran voluntad contraria al mismo. Los meses deben ser «continuos» (pár. 4.º del art. 174), sin que «interrumpan por sí sola el referido plazo la mera petición de noticias» (pár. 4.º, in fine, del art. 174).

Con ello se contraponen en el texto legal «voluntad de asistencia» y «mera petición de noticias». La primera significa, a nuestro entender, que no se quiere dejar al menor en la situación de abandono; pero al no poder disponer de recursos económicos suficientes para su «asistencia» se prefiere dejarlo en el establecimiento benéfico, por estimar

(386) Así, LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, tomo II, Barcelona, 1975, página 133.

(387) Artículo 174, párrafo 3.º, apartado b): «Cuando, aun siendo conocida la filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores.»

(388) ROCA JUAN, *Sobre la nueva adopción...*, ob. cit., pág. 45.

que estará mejor cuidado y atendido. La mera petición de noticias supone el buen deseo de conocer, pero no la intención de poner los medios para que cese la situación de abandono.

La calificación del abandono se hará por el juez, normalmente, valorando en su *justa medida* los datos suministrados por el establecimiento benéfico (389), con objeto de no proceder en discrepancia con el deseo contrario de los padres a la adopción de su hijo (390).

II. INTERVENCION DEL JUEZ EN LA ADOPCION CONSTITUIDA

La intervención del juez se manifiesta no sólo en el proceso formativo de la situación de adopción, sino también una vez creada ésta. Así puede comprobarse del examen del artículo 175 y de determinadas causas de extinción del vínculo adoptivo.

La intervención del juez es requerida a fin de que «el Registro Civil no publique, a partir de la adopción, dato alguno que revele el origen del adoptado, ni su condición de tal» (art. 175, párr. 2.º). Con ello se consigue el robustecimiento del vínculo adoptivo y el contrario debilitamiento del de la familia de origen (391).

Requiere, por tanto, autorización judicial la publicidad de la adopción «cuando el adoptado lleve como primer apellido el del adoptante» (art. 21, 2.º, R.R.C.) (392).

(389) Los establecimientos benéficos promocionarán y promoverán la adopción practicando la información acerca de la adopción solicitada (cfr. Circular Fiscalía Tribunal Supremo de 20 de abril de 1971, apartado 3.º).

(390) No se ha previsto trámite para la oposición de los padres a la calificación que haga el juez del abandono del menor, cuya única oportunidad, como afirma Roca Juan (*Sobre la nueva adopción*, pág. 44), consistirá en manifestar en el trámite de audiencia, sin poder aportar prueba alguna, su negativa de haber abandonado. Para Bercovitz (*Comentario al Código civil...*, pág. 280) el juez habrá de concederles audiencia a los padres del abandonado, pues de lo contrario el expediente será nulo. Pero el juez apreciará discrecionalmente su opinión.

(391) En este sentido, Espin (*Manual de Derecho civil*, pág. 400) manifiesta que: «Como norma específica de la constatación en el Registro Civil de la adopción, y de acuerdo con el espíritu que inspira la institución de extinguir los lazos familiares con la familia natural para conseguir una mayor efectividad de los vínculos adoptacionales, se evita trascienda el hecho de la adopción del Registro.»

(392) No requerirán autorización judicial en la adopción plena el adoptado mayor de edad, y de la menos plena (debe entenderse la simple que por olvido técnico no se corrigió coherentemente por la reforma de 1970) el adoptante, el adoptado y los descendientes o herederos de uno y otro (art. 22, número 2.º, del Reglamento del Registro Civil, modificado por Decreto de 22 de mayo de 1969). Se supone por la Ley que el mayor de edad puede por sí mismo proteger sus intereses y calibrar su propia conveniencia y se legítima a un círculo más amplio de personas en la adopción simple por entender que el vínculo entre adoptante y adoptado no es tan fuerte como para «asimilarlo» al de la filiación legítima.

Fuera de los casos taxativamente establecidos en la legislación del Registro Civil no podrá expedirse certificación literal (art. 175, párr. 2.º, *in fine*, del Código civil). La prohibición de expedir en la actual regulación se entiende a los

La restricción a la publicidad registral que supone la mención del párrafo 2.º del artículo 175 del Código al exigir la autorización judicial, nos hace pensar que el requisito general del artículo 173, *in fine* (conveniencia del adoptando), es también el que habrá de presidir dicha autorización.

La adopción ha de gozar de estabilidad, pues afectando profundamente al estado y condición de las personas, sería perturbador dejar su subsistencia supeditada a la voluntad concorde unilateral de los interesados (cfr. Preámbulo de la Ley de 1977). De ahí que el artículo 177 del Código civil sienta el principio de que la adopción constituida es irrevocable: La extinción de la adopción habrá de ser *pedida judicialmente*.

La extinción pedida (393), que ha de ventilarse en el juicio declarativo de mayor cuantía por versar sobre cuestiones de estado (394), queda circunscrita para el juez a la libre apreciación y valoración de la prueba de los hechos que pongan en peligro la finalidad del instituto.

El Ministerio Fiscal, como «el más celoso defensor» (art. 5, 2.º, del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal) de menores e incapacitados, está legitimado cuando lleguen a su conocimiento (ya por sí, ya por persona ajena o no a la adopción) motivos graves que afecten al cuidado del adoptado (cfr. art. 177, núm. 3.º). El Ministerio Fiscal es parte *principal* en el proceso civil cuando solicite la extinción de la adopción de menores e incapacitados, si llegare al conocimiento de motivos graves (395).

Los «motivos graves» es concepto de tal elasticidad que favorece la facultad discrecional del juez. Se incluye por Bercovitz la extinción de la adopción cuando el adoptante haya fallecido, con vistas a permitir una ulterior adopción, pues podría encontrarse el adoptado en una situación de abandono o desamparo que podría subsumirse en los motivos graves que afecten al cuidado del *menor* o del *incapacitado* (396).

La circular de 20 de abril de 1971 de la Fiscalía del Tribunal Supremo (397) establece que son motivos *graves* que afectan al cuidado

dos tipos de adopción. En la anterior sólo se extendía a la plena. Postura legal que en su espíritu corrobora lo afirmado por nosotros en el texto.

(393) Cfr. artículo 177 del Código civil. Espín (*Manual de Derecho civil*, ob. cit., página 410) se lamenta de que no se legitime al adoptante para pedir sea declarada la extinción de la adopción por las mismas causas que puede pedirla el adoptado.

(394) Cfr. Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 483.

(395) Cfr. FAIREN, «El papel del Ministerio Fiscal español en el proceso civil», *Rev. Gen. de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre, 1974, págs. 666 y 664.

(396) BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil...*, ob. cit., pág. 330. Para el autor los motivos graves no encajan en las causas de desheredación (pág. 331).

(397) Ref.ª Aranzadi número 1.164/1971, o en *Boletín Información Ministerio de Justicia*, 15 de junio de 1971, núm. 881.

del adoptado menor de edad o incapacitado los establecidos en la legislación sobre pérdida, privación y suspensión de la patria potestad (arts. 169, 170 y 171 del Código civil), los que se deriven de los delitos de abandono de familia, los relativos a la prostitución, o cuando se imponga pena por delitos que lleven consigo la interdicción civil del penado (arts. 487, 452 bis, letra g) y 45 del Código Penal).

En general, son motivos *contrarios*: no proporcionar al menor ambiente de cariño y los medios necesarios para su desarrollo físico y moral: alimentos y educación. Sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal, atendiendo a las circunstancias de *cada caso*, actuará de la forma que estime más beneficiosa para el adoptado menor de edad o incapacitado.

El párrafo 4.º del artículo 176 del Código (398) remite a las normas contenidas en los Capítulos II y IV del Título IX, Libro, I, para la constitución por el juez del mecanismo de guarda del menor adoptado en el supuesto de extinción de la patria potestad del adoptante. El precepto es consecuente con la pretensión de máxima equiparación de la filiación adoptiva con la legítima, y al mismo tiempo (último inciso del propio artículo 176) una tendencia general de procurar el robustecimiento del vínculo adoptivo y una progresiva desvinculación del adoptado de su familia natural. En efecto, el legislador podría haberse remitido en bloque al artículo 204 para la constitución del Consejo de Familia del adoptado, pero esto supondría el tener que recurrir, en defecto de personas directamente designadas por el adoptante, a los parientes naturales (ascendientes, descendientes y hermanos) del adoptado menor o incapacitado. Por eso, ordena al juez que a falta de personas designadas por el padre o madre adoptantes en su testamento constituya el Consejo de Familia con cinco personas honradas, prefiriendo a los amigos de los adoptantes.

Hemos de notar cómo la intervención judicial no queda marginada cuando se extinga la patria potestad del adoptante. Es el juez el que conformará la tutela con «personas honradas, prefiriendo amigos de los adoptantes», aunque su conformación *sea subsidiaria* de la testamentaria que «hagan el padre o madre adoptantes», acorde con la «guarda del menor» que legalmente se establece.

Parte de nuestra doctrina entiende que la delación legítima es la

(398) «Extinguida la patria potestad del adoptante, el juez proveerá a la guarda del menor, conforme a lo establecido en los capítulos II y IV del título IX, libro I. El Consejo de Familia se compondrá de las personas que el padre o la madre adoptantes hubiesen designado en su testamento o, en su caso, de cinco personas honradas, prefiriendo a los amigos de los adoptantes.»

que debería predominar (399). Esta posición y las razones que la apoyan, no desprovistas de rigor técnico, estimo que no cuadran con la esencia, finalidad y función del instituto que estudiamos. Es más acorde dejar al adoptante la fijación de la persona a cuya guarda ha de quedar el menor y sólo cuando no se hubiera establecido dejar al juez tal cometido: a falta de conformación testamentaria de la tutela sólo procede la dativa o judicial.

De esta suerte la ley (art. 176, 4.º) deja la composición del órgano tutelar al arbitrio judicial, siempre que la designación recayera en «cinco personas honradas, prefiriendo a los amigos del adoptante».

Con tan genérica indicación se deja a la discrecionalidad del juez el poder designar a las personas honradas a las que les correspondería la tutela legítima.

Pueden conformar la tutela del adoptado incapaz las personas que por ley corresponde la tutela de incapaces en general (descendientes del adoptado, su cónyuge, miembro de su familia de origen o por naturaleza, etc.), pero no a través de la delación legítima sino de la dativa o judicial (400).

El dato de su amistad con los adoptantes es una preferencia que la ley recomienda, pero no impone. Entre amistad y honradez el juez ha de escoger entre esta última.

(399) RODRÍGUEZ CARRETERO, *La persona adoptada*, Madrid, 1973, pág. 539. Y mantiene que no puede quedar excluida para todos los supuestos adoptacionales la posibilidad de llegar a conformarse la tutela en la forma legítima, apoyando sus argumentos en las siguientes consideraciones: 1.ª Porque el sometimiento a la tutela por parte del adoptado no encuentra su causa en la menor edad y sí en cambio cualquiera de las manifestaciones de la incapacidad de la persona que acarrearán este efecto, nada obsta a que teniendo dicho adoptado descendientes legítimos o cónyuges sean éstos los llamados al desempeño de los cargos tutelares. 2.ª Porque al no desaparecer totalmente las relaciones jurídicas entre adoptado y familia de origen es posible atender subsistente la legitimación para que dichos parientes por naturaleza del menor adoptado desempeñe los cargos tutelares. 3.ª Porque caso de adoptado hijo natural reconocido del adoptante se puede aplicar lo dispuesto en el artículo 302 del Código civil en cuanto a la formación del Consejo de Familia. 4.ª También es posible constituir la tutela legítima cuando el adoptado sea hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del cónyuge del adoptante. Atendiendo a un criterio puramente finalista de la norma, mantiene Rodríguez Carretero, sea obligado sustentar la posibilidad de conformación legítima de la tutela del así adoptado.

(400) Cfr. ESPÍN, *Manual de Derecho civil*, tomo IV, Madrid, 1975, pág. 404; FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, «La adopción», *Anuario de Derecho civil*, tomo XXIV, 1971, págs. 692 y ss.; COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, Madrid, 1975, páginas 834 y 835; LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, tomo II, Barcelona, 1975, pág. 147; BERCÓVITZ, *Comentarios al Código civil...*, ob. cit., pág. 320

CAPÍTULO XI

AUSENCIA

La represión familiar que puede tener la desconexión entre el ausente y la esfera jurídica en que antes se desenvolvía (pérdida de patria potestad, traspaso de facultades administradoras o dispositivas de bienes de la sociedad conyugal, etc.) y ser en el ámbito familiar donde normalmente ha de localizarse al representante del ausente ha motivado que se incluyan en este trabajo aquellos supuestos de ausencia en que al juez le vengan atribuidas facultades discrecionales.

I. INTERVENCION JUDICIAL EN LA DEFENSA DEL DESAPARECIDO

La situación regulada en el artículo 181 contempla la intervención del juez con distinta intensidad, en cuanto a su arbitrio, según se trate de la esfera personal o de la patrimonial.

A. EN LA ESFERA PERSONAL

El juez, dados los requisitos que conforman la defensa del desaparecido (401), ostenta legalmente facultad para proceder al nombramiento

(401) Estos presupuestos son:

a) Desaparición de una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia sin haberse tenido en ellas más noticias.

b) Instancia o petición de parte interesada o del Ministerio Fiscal.

c) Que la persona desaparecida no estuviera legítimamente representada o voluntariamente por medio de apoderado (cfr. arts. 181 y 183, 1.º). Igualmente en este segundo caso también procede el nombramiento cuando el apoderado haya cesado voluntaria o involuntariamente (renuncia, muerte, expiración del poder) o las facultades concedidas no sean las hábiles para defender al desaparecido.

d) Que no haya pasado un año desde las últimas noticias de su desaparición o de tres si dejó apoderado (art. 193). Las últimas noticias van referidas al remitente, no al simple hecho de que no se hayan recibido en el domicilio o última residencia. Cfr. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, tomo I, Madrid, 1975, pág. 275; SERRANO SERRANO, *La ausencia en el Derecho español*, Madrid, 1943, página 109. Para Puig Peña (*Introducción al Derecho civil español, común y foral*, Barcelona, 1942, pág. 280) la falta de noticias no se da desde que se carece de noticias, sino desde el momento en que se debieran de tener noticias.



to del defensor, cuando lo requieran las *circunstancias del caso* (402).

El nombramiento, de exclusiva competencia judicial, debe recaer en las personas que marca el párrafo 2.º del artículo 181; y por este orden: cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente y parientes más próximos hasta el cuarto grado, también con mayoría de edad. No obstante el orden jerárquico que establece el Código civil, el juez puede nombrar —cuando las personas mencionadas no están presentes (403) o exista urgencia notoria— persona solvente y de buenos antecedentes. La Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 2.063 habla sólo de que «*en defecto*» de las personas mencionadas (cónyuges, hijos, ascendientes, hermanos) el juez podrá nombrar pariente o amigo que estime conveniente, idóneo y digno para el cargo que se le confiere.

El sentido y alcance que debe predominar es el de la Ley de Enjuiciamiento Civil (404): El juez sólo podrá nombrar defensor dativo (405) cuando *no estén* presentes las personas que *complementariamente* se enuncian en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso podrá ser nombrado un amigo del desaparecido, idóneo y digno para el cargo (cfr. art. 2.083 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o persona solvente y de buenos antecedentes (cfr. art. 181 del Código civil), previa audiencia, en ambos casos, del Ministerio Fiscal.

La idoneidad y dignidad o solvencia y los buenos antecedentes son circunstancias que apreciará discrecionalmente el juez, pero que el Ministerio Fiscal vigilará concurran en la persona en quien recaiga la elección.

Consecuentemente, podemos decir que el arbitrio judicial, en cuanto al ámbito personal de la ausencia presunta, de hecho o de defensa

(402) El artículo 181 no tiene carácter imperativo o vinculante, sino potestativo o facultativo. El juez hecha la información necesaria (cfr. art. 2.032 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) podrá realizar el nombramiento del defensor cuando se diera el perjuicio grave para el desaparecido.

(403) El término «presente» va referido a que se encuentre en el lugar donde se requiera su presencia la defensa del desaparecido.

(404) En caso de contradicción entre la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código civil debe estarse siempre a la armonización de ambos cuerpos legales. SERRANO SERRANO, *La ausencia en el Derecho español*, Madrid, 1943, pág. 80.

La sentencia de 23 de octubre de 1914 (Col. Legislativa, tomo 49, pág. 547) faculta al juez, en uso de las facultades que le confiere el artículo 181, para designar con las debidas seguridades administrador (defensor) de los bienes a un extraño.

(405) El auto del juez nombrando el defensor debe hacerse siguiendo los trámites del juicio verbal, pues así lo exige el artículo 2.032 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tanto para las solicitudes como para las oposiciones que se deduzcan en esta materia; siendo «juez competente el del último lugar en que haya vivido el ausente durante un año dentro del territorio español, y en su defecto el del último domicilio» (así el art. 63, regla 24, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por Ley de 30 de diciembre de 1939).

del desaparecido, sólo se concreta en *cuanto al «nomine»* al coordinar la no presencia del desaparecido con la «urgencia notoria».

Ligado al nombramiento del defensor (406) está la fijación del plazo de desaparición. Es cuestión dejada a la apreciación judicial, pues el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil guardan silencio al respecto. La fijación del plazo de desaparición (o de las últimas noticias recibidas) dependerá de las circunstancias que hayan rodeado dicha desaparición, lo cual se compagina con el carácter facultativo que para el juez tiene el nombramiento del defensor; aunque se haya pedido dicho nombramiento (por persona interesada o Ministerio Fiscal) el juez puede denegar lo solicitado *cuando apreciara que no se da el «perjuicio grave»*, tanto en la conservación del patrimonio del desaparecido como de su comparecencia en juicio. El juez, en este caso, se opone de forma indirecta, a través de la apreciación de que no se da la urgencia de lo solicitado.

B. EN LA ESFERA PATRIMONIAL

El arbitrio es *amplio* al conferir al juez (último apartado del artículo 181) la posibilidad de adoptar cuantas providencias *estime* necesarias a la conservación del patrimonio del desaparecido.

Dichas providencias o medidas podrán adoptar las formas y contenidos que el prudente arbitrio judicial estime oportuno para conseguir la finalidad conservativa del patrimonio del desaparecido. Serrano Serrano (407) cita, a título de ejemplo: la publicidad de la designación por la anotación del nombramiento en los Registros de la Propiedad y en el Mercantil, incitación al celo del defensor acordando una remuneración, revocación del nombramiento del defensor y sustitución por otro más idóneo, fianza, depósito, división de la cosa común en que participe el ausente, inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad, etc... (408).

Ante el silencio del Código podrían extenderse analógicamente las medidas que pudiera dictar el juez para el representante del ausente

(406) Mantiene OGÁYAR AYLÓN (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (arts. 181 a 198), tomo IV, Madrid, 1978, pág. 18) que la Ley no prevé la posibilidad de nombrar más de un defensor al ausente, pero, en cambio, no hay obstáculo para que se nombre uno solo para dos o más ausentes de hecho, como, por ejemplo, un matrimonio, dos o más hermanos, etc.

(407) SERRANO SERRANO, *La ausencia en el Derecho español*, Madrid, 1943, página 157.

(408) Con arreglo al artículo 2.031 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede de oficio, con intervención del Ministerio Fiscal, adoptar cuantas medidas de averiguación e investigación considere procedentes, así como todas las de protección que juzgue útiles el ausente.

(cfr. art. 2.037 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), las del tutor y las adoptadas en las testamentarias y abintestatos, aunque sin olvidar que estas diligencias precautorias y cautelares del juez deben limitarse a lo necesario y preciso para la protección del patrimonio del desaparecido y su defensa en juicio (409), quedando excluida cualquier intervención en su ámbito familiar (410).

Estas medidas tienden —es su *ratio legis*— a que los bienes del desaparecido no estén «*vacui possessionis*»; pues sobre ello confluyen los intereses del desaparecido, de los familiares que a su muerte podrían sucederle como herencia, el de los acreedores por significar, en cierta medida, la garantía de su crédito y el de la ley, representada por el Ministerio Fiscal, para que las fuentes de riqueza no permanezcan improductivas (411).

Los criterios que pueden inspirar al juez en las medidas no se mueven en el campo de la *absoluta y total discrecionalidad*, sino que al tamizarse por la actuación del juez se convierten en *algo que objetivamente puede ser valorable*: es decir, que el juez deberá actuar como actuaría el desaparecido si estuviera en condiciones de decidir sus propios intereses (412), y por otro lado debe decidir con arreglo a la *ratio*

(409) Cfr. MANRESA, *Código civil español*, tomo II, Madrid, 1944, pág. 157.

(410) La Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su artículo 2.034 que «si el padre desaparecido tuviera hijos menores de edad recaerá en la madre el ejercicio de la patria potestad, a no ser que el juzgado aprecie la concurrencia de razones graves para no acceder a dicha solicitud». En tal supuesto parece desprenderse que cuando sea declarada la situación de defensa del desaparecido el traspaso de la patria potestad a la mujer es automático, salvo las razones graves que el juez pueda estimar para denegar el efecto automático de la petición.

Estas razones graves se concretan a las del artículo 171 del Código civil y nunca razones de conveniencia económica (SERRANO SERRANO, *La ausencia...*, ob. cit., página 119).

Por otro lado, el artículo 2.035 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que si el desaparecido fuera viudo y tuviera hijos menores, a instancia de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, proveerá a aquéllos de un tutor, que actuará por sí y sólo sin necesidad de protutor ni de Consejo de Familia.

(411) En la ratio del 181 también se tienen en consideración los intereses de los terceros ligados por relaciones jurídicas con el desaparecido. De ahí que el propio artículo 181 permita que los titulares de intereses «(interesados)» puedan instar el nombramiento del desaparecido; pues son intereses susceptibles de ser o servir de fundamento a la situación de defensa del desaparecido. El término «interesados», es decir, los legitimados para pedir al juez el nombramiento del defensor, debe ser interpretado de forma extensiva.

Sobre las personas «interesadas» en el nombramiento, v. MANRESA, *Código civil*, tomo II, ob. cit., págs. 149 y s., y SCEVOLA, *Código civil*, tomo III, Madrid, 1942, páginas 766 y s. «Son interesados todos aquellos que tengan un derecho dependiente de la personalidad del ausente o del hecho de su muerte», pág. 768; OGA-YAR AYLLÓN, *Comentarios al Código civil...*, ob. cit., págs. 15 y 16.

(412) De ahí que el nombramiento judicial del defensor tenga siempre un carácter supletorio y sea imposible tal decisión cuando el desaparecido dejó representante (voluntario o legal) que lo defienda y represente en juicio y en sus negocios.

de la norma y a la finalidad que la ley exige al construir la situación de hecho de defensa del desaparecido. Por ello, la sentencia de 31 de marzo de 1959 (R. A. 1.527) establece que el prudente arbitrio otorgado al juez no puede extenderse hasta el punto de prescindir de toda clase de garantías, en defensa de los intereses del ausente.

En tal situación de defensa del desaparecido, el *verdadero defensor* del mismo *es el juez*, pues el defensor nombrado «limita su actitud al asunto o negocio para el que fue nombrado y desenvuelve su actividad bajo la intervención y dirección del juez» (413).

El límite judicial viene determinado por la *necesidad*. El juez tiene que apreciar que es necesario el nombramiento del defensor y necesarias también las medidas conservativas del patrimonio, convenientes para conseguir el resultado perseguido normativamente. El principio legitimador de la actuación judicial es pura y simplemente la necesidad patrimonial que se caracteriza por la *ocasionalidad*. Esa necesidad puede contemplarla el juez como «*damnus emergens*» o como «*lucrum cessans*». Una postura restrictiva parece ser la seguida por nuestro Código: *urgencia*, demora sin perjuicio *grave*, limitarían el término «necesidad», única y exclusivamente para evitar el «*damnum emergens*»; realmente es lo más importante. Pero dado los plazos considerables desde el punto de vista económico que tendrá que esperar el patrimonio del desaparecido, también deberá el juez proveer a medidas dirigidas a evitar el «*lucrum cessans*» (al ordenar al defensor preocupación y esmero en la defensa de los intereses económicos) (414).

II. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA SITUACIÓN DE AUSENCIA LEGAL

Una vez declarada la ausencia por la concurrencia de determinados presupuestos (415), nos interesa examinar en qué momentos interviene y qué función corresponde a la autoridad judicial.

(413) Díez PICAZO, *Lecciones de Derecho civil*, Valencia, 1967, pág. 144. Las facultades del defensor las determina el juez, las del representante las conforma la Ley.

(414) Quedará a la apreciación de los Tribunales la graduación de la responsabilidad del defensor en su actuación, por aplicación analógica del artículo 1.739 del Código civil. Para la equiparación del defensor al mandatario particular, aunque sea distinta la fuente de su actuación. Cfr. SERRANO SERRANO, *La ausencia...*, ob. cit., págs. 124 y s.

(415) Cfr. ALBADALEJO, *Derecho civil*, tomo I, Barcelona, 1975, págs. 309 y 310. Según una parte doctrinal la concurrencia de las circunstancias determinadas por la Ley (paso de un año desde las últimas noticias si no hubiera dejado apoderado con facultades de administrar todos sus bienes o paso de tres si los hubiera dejado) no tiene más efecto que el de hacer posible la obtención de la de-

A) INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL NOMBRAMIENTO DEL REPRESENTANTE

El artículo 184 establece una doble categoría de representantes: los legítimos y los dativos. Los primeros encuentran sus fuentes en la ley; los segundos, en el juez.

Según el citado artículo: «Salvo *motivo grave* apreciado por el juez, corresponde la representación del declarado ausente... 1) al cónyuge, 2) al hijo, 3) al ascendiente, 4) a los hermanos... En defecto de las personas expresadas corresponde en toda su extensión a la persona solvente de buenos antecedentes que el juez, oído el Ministerio Fiscal, designe a su prudente arbitrio».

Una doble facultad se concede al juez: la de nombrar un representante del ausente, en defecto de los legítimos, y la de alterar el orden que marca el artículo 184 para los legítimos cuando exista «motivo grave».

a) La discrecionalidad la sanciona el artículo 184 cuando establece que «salvo motivo grave apreciado por el juez corresponde la representación del ausente...». La norma está remitiendo al juez la *calificación* del representante legítimo a través de la apreciación del motivo grave.

Los «motivos graves» aludidos en el artículo no los encontramos en las disposiciones sobre esta materia de la ausencia sino de forma indirecta. Así, el artículo 185, *in fine*, establece que «serán aplicables a los representados dativos del ausente... los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela...». Creemos que pueden encuadrarse dentro de los motivos graves aquellos supuestos que inhabilitan para el ejercicio de la tutela, así como los de excusas y remoción de tutores (416).

Al igual que estos «motivos graves» deciden el nombramiento de representante dativo del ausente, también pueden influir para revocar el nombramiento ya realizado.

Según el artículo 2.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su párrafo 2.º, el juez podrá acordar la práctica de cuantas pruebas considere oportunas, a fin de adquirir el convencimiento de la procedencia o im-

claración de ausencia; siendo esta declaración la que opera el cambio en la condición del sujeto: de desaparecido pasa a ser ausente en sentido estricto (declarado ausente). Según otro punto de vista doctrinal, la situación de ausencia legal, que se produce automáticamente cuando concurren aquellas circunstancias, da lugar de por sí a ciertos efectos, aunque para que se produzcan los principales, y con ellos la totalidad de los propios de la ausencia (en sentido estricto), hace falta la declaración de la misma.

(416) En este sentido, Díez Picazo (*Lecciones de Derecho civil*, Valencia, 1967, página 147) al hablar de la administración de los bienes del ausente nos dice que son aplicables las causas de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores.

procedencia de la declaración de ausencia; por tanto, «los motivos graves» se podrán deducir no sólo de las pruebas aportadas por los interesados (art. 2.038, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sino también de las practicadas de oficio.

No soy partidario de que el juez deba seguir el orden que establece el artículo 184. Me baso en una interpretación lógica y gramatical. El artículo 184 menciona un conjunto de personas que la ley presume idóneas para representar al ausente, pero deja al juez la *confirmación* de idoneidad; de ahí el último inciso facultando al juez para nombrar a cualquier persona solvente (417).

b) El artículo 184, *in fine*, confiere facultades de arbitrio para la *elección de la persona* que ha de ejercer la representación.

Esta elección judicial o dativa la somete la ley a dos condiciones objetivas, las cuales, como en el caso del defensor judicial, serán recaer el nombramiento en persona solvente y existencia de buenos antecedentes (418).

La solvencia habrá de regularse por la cuantía de la fortuna del ausente, sin perjuicio, como mantiene Serrano Serrano (419), de que el juez pueda entender, en *algún caso*, para mejor proteger los intereses del ausente, la solvencia moral, anteponiéndola a la económica. La exigencia de los «buenos antecedentes» hace referencia a la bondad del «bonus vir».

La posibilidad de esta elección judicial está limitada a solo el caso de que *faltan* o en *defecto* de las personas llamadas por la ley (cónyuge, hijo, ascendiente o hermano); sin que a nuestro entender pueda entrar en juego la elección, cuando *simplemente no estén presentes* las personas citadas o cuando no existan motivos graves o de urgencia. La razón de que la elección dativa del representante sólo sea subsidiaria radica seguramente en el carácter estable y duradero de la situación de ausencia legal frente al provisional u ocasional que tiene la del simplemente desaparecido.

(417) Según Serrano Serrano (*La ausencia...*, ob. cit., págs. 166 y 167) dentro de esa omnimoda libertad que corresponde al juez para designar representante debe guardar fidelidad a las orientaciones que preside el artículo 184; es decir, guardando la preferencia de varón sobre hembra y de mayor de edad al de menor. Sin que haya inconveniente en que el juez prefiera a los familiares no incluidos en el elenco que hace la Ley.

(418) La Ley de Enjuiciamiento Civil no establece en el supuesto de ausencia legal a diferencia del de defensa del desaparecido que el nombramiento pueda recaer en «pariente» o «amigo» del ausente. De ello se puede deducir la mayor discrecionalidad que en la defensa del desaparecido la Ley ha querido confiar al juez.

(419) SERRANO SERRANO, *La ausencia*, ob. cit., pág. 166.

El juez, al designar al representante dativo, ha de atender razones de amistad con el ausente o con los familiares de éste, por analogía con lo que establece el artículo 294 para el Consejo de Familia dativo al preferir los amigos de los padres del menor incapacitado (420).

B) ACTUACIÓN DEL REPRESENTANTE

a) De las obligaciones (421) que competen al representante se confiere discrecionalidad al juez en el supuesto del artículo 185, 2.º: decidir sobre la *modalidad* y *cuantía* de la garantía a prestar por el representante legítimo no privilegiado (hermano), sin otro límite que el que marque su prudencia.

El juez fijará la *modalidad* (hipotecaria, pignoraticia o personal) de la garantía y su *cuantía*. La ley quiere destacar que al juez le está vedado la posibilidad de *exonerar* de garantía a los representantes legítimos no privilegiados o a los dativos. De la interpretación gramatical del artículo 185, 2.º, así parece deducirse al decir que «quedan exceptuados» de tal garantía los privilegiados, y sólo queda a la función prudencial del juez el *quantum* y la clase o modalidad (422); «sensu contrario» estarán obligados a prestarla los que no están expresamente excluidos; y la no prestación de la garantía puede ser tenida como una causa de remoción del representante (423).

Se ha mantenido (424) que en la representación dativa, el juez, en aplicación del 253 del Código, deberá exigir que la garantía sea hipotecaria o pignoraticia, admitiendo solamente la personal cuando fuese imposible constituir alguna de las anteriores. Tal vez no está desprovista de fundamento esta posición por la remisión que a las normas que regulan la tutela hace el artículo 185, *in fine*; pero estimo que la mención «prestar la garantía que el juez prudencialmente fije» hace referencia no sólo al *quantum*, sino también a la clase o modalidad de la garantía, conservación y defensa del patrimonio del ausente.

La obligación del representante de defender y conservar el patrimonio del ausente implica una gestión sobre bienes ajenos que conlleva a su vez a la intervención judicial en los actos de administración y de disposición sobre el patrimonio ajeno.

(420) SERRANO SERRANO, *ob. cit.*, pág. 167.

(421) Cfr. arts. 185 y 186 del Código civil, y 2.045 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(422) El artículo 2.046, 2.º: «Si fuere otra persona (se refiere a los que no enumera en el apartado 1.º, es decir, a los representantes legítimos privilegiados), el juez le señalará la clase de fianza (estimo que esta referencia no se emplea en un sentido técnico, sino en el de garantía), así como la cuantía de la misma...»

(423) Cfr. SERRANO SERRANO, *La ausencia...*, *ob. cit.*, págs. 186 y 191.

(424) MANRESA, *Código civil comentado*, tomo II, Madrid, 1944, pág. 181.

b) En lo referente a la *administración* de los bienes del ausente la ley señala en el artículo 185, 4.º, del Código civil que el representante habrá de ajustarse a las normas que en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente se establecen en la Ley Procesal Civil.

Estas normas están comprendidas en el artículo 2.046 de dicha Ley procesal, que establece un distinto alcance de las facultades administradoras, según el tipo de representante. Si el representante es de los privilegiados (cónyuge, hijo, ascendientes) se le conceden «las más amplias facultades para la administración de los bienes sin necesidad de rendir cuentas...», salvo que el juez «aprecie *circunstancias singulares* que aconsejen imponerle alguna limitación» (cfr. art. 2.046, párr. 1.º). Si el representante es de los no privilegiados (hermanos) o de los dativos, «el juez», al nombrar al representante, *fixará prudencialmente* la cuantía a que puedan ascender los actos de administración que le sea lícito ejecutar sin necesidad de licencia judicial; teniendo en cuenta la importancia del caudal, la naturaleza de los bienes y las conveniencias para su eficaz protección».

La discrecionalidad judicial interviene en la administración del patrimonio del ausente en un doble sentido: apreciando qué «*circunstancia*» impone limitación a la administración y «*fixando, prudencialmente, la cuantía* a que ascienden los actos de administración».

Dado que la administración corresponde automáticamente a los representantes privilegiados, el juez sólo podrá configurar como circunstancia singular aquella en que el nombrado no pueda ni sepa administrar (presumiéndose de la administración dilapidadora que haya realizado de su patrimonio y fracasado en sus negocios... o estuviera incapacitado por pródigo, que es «motivo grave» a que alude el artículo 184, 1.º). Podemos decir que el juez no puede imponer limitaciones a los representantes privilegiados que se hubieren comportado en sus actuaciones propias y ajenas como un «buen padre de familia». Las limitaciones que puede imponer el juez tanto para este supuesto como para el caso de no ser representantes privilegiados son las *normales* (425). En todo caso, las «*circunstancias singulares*» de que habla el Código son de *interepretación restrictiva*.

La exigencia de la licencia judicial tiene el condicionamiento de «la

(425) Así se manifiesta ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo I, vol. I, Barcelona, 1975, pág. 313. Mantiene Scaevola (*Código civil*, tomo III, Madrid, 1942, pág. 810) que el artículo 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la forma de su redacción, motivará en orden a los actos que deben ser considerados como administración y aquellos otros que han de estimarse como de enajenación y gravamen las mismas dudas que el artículo 164 del Código civil.

importancia del caudal», «la naturaleza de los bienes» y las «conveniencias para su eficaz protección». La fijación *prudencial* a que se refiere el artículo 2.046 es sólo un concepto que responde a procurar la conservación y defensa del patrimonio del ausente. De esta forma si no existe caudal, si los bienes son inmuebles improductivos o si está el patrimonio suficientemente garantizado, no hay obstáculo alguno para que el juez exima de licencia en la realización de actos de administración (426) que no comprometan dicho patrimonio.

No creemos pueda considerarse como manifestación del arbitrio judicial las intervenciones de la autoridad judicial que preconiza el último apartado del artículo 185, pues al sustituir el acuerdo del Consejo de Familia por la decisión del juez no hace el Código más que un traspaso de funciones de un órgano (Consejo de Familia) a otro (autoridad judicial), que, como tales, no consisten en facultades sino en deberes y funciones propias de un normal desenvolvimiento de la institución. Además, para esta intervención judicial hay que estar al artículo 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contiene normas concretas al respecto, las cuales, aun estando incorporadas a un texto procesal por estar establecidas con posterioridad a la reforma del Código civil en la materia, han supuesto, en cierta medida, la inaplicación práctica de ciertas declaraciones genéricas del Código civil, entre ellas la que ahora nos ocupa del citado artículo 185 (427).

c) Por lo que respecta a los *actos de disposición* entendidos estos como actos tendentes a «defender» y «conservar» el patrimonio del ausente (488), preceptúa el artículo 186, párrafo último, que «los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán gravarlos, venderlos, hipotecarlos o darlos en prenda sino en caso de *necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el juez*, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida».

(426) SCAEVOLA (*Código civil*, tomo III, Madrid, 1942, pág. 816) es de la opinión que el no cumplimiento por parte del representante de la autorización da lugar a la anulabilidad del acto. Mantiene Díez Picazo y Gullón (*Sistema de Derecho civil*, tomo I, Madrid, 1975, pág. 281) que el representante dativo, fuera de la fijación de la cuantía a que pueden ascender los actos de administración y de la vigencia del artículo 186, *in fine*, es equiparado a un tutor que administra el patrimonio de la persona sometida a tutela, sustituyendo la licencia judicial y el informe del Ministerio Fiscal los requisitos de la intervención del protutor y autorización del Consejo de Familia, cuando se exijan legalmente para la actuación del tutor (art. 185, 2.º).

(427) Téngase presente que el Código civil —artículo 185, 4.º— remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(428) El artículo 186, *in fine*, dicen Díez PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, tomo I, ob. cit., pág. 281), hay que interpretarle en el sentido de que se prohíbe al representante disponer del capital, pero no de realizar actos de disposición que entren en las facultades de un buen administrador (como, por ejemplo, la venta de cosechas).

Por la semejanza con los supuestos de enajenación de menores por el que ostente la patria potestad o el de pupilo por su tutor, nos remitimos a lo que en estos apartados se dice en otro lugar de este trabajo. No sólo por los criterios de *urgencia* o *necesidad*, sino también por exigirlo, implícitamente, el inciso último del párrafo transcrito («determinar el empleo de la cantidad obtenida»), el juez sólo podrá autorizar actos de disposición a título oneroso.

El juez para autorizar tales actos ha de examinar si se da la necesidad o utilidad del acto de enajenación o gravamen; pero entendiendo estas calificaciones de necesidad o urgencia como exigencias de la *vida real* que reclamen la defensa y tutela de los intereses del ausente. De ahí que la autorización debe indicar, con tal finalidad, el destino de la cantidad obtenida.

d) La intervención judicial en materia de *remuneración del representante* del ausente es diferente según la persona en que haya recaído el nombramiento.

Si el representante es de los llamados privilegiados (cónyuge, hijo o ascendiente), según el artículo 186, 1.º, disfrutarán de la posesión temporal del patrimonio del ausente y harán suyos los productos líquidos en la *cuantía* que el juez señale, habida consideración del importe de los frutos, rentas y aprovechamientos, número de hijos del ausente y obligaciones alimenticias para con los mismos, cuidados y actuaciones que la representación requiera, afecciones que graven el patrimonio y demás circunstancias de la propia índole.

Cuando el representante es también legítimo, pero no privilegiado (hermano), también se le concede la posesión temporal y el juez fijará la *cuantía* de la remuneración, pero sin que pueda en ningún caso retener más de dos tercios de los productos líquidos (art. 186, 2.º).

Estimo que cuando el Código civil (art. 186) habla de que el juez *fijará* la *cuantía* de la remuneración patrimonial acepta la teoría de la remuneración por administración (429), que además es más acorde con la finalidad de la institución y la de *las situaciones familiares* que con la ausencia pueden verse afectadas. Así, si el ausente dejó hijos sometidos a la patria potestad es lógico que la posesión temporal (terminología del *Código* italiano) o provisional (terminología del *Código* francés) viene a cumplir los fines de un usufructo legal que sirve para que el representante titular de la patria potestad pueda cumplir las funciones atribuidas legalmente; lo mismo puede afirmarse para el su-

(429) Sobre remuneración, cfr. SERRANO SERRANO, *La ausencia...*, ob. cit., página 196; DE CASTRO, «La remuneración del representante legítimo del ausente», *Anuario de Derecho civil*, marzo. 1948.

puesto de que el representante fuera hermano del ausente y contribuya al mantenimiento de sus restantes hermanos menores de edad.

Con todo ello hemos querido indicar que en la *discrecionalidad del quantum* encomendada al juez debe prioritariamente tener presente el cumplimiento de los fines familiares o matrimoniales y, en segundo lugar, la verdadera retribución o remuneración de representante-administrador de bienes ajenos (del ausente) (430).

La remuneración de los representantes dativos no se menciona expresamente en las normas que regulan la ausencia; pero por la remisión que hace el artículo 185, *in fine*, a las que regulan la tutela tendrán una remuneración semejante a la que el artículo 276 establece para el tutor. El juez también fijará en este caso el *quantum*, teniendo a la vista la *proporcionalidad* entre el caudal y el trabajo de la administración sin que en ningún momento pueda bajar del cuatro ni exceder del diez por ciento de la renta o productos líquidos de los bienes del ausente.

(430) Dice Cossío («El patrimonio del ausente», en *Rev. Derecho Privado*, 1942, página 382) que el poseedor temporal es un representante legal cuyas facultades no difieren esencialmente de las de cualquier otro administrador espléndidamente retribuido y que en esto se diferencia del representante dativo aparte de la amplitud de su gestión.



CAPÍTULO XII

TUTELA

Se pone de manifiesto la discrecionalidad judicial en una de las instituciones de más señalada importancia: la tutela (431). La confusa y prolija regulación se achaca en parte a la derogación por nuestro Código civil de la tutela de autoridad o judicial para ser sustituida por la de familia, siguiendo el modelo francés; mas en todo momento histórico el pensamiento del legislador ha estado puesto en la protección del débil o indefenso.

No puede el legislador en todo momento salvar la mala fe, la incuria o el fraude con que el individuo vulnera la finalidad de las normas jurídicas y que hacen ciertas las palabras de Menéndez Pidal: «Para nadie es un secreto que aun en las tutelas donde mejor se actúa el cargo de protutor es meramente decorativo, y los Consejos de Familia no suelen reunirse, como dice Morell, sino cuando se trata de enajenar bienes raíces, y esto porque los notarios y registradores no transigen con la mera intervención del tutor, que es de hecho el único y soberano árbitro de la fortuna de un menor o incapaz» (432).

Roma mediatizó las estructuras jurídicas por razones políticas. Es viva muestra de ello la definición de Servio transmitida por Paulo (433): «Tutela ut Servius definit vis ac potestas in capite libero ad tuendum

(431) Aun cuando la tutela venga a satisfacer una función protectora de los incapaces, y, tal vez, su estudio correspondería con unos criterios estrictamente dogmáticos a la parte general del Derecho civil (así lo hace parte de la doctrina francesa y alemana), no es menos cierto que la tutela, en decir de Espín (*Manual de Derecho civil*, vol. IV, Madrid, 1975, pág. 478), tiende a suplir las relaciones familiares, siendo como un complemento de la familia, y en este sentido, muchos autores, la estudian dentro del cuadro de las relaciones familiares. Este criterio se halla plenamente confirmado por nuestra doctrina (De Castro nos habla de que la tutela está organizada siguiendo moldes de la familia, incluso en su variedad de tutela dativa, *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, Parte General, vol. I, página 136) y nuestra jurisprudencia (la sentencia de 17 de junio de 1943) dice que la tutela está concebida como institución familiar; cfr. PIÑAR LÓPEZ, «La tutela: principios y órganos», en *Rev. de Derecho Notarial*, núms. 53 y 54, 1966, página 185.

(432) MENÉNDEZ PIDAL y DE MONTES, «La mala fe en las relaciones tutelares», *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 154, año 1929, pág. 180.

(433) *Digesto*, libro 26, título I, ley 1.

eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit iure civile data ac permisa.» En la definición se señala la finalidad protectora del pupilo («ad tuendum»); no habían desaparecido todavía los impulsos del poder como se señala en «vis ac potestas». La tutela era como una patria potestad prolongada, un «vitae nactus» retrasado, y la intervención pública fue precisamente la que la hizo evolucionar para ir desplazando el aspecto interesado de la tuición por el aspecto de deber o carga pública (434).

Posteriormente continuó politizándose la estructura jurídica de la tutela, y en la Edad Moderna la tutela de autoridad hizo acto de presencia, encomendándose al poder judicial la guarda de la persona y bienes de quienes por sí mismos no podían gobernarse.

El legislador español tal vez impresionado por los jurisconsultos del Código civil francés y por nuestro Proyecto de 1851, complicó la tutela y modificó el esquema pasando de eje judicial a eje familiar. Confió en el «ius sanguinis» por el cariño familiar expreso y directo en la tutela testamentaria y presunto en la legítima. Mas como dice Menéndez Pidal: «Ni el rico preocupado con sus negocios, ni el pobre sometido a su trabajo, suele tener tiempo ni humor, especialmente hoy, dada la celeridad con que transita la vida humana; para dedicar sus cada día más escasos ocios a la administración y cuidado de los bienes de un pariente menor o incapacitado, y precisamente para vigilar, fiscalizar e indisponerse, quizá, con otro pariente que ejerce de tutor, por eso los casos de abandono de funciones son frecuentísimos, y de hecho las tutelas son manejadas con buena o mala fe, por un solo individuo que pueda aprovechar la pereza de los demás, para redactar las actas del Consejo que tenga por convenientes, incluso tomando acuerdos ilegales y hasta disponiendo la enajenación del patrimonio del pupilo en la seguridad de que todas ellas serán firmadas sin protesta por los vocales del Consejo, pacíficos ciudadanos, posiblemente ignorantes de las complicadas disposiciones del Código civil en estos menesteres y siempre propicios para abandonar el cargo, puesto que en definitiva suele tenerles muy sin cuidado los intereses del pupilo» (435).

Nuestro Código dedica a la tutela buen número de disposiciones, reflejando su preocupación por la protección del menor o incapaz y, sobre todo, de sus bienes; estas premisas son las que han de servir

(434) La tutela en Roma era una función viril; solo ejercitable por el varón y provista de un carácter socio-económico patrimonial, sin perjuicio a las analogías y diferencias con la curatela.

(435) MENÉNDEZ PIDAL, *La mala fe...*, ob. cit., pág. 184.

para valorar e interpretar el alcance de las facultades discrecionales del juez.

I. FUNCION DE LA INTERVENCION JUDICIAL

La complejidad de la tutela se traduce en el binomio Autoridad-Amistad (juez-familia). Lo que se pone de manifiesto en determinadas situaciones familiares.

Cuando la confianza se acerca a la *plenitud*, como sucede en la relación paterno-filial, el ordenamiento positivo se mantiene a la expectativa, deja al padre el libre y discrecional ejercicio de la patria potestad y sólo hace acto de presencia para regular ciertos actos dispositivos que estima graves (art. 164); eludir perjuicios que al menor puedan ocasionarse por intereses contradictorios (art. 165), y evitar que en situaciones que no pueden calificarse de normales, sufran daño en su persona o bienes los que a dicha patria potestad se hallen sujetos (artículos 157 y 166). Cuando la función tuitiva no se inscribe en el marco de la patria potestad, sino en el de la tutela, la *confianza disminuye* y entonces el Derecho se ve precisado a ampliar su intervención, limitando las facultades discrecionales, aumentando las regladas e incluso acotando «a priori» una esfera de inactividad o ineficacia jurídica (436).

Pues bien, con estas presuposiciones se desenvuelve en el derecho patrio la figura de la representación de los menores e incapaces. Patria potestad, tutela y demás representaciones legales son los mecanismos que el ordenamiento positivo, con un reparto más o menos complicado de competencias, establece con la recta intención de proteger los intereses del posible perjudicado.

La dualidad autoridad-amistad se puede deducir de la sentencia de 16 de octubre de 1908 (437) al afirmar que «cuanto hace referencia al organismo tutelar debe tener como base de interpretación el principio de *interés y afecto*», y de la sentencia de 30 de enero de 1914 (438) al mantener que «la tutela, dado su origen y fundamento *familiar y social*, constituye más bien un deber que un derecho en el llamado a desempeñarla». En tales resoluciones judiciales se pone de manifiesto la tensión entre el «interés» y «fundamento social» (cuya vigilancia y protección se confían al juez) y el «afecto» o «fundamento familiar» (a cuyo

(436) PIÑAR LÓPEZ, «La tutela, principios y órganos», *Rev. de Derecho Notarial*, páginas 192 y 193.

(437) Col. Leg., tomo 30, pág. 218.

(438) Col. Leg., tomo 47, pág. 256.

cargo están aquellos que por la amistad y la familia tienen relación con el pupilo). En este conflicto debe darse primacía a la *fundamentación social* sobre la familiar. Tal afirmación es consecuencia de que en materia de guarda tutelar la intervención judicial reviste un carácter activo, pudiendo ser ejercitada por iniciativa propia en defensa de las personas necesitadas de protección tutelar (sentencia de 5 de marzo de 1947).

La tutela de familia ha sido mirada con recelo; tal vez por la falta de confianza que se tenía en el tutor. Se afirmaba que «si se pretendiese hacer una estadística sobre las tutelas que funcionan prescindiendo de los innumerables casos en que los menores e incapacitados se encuentran abandonados de amparo legalmente organizado, podrían conocerse infinidad de anomalías, verdaderas enormidades, y no escasos abusos, pues los organismos tutelares ordinariamente funcionan de un modo bien distinto a las previsiones del Código civil» (439).

Ante esta situación de la vida real nuestro Código civil no pudo prescindir de la intervención judicial.

Pero ¿cuál es el papel que el Código civil atribuye, en la tutela, a la autoridad judicial?

Las funciones tutelares, en un complejo entramado de competencias, se atribuyen *casi en su totalidad* al tutor, protutor y Consejo de Familia. ¿Dónde colocar, entonces, la figura del juez? Su lugar está formalmente *tras* el tutor, protutor y Consejo de Familia. La ley *no se fía* de ellos y con una lógica *discrecionalidad* inspira *toda la regulación* de la tutela; hasta el punto de que podemos mantener que el juez está presente en todo el funcionamiento tutelar.

Se hace cierto lo que el Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de julio de 1953, sentó: «Que la ley encarga a la autoridad judicial hacer lo que por incuria, negligencia o mala fe no haga o haga en perjuicio del pupilo el tutor, protutor o Consejo» (440).

Es en este principio donde la intervención judicial encuentra su razón de ser y, a su vez, su límite. Nuestra jurisprudencia consecuente con este postulado manifiesta que «dado el carácter del sistema tutelar establecido por nuestro Código civil, la intervención que a la autoridad judicial concede en la constitución y funcionamiento del Consejo de Familia, ni alcanza a inmiscuirse en sus actuaciones privativas, ni permite alterar sus decisiones, sin otra razón que la de imponer una

(439) MENÉNDEZ PIDAL, *La mala fe...*, ob. cit., pág. 180.

(440) Repertorio Aranzadi, núm. 2.009/53. En igual sentido, cfr. sentencias de 7 de diciembre de 1901 (Rf. Col. Leg., tomo 92, pág. 137), 19 de junio de 1901 y 17 de junio de 1943 (R. A. 729).

más acertada, lo que en manera alguna le está atribuido, ni le autoriza a dejar sin efecto los acuerdos del organismo tutelar, aun defectuosamente formado, sino en los limitados casos en que por obvias razones de nulidad radical o defensa de los intereses del tutelado se impone» (441). El interés del pupilo aconseja, incluso, la actuación de oficio del juez (sentencia de 5 de marzo de 1947 y 17 de junio de 1943).

Llegados a este punto procedería decidir si nuestro sistema tutelar debe ser de familia o de autoridad. Mas no es nuestro propósito plantearnos ahora la cuestión de si nuestro ordenamiento positivo acoge o debería escoger uno u otro de los sistemas, pues el tema escaparía de los concretos límites de este trabajo. Sólo apuntamos que el cambio operado por el Código civil se realizó al «reducir las funciones de la autoridad judicial y crear, siguiendo al Código napoleónico, la protutela y el Consejo de Familia, transfiriéndose a éste todas, absolutamente todas, las facultades que antes eran propias de dicha autoridad» (442).

Mas no parece, sin embargo, que al desarrollar el Código las atribuciones que corresponden a cada uno de los órganos (tutor, protutor y consejo de familia) se haya relegado al juez a un extremo ajeno a la institución.

Es verdad que el juez, en la estructuración personal de la tutela, no tiene el carácter de órgano tutelar; pero la importancia o no de los elementos personales que intervienen en una institución debe considerarse no desde el punto de vista orgánico sino desde el «punto de vista funcional»; es decir, de las funciones que la ley ha querido encomendar a cada uno de dichos elementos (443).

(441) Sentencia de 17 de febrero de 1962 (R. A. 1.642). Sobre actuación de la autoridad judicial en interés del menor o incapaz, cfr. sentencias de 17 de junio de 1943 (R. A. 729), 28 de abril de 1965 (R. A. 2.373), 16 de octubre de 1908, 21 de mayo de 1959 (R. A. 2.463), referida a las costas procesales que se imponen al tutor y no al patrimonio del pupilo; 29 de noviembre de 1975 (R. A. 4.315), en un supuesto de remoción del presidente del Consejo de Familia por mal desempeño de sus funciones; 20 de enero de 1904 (C. L., tomo 15, pág. 155), en un supuesto de aplicación del artículo 216; 8 de abril de 1954 (R. A. 1.014).

(442) ESCOBAR DE LA RIVA, *La tutela*, Madrid, 1943, pág. 17.

(443) ESCOBAR DE LA RIVA (*La tutela*, ob. cit., pág. 17) afirma que «en realidad son las funciones que le quepan a la autoridad judicial las que verdaderamente deben decidir, afirmativa o negativamente, sobre su carácter como órgano tutelar». Díez Picazo considera a la autoridad judicial como el *cuarto órgano* de la tutela (cfr. su trabajo «Notas sobre la institución tutelar», *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1973, págs. 1389 y ss.; LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales* (arts. 181-332), tomo IV, pág. 258: «la autoridad judicial es un órgano de la tutela, al que el propio Código reconoce muy importantes funciones». Esta posición es también compartida por nuestra jurisprudencia. Así en sentencias de 7 de diciembre de 1901, 17 de junio de 1947 (R. A. 729) y la de 28 de abril de 1965 (R.A.2.373) se mantiene que «si bien en nuestro Derecho la tutela está concebida como institución familiar, es indudable que el organismo consti

El examen conjunto de la normativa sobre la tutela nos muestra que el juez *está formalmente* solo en algunos lugares o momentos del desarrollo teórico de la tutela. En realidad se le atribuyen explícitamente por la ley funciones importantísimas y de fondo en la vida tutelar. No queremos caer en el error de fijarnos en el número mayor o menor, o en la clase de las determinaciones que se someten al control de la autoridad judicial; ni que dichas y atribuidas facultades puedan o no llevarse a la práctica; basta, como bien dice Escobar de la Riva, con que figuren en el elenco de la ley y le estén atribuidas a la autoridad judicial (444).

II. INTERVENCION DEL JUEZ EN LA FASE DE PROMOCION DE LA TUTELA

Al juez se le encomienda por la ley, aun *antes* de la constitución del Consejo de Familia y del completo organismo tutelar, el preocuparse de la persona y bienes del menor o incapacitado sometido a tutela (445).

El artículo 293 establece «si el Ministerio público o el juez municipal tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna de las personas a que se refiere el artículo 200, pedirá el primero y ordenará el segundo, de oficio o a excitación fiscal, según los casos, la constitución del Consejo de Familia» (pár. 1.º); en el párrafo segundo señala las personas que están obligadas a poner en conocimiento del juez municipal el hecho que da lugar a la tutela: el tutor testamentario, los parientes llamados a la tutela legítima y los que por ley son vocales del Consejo, sancionando con daños y perjuicios su incumplimiento; y en el párrafo tercero se limita a decir que «el juez municipal citará a las personas que deban formar el Con-

tuido de la misma se halla integrado no sólo por el tutor, el protutor y el Consejo de Familia, sino *además* por la autoridad judicial.

(444) ESCOBAR DE LA RIVA, *La tutela*, ob. cit., pág. 17.

(445) Podemos hablar de una tutela provisional o interina en los siguientes momentos:

- 1) Antes de que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 293 del Código civil.
- 2) Una vez cumplido, con dicho precepto, y antes de constituirse la tutela en su totalidad.
- 3) Cuando algunos de sus órganos «falla» (remoción de tutor, incapacidad, etcétera).

El legislador de 1889, durante el supuesto primero (art. 293 del Código civil), no confiando en la familia, yuxtapone al juez el deber u obligación legal de iniciar el proceso tutelar. Vid. LETE DEL RÍO, «Tutela provisional», en *Anuario Derecho Civil*, 1967, págs. 153 y s.



sejo de familia, haciéndoles saber el objeto de la reunión, el día, hora y sitio en que ha de tener lugar».

Ante esta actividad judicial podríamos preguntarnos ¿existe arbitrio judicial en la obligación de ordenar la constitución del Consejo de Familia y de citar a las personas que deban constituirlo? La respuesta creemos que debe ser negativa. Este artículo 293 lo que hace es respetar el criterio legal de acudir al juez y al Ministerio Fiscal como últimos baluartes de promoción y constitución de la tutela (446).

El Código civil ha querido que siguiendo el modelo francés, la tutela se rija por el criterio de la «organicidad» (tutor, protutor, Consejo de Familia), limitándose a imponer al juez un deber de celo (447) para promover «ex officio» o a instancia de parte la formación del Consejo.

No hay arbitrio, porque el juez se limita a cumplimentar una orden legal. Si tiene conocimiento (de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o de parte) no puede actuar más que en un solo sentido: citar y convocar al Consejo de Familia. Que no hay arbitrio y simplemente es una norma de apoyo al celo público lo corrobora el hecho de que deberán coadyuvar al cumplimiento de dicho artículo 293, en cuanto se trate

(446) Únicamente se podría hablar de cierta discrecionalidad para elegir la composición del Consejo de Familia (art. 294 del Código civil, modificado por la Ley de 24 de abril de 1958).

A nuestro entender, el artículo 294 responde a la idea de que el juez no se vea en ningún momento obstaculizado en la obligación legal de constituir el Consejo de Familia, dejando a su elección, cuando no haya ascendientes, descendientes, hermanos o parientes, la designación de las personas «amigas» y «honradas».

Creemos con Manresa (*Código civil español*, tomo II, Madrid, 1943, págs. 570 y 571) que el juez en su determinación debe preferir entre dos personas honradas la más amiga de los padres, pero entre una honrada y no amiga y otra amiga pero no honrada debe optar por la primera, prescindiendo de la amistad, pues la finalidad de la tutela es la protección y defensa de la persona y bienes del incapaz y es claro que una persona honrada cumplirá mejor tales fines.

(447) La obligación que impone el párrafo 2.º del artículo 293 responde a la prontitud y urgencia con que debe proveerse al menor o incapacitado del Consejo de Familia, amparo y garantía de la persona e intereses de aquél, por lo cual ya se atiende al sentido gramatical de la frase adverbial que usa la Ley y al fundamento legal que la dicta el espacio de tiempo que medie entre el momento en que las indicadas personas tengan noticia del hecho que determine la tutela y en el que cumpla el precepto de la Ley ha de ser tan próximo e inmediato como aconseja la prudencia del hombre más escrupulosamente exacto en el cumplimiento de sus obligaciones (sentencia de 1 de mayo de 1894, *Colec. Leg.*, tomo 75, 2.º, página 277). Pero debe armonizarse la urgencia con que el legislador quiere que se provea a la protección de la persona y bienes del menor o incapacitado con la posible realidad de las cosas, y, por tanto, sujeta, según las circunstancias de cada caso, a aquellas diligencias previas que hayan necesariamente de practicarse para saber las disposiciones del testador, si las hubiera, respecto a la tutela, y aquellas otras diligencias relativas a conocer los parientes llamados también por la Ley a constituir el Consejo de Familia y cuantos otros antecedentes sean indispensables para que dicho organismo tutelar quede formado; y todo ello dentro de un breve término y realizado con la más exacta diligencia (sentencia de 18 de junio de 1923, *Colec. Leg.*, tomo 77, pág. 497).



de locos o dementes los gobernadores civiles (Real Orden de 2 de agosto de 1906, 6.º).

Además de la función de promoción que al juez municipal le compete para instar la formación del Consejo de Familia, desde que se produce el presupuesto de hecho que motiva la tutela hasta que se constituye el Consejo (448) y éste nombra (en delación activa) al tutor y le posesiona del cargo, puede transcurrir un largo período de tiempo. Por ello, establece el Código civil en el artículo 203: «los jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas a tutela proveerán al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación. Si no lo hicieren, serán responsables de los daños que por esta causa sobrevenga a los menores o incapacitados».

Del artículo 203, que hay que coordinarlo con el 293, se desprende que la obligación y facultad del juez afecta al cuidado de la tutela personal y real sobre sus bienes muebles.

La tutela interina del artículo 203 responde a la finalidad de que ninguna persona carezca de amparo y representación jurídica en ningún momento de su vida (449). ¿Pero cómo actúa aquí la autoridad judicial?, ¿con el carácter de tal o como tutor? En principio, *como tutor*, aunque su mandato sea provisional o interino y por ministerio de la ley (450).

Desde el punto de vista temporal está limitado al tiempo que realmente es muy breve, en que se constituye el Consejo de Familia (artículo 301 del Código civil), y sólo mientras que no haya otras personas encargadas de cumplir las obligaciones que impone a aquéllos (cfr. artículo 203); o sea, personas obligadas a dar alimentos y en general las llamadas al desempeño de la tutela (451). Durante su actuación el juez queda sometido a responsabilidad civil cuando no provea adecuadamente.

Esta tutela (452), ejercida por la autoridad judicial (juez municipal), proveerá por un lado al *cuidado de la persona*. Su ámbito de aplica-

(448) La certificación expedida por el secretario del Juzgado Municipal acredita la constitución del Consejo de Familia, como tiene declarado nuestra jurisprudencia.

(449) Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1904.

(450) El juez no puede alegar las excusas del número 4.º del artículo 244.

(451) Cfr. VALVERDE, *Derecho civil*, tomo IV, pág. 97; ESCOBAR DE LA RIVA, *La tutela*, Madrid, 1943, pág. 96; LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (arts. 199 a 333), tomo IV, págs. 160 y 161.

(452) Es llamada, en nuestra doctrina, provisional, provisoria o interina. Cfr. LETE DEL RÍO, «Tutela provisional», *Anuario de Derecho civil*, 1967, págs. 153 y s. Entiendo que quizá el término más preciso sería el de tutela interina, pues no hay precepto legal que conceda al tutor facultades provisionales. ¡El juez o

ción afecta, a nuestro entender, a su educación, cultura, residencia, oficio, estudio, estado mental, etc. El ámbito de aplicación del juez afectará también a todas aquellas personas que dependiesen del incapaz. Los límites con los que deberá actuar el juez, creemos, serán los mismos que los de un buen padre. Actúa el juez de buen padre, de «bonus vir», lo sustituye y actúa como lo haría su representante legal, sometido incluso a las limitaciones de los artículos 156; 157 y 263 (corregir moderadamente).

Por otro lado, en cuanto a la esfera patrimonial, se observa que habla de bienes *muebles*. La ley quiere que el juez «mantenga» la situación, que se espera sea transitoria y provisional, razón por la que no habla de inmuebles.

Los criterios de provisionalidad y ocultación de los bienes muebles (453) tienen hoy más razón de ser por el creciente valor de los mismos; pero si la ley limita al juez la actuación sobre los mismos, creo que es pensando no en la distinción bienes muebles-inmuebles sino en la posibilidad de la dificultad de que los inmuebles salgan del patrimonio del incapaz en la *breve duración* de la fase interina de este tipo especial de tutela. La *ratio* del precepto, así interpretado, podrá servir al juez para actuar sobre los inmuebles (vg.: ejecución hipotecaria sobre inmuebles del incapaz), cosa imposible de mantener la absurda tajante separación de los bienes.

En la situación de tutela interina que surge durante la aplicación del artículo 301 del Código civil, es decir, mientras se nombra tutor y protutor y éstos entran en funciones y durante la cual el Consejo de Familia procederá a dictar todas las *medidas necesarias* para atender a la persona y bienes del menor o incapaz, la doctrina reconoce que no hay limitación en cuanto a los bienes, porque la fase puede ser de mayor duración que la contemplada en el artículo 203 durante la cual la autoridad judicial ostenta la tutela (454); ello confirma nuestra posición de que en el artículo 203 las limitaciones que se imponen al

tutor, en su caso, lo que ejercen es una tutela, no con facultades provisionales, sino de forma interina hasta la normal constitución de la situación jurídica tutelar.

(453) LETE DEL RÍO («La tutela provisional», *Anuario de Derecho civil*, 1967, página 157) afirma que el juez municipal ve limitadas sus facultades como tutor ad hoc, en cuanto a la persona y a los bienes muebles, callando el legislador respecto a los inmuebles en razón a su provisionalidad y posible ocultación de aquéllos; en igual sentido, *Comentarios al Código civil...*, ob. cit., pág. 162.

(454) Así, LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código civil...*, ob. cit., pág. 366, y *La tutela provisional*, ob. cit., págs. 157 y 158. Para Sancho Rebullida «podría, acaso, entenderse que hay, en este espacio de tiempo, un ejercicio solidario o una supervisión judicial de la gestión del Consejo» (*Derecho de familia*, conjuntamente con LACRUZ BERDEJO, tomo II, Barcelona, 1975, pág. 293).

juez no vienen determinadas por la *ocultación*, sino por la *duración*, corta o breve.

Al hablar de la tutela dativa, el Código civil en el artículo 232 establece que «el juez municipal que descuidase la reunión del Consejo de Familia en cualquier caso en que deba proveerse de tutor a los menores o incapacitados, será responsable de los daños y perjuicios a que diere lugar su negligencia».

Vuelve este artículo a la línea del artículo 203. La ley obliga al juez a velar por el menor e incapacitado y no le concede discrecionalidad, sino que le impone un deber, sancionado con responsabilidad civil. Con una diferencia: que el artículo 203 señala «cuando por la ley no hubiese otras personas encargadas», mientras el mencionado artículo 232 dice «en cualquier caso» (sancionando de esta forma más fuerte la responsabilidad judicial). Por otra parte, la diferencia real radica en que según el caso del 203 la obligación del juez se impone para *cuidar de las personas sujetas a tutela*, así como de sus *bienes muebles*; mientras que en el supuesto del artículo 232 lo es para *promover la constitución del Consejo de Familia*.

En el artículo 232 no cabe discrecionalidad judicial al ser una norma de garantía del presunto tutelado; cuando llegue a conocimiento del juez la existencia de personas sujetas a tutela proveerá a su cuidado, a la guarda de sus bienes muebles (cfr. art. 203) y a constituir inmediatamente el Consejo de Familia (455), aquí es donde entra la responsabilidad del juez cuando descuidase dicha constitución (456).

(455) Sirve también para el supuesto que contempla el artículo 232, lo que Manresa (*Código civil español*, tomo II, ob. cit., pág. 273) dice para el del artículo 203: «Ocurrida una defunción, con objeto de formalizar la inscripción correspondiente y dar la licencia de enterramiento, recibe el juez municipal datos valiosos para realizar con eficaz rapidez sus funciones. Sabe en seguida si el difunto ha testado o no, cuántos hijos deja, si estaba casado o no..., reúne, en fin, cuantos datos le son indispensables para determinar, en primer lugar, la procedencia de su intervención, y acordar, en segundo, con conocimiento de causa, cuanto necesita para llevarlo a efecto en condiciones de éxito. Han de proveer al cuidado del huérfano y al de sus bienes muebles, constituyendo inmediatamente el Consejo de Familia, que con el tutor y el protutor que este mismo designa, forman un solo organismo realizador de las funciones protectoras, antes atribuidas a diversas personas, que habrían de cumplirse mediante procedimientos tardíos y de dudosa eficacia.»

Como puede apreciarse, debe el juez «constituir inmediatamente el Consejo de Familia, y es aquí donde entra en juego el artículo 232 del Código civil.

(456) Afirma Bonet (*Código civil comentado*, art. 232) que este artículo «representa una garantía en favor de los menores o incapacitados, extendiéndose la responsabilidad (salvo lo difícil que será en muchos casos probarla) no sólo a los daños y perjuicios que se les causen, sino también a los que se produjeran por igual causa a terceras personas».

Dado que para exigir la responsabilidad a que alude el artículo 232 se requiere, según Lete del Río (*Comentarios del Código civil...*, ob. cit., pág. 227), que: el juez conozca el hecho que da lugar a la formación del Consejo, que descuide constituirlo por negligencia y que se produzcan daños y perjuicios para el

Constituido el Consejo, cesan las atribuciones judiciales y acaban, igualmente, sus responsabilidades.

III. INTERVENCION JUDICIAL EN SU MISION INSPECTORA Y FISCALIZADORA

El juez, dice el artículo 296, está facultado para «subsana la nulidad que resulte de la inobservancia de los artículos anteriores, si no se debiere al dolo, ni causare perjuicio a la persona o bienes del sujeto a tutela, pero reparando el error cometido en la formación del Consejo».

El Tribunal aprecia si ha habido *inobservancia de lo dispuesto por la ley*, como de *orden público* en materia de constitución de tutela, tanto de oficio como a instancia de parte. En esta fase se puede sostener que no hay arbitrio judicial alguno. Solamente se exige del juez que cuide del interés que tuvieron o debían de haber tenido en cuenta los familiares a la hora de la constitución del Consejo de Familia. Hay equilibrio entre excitación del celo judicial e intereses de los familiares para la exacta constitución del Consejo.

En la segunda fase, es decir, una vez que el Tribunal observa que se ha contravenido las normas de constitución de la tutela, entonces entramos en el campo de un cierto arbitrio, porque el juez puede rectificar el acuerdo del Consejo si lo estimara *perjudicial para el interés del tutelado*.

Que «los Tribunales pueden subsanar la nulidad»... (457) hay que

menor o incapacitado, «será muy fácil que al amparo de una falta (bien cierta o supuesta) de conocimiento del hecho el juez se excuse alegando ignorancia de que en el territorio de su jurisdicción existe alguna de las personas a que el artículo 200 se refiere. De ahí que haya quien, con acierto, comenta el artículo 232, y dice que se trata de una pena que resulta ilusoria por dificultades de prueba y, a veces, excesiva si se practica».

MANRESA (*Código civil Español*, tomo II, ob. cit., pág. 334) mantiene que los daños y perjuicios no sólo se extienden a los causados al menor, sino también a los que se produjeren por igual causa a terceras personas (vgr., los contratantes con el menor). Quien ha motivado el daño debe responder de todas sus consecuencias. Las personas, pues, que se hallasen en aquella situación harán bien en pedir el cumplimiento del artículo 232 y con mayor motivo si instaron oportunamente al juez para que cumpliera su misión.

Creo que la distinta responsabilidad de los jueces (municipales) de Distrito a que hacen referencia los artículos 203, 2.º, y 232 (el primero habla de «daños» y el segundo agrega «perjuicios») radica en que al ser tiempo que los jueces deben proveer a los cuidados de la tutela a que se refiere el artículo 203 muy breve y limitada su gestión haga imposible hablar de «perjuicios» del tutelado, en su sentido técnico-jurídico.

(457) BONET (*Código civil comentado*, art. 296, pág. 293) afirma que la Ley ordena que se forme el Consejo por determinado juez y con determinadas personas, por lo que faltando alguno de estos requisitos lo disuelve y reconstituye,



entenderlo en el sentido de que los Tribunales no son árbitros en negar tal subsanación, concurriendo las dos circunstancias que el Código menciona para su intervención. Cuando por parte legítima se haga valer la nulidad en la composición del Consejo, los Tribunales apreciarán si hay o no causa para declararla. La nulidad de que se trata no se produce «*ipso iure*», ni se presume «*a priori*», por la sola declaración de la ley, sino que es preciso que los *Tribunales la declaren* en cada caso (458).

Nó obstante, aunque la constitución del Consejo es materia de orden público, los Tribunales sólo pueden intervenir a *instancia de parte* legitimada que ejercite la oportuna acción y pruebe:

a) Que el Consejo adolece de vicio de forma en su constitución. (459); vicios que tienen carácter de «*numerus apertus*».

b) Que el vicio se debió a dolo o a que el acuerdo se adoptó en condiciones dudosas, erróneas o perjudiciales para el menor o incapaz (460).

Realmente, los límites que tiene el juez competente (Primera Instancia y en apelación la Audiencia) son: *formales*, ejercicio de la acción

pero no anula los acuerdos que ya hubiesen surtido efecto cuando, sin dolo, con ellos no se ha perjudicado el interés del tutelado.

La intervención que a la autoridad judicial concede en la constitución y funcionamiento del Consejo de Familia ni alcanza a inmiscuirse en sus actuaciones privativas ni permite alterar sus decisiones, sin otra razón que la de imponer una más acertada, lo que en manera alguna le está atribuido, ni le autoriza a dejar sin efecto los acuerdos del organismo tutelar, aún defectuosamente formado, sino en los limitados casos en que por obvias razones de nulidad radical o defensa de los intereses del tutelado se impone (sentencia de 17 de febrero de 1960, R. A. 1.642). V., igual, sentencia de 28 de abril de 1965. Para que las irregularidades cometidas en la formación o composición del Consejo de Familia determinen nulidad de sus acuerdos, haciendo imposible su subsanación, basta la existencia de cualquiera de los supuestos que este artículo menciona, sin que sea necesaria la concurrencia de ambas circunstancias. Cfr. sentencias de 1 de marzo de 1945 (R. A. 270) y 17 de junio de 1943 (R. A. 729).

(458) MANRESA, *Código civil español*, tomo II, ob. cit., pág. 577.

(459) En Manresa (*Código civil español*, tomo II, ob. cit., págs. 575 y s.) podemos encontrar las causas que pueden producir la nulidad a que se refiere este artículo 296 al constituir el Consejo.

(460) Si el vicio se debe a dolo no podrá subsanarse la nulidad, sino que debe procederse a la formación de otro Consejo, y aunque esto no lo exprese el Código se deduce de las últimas palabras del artículo 296... «pero reparando el error cometido en la formación del Consejo».

Si el vicio resulta debido a simple error deben examinarse los actos jurídicos para ver si son beneficiosos o perjudiciales al menor; si le son beneficiosos al menor podrían los acuerdos ser convalidados, si bien reparando el error cometido en la formación del Consejo. Si no son beneficiosos (perjudiciales), no ha lugar a convalidación y procederá declarar la nulidad del Consejo y la constitución de otro.

El artículo 296 del Código civil, indica la sentencia de 6 de abril de 1916 (confirmada por otra de 17 de junio de 1943), autoriza a los Tribunales de la *manera más absoluta* para subsanar las nulidades en que se hubiese incurrido y reparar el error cometido.

ante juez competente y demanda por persona legitimada, y *materiales*, hay que probar la causa de nulidad. El vocablo nulidad no está empleado en este caso en su sentido técnico, sino en el de *irregularidades* (461), en la constitución del Consejo, por razones de tiempo, lugar, personas, capacidad, forma, etc... También se ha de probar que no ha habido dolo, y que *no es perjudicial* al menor. En esto último tiene el juez *facultades amplísimas*, entendiéndose el término perjudicial para el menor comprensivo de su persona y sus bienes, pues se da entrada, otra vez, en materia de tutela, a la buena o mala fe (462).

La *facultad* que a los Tribunales reconoce el artículo 296 del Código civil es un poder del que aquéllos *pueden o no hacer* uso, dado el carácter especial que revisten las disposiciones que, como la citada, regulan las funciones de los Tribunales en materia tutelar, por lo que nunca podría calificarse de incongruente su ejercicio, pues la apreciación de las irregularidades corresponde libremente a los Tribunales de Instancia (sentencia de 31 de diciembre de 1912).

Podríamos preguntar si una vez declarada la nulidad del Consejo o declarado el error (que debe repararse), la sentencia influye en los demás actos jurídicos que no fueron objeto de la sentencia ni del litigio. Cuando hay error parece que habría que examinar todos los actos del Consejo «viciado», para determinar si el «resultado del conjunto de ello» ha sido perjudicial o beneficioso al menor; pero como dice Calderón (463), apreciar si todos los actos consecuencia de la constitución del Consejo han dado resultados favorables o perjudiciales al menor será fácil si aquella constitución es reciente y la administración sencilla; pero si los negocios son muchos y complicados y la constitución remota, puede ser muy difícil y quizá imposible. Por ello, nuestra reiterada jurisprudencia sanciona el criterio de amplitud de facultades en materia de constitución del Consejo de Familia, declarando que el artículo 296 del Código civil autoriza a los Tribunales de la *manera más absoluta* para subsanar las nulidades y reparar los errores en que se hubiera incurrido (464).

(461) «Las irregularidades en la constitución del Consejo de Familia acarrearán, como es lógico, la nulidad del acto de su constitución y, también, la invalidez de sus actuaciones». LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código civil...*, ob. cit., página 358.

(462) Así se manifiesta la sentencia de 1 de marzo de 1945 (R. A. 270), específicamente que tal facultad está condicionada a dos circunstancias: que no haya intervenido dolo y que no se haya producido perjuicio.

(463) CALDERÓN, «La cosa juzgada y el Consejo de Familia», *Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia*, 1903, tomo 102, pág. 290. Este autor mantiene que hay motivos para dudar de cuál sea la inteligencia que deba darse a la interpretación del artículo 296.

(464) Cfr. sentencias de 6 de abril de 1916, 7 de diciembre de 1901 y 17 de junio de 1943.

En la función inspectora y fiscalizadora concedida al juez se le conceden facultades basadas en su arbitrio para remediar y evitar abusos en la gestión de la tutela: «los jueces examinarán anualmente estos registros —registros tutelares— (465) y adoptarán las *determinaciones necesarias* en cada caso para defender los intereses de las personas sujetas a tutela» (art. 292). Este artículo, en su primera parte, impone un deber, de orden público, de inspección y vigilancia (466).

Es, en verdad, una «reacción» del antiguo sistema tutelar, que deja al juez las últimas obligaciones y actuaciones; y en el fondo responde al deseo del legislador de no suprimir de un golpe, por lo menos en la letra de la ley, los poderes y la influencia que en la situación tutelar antes poseía.

Se reserva al juez la suprema inspección y vigilancia para remediar los actos de la tutela, omisión, negligencia o abuso, pudiendo, *de oficio*, adoptar las disposiciones necesarias en cada caso.

¿Cuáles pueden ser estas determinaciones o disposiciones? Las que estime precisas desde aquellas de orden penal-criminal hasta las del más puro orden civil: auto de procesamiento contra tutor o consejeros, paralización de trámites de ventas, subastas, solicitar depósitos; en fin, todo lo que, en el más amplio sentido, le sea «necesario» para «proteger los intereses del sometido a tutela» (467).

El *límite* de las medidas a adoptar viene dado por el mismo fundamento de las mismas: el interés del menor o incapaz, pues no puede protegerse por sí mismo, y la necesidad o utilidad de la medida a adoptar. Para que el juez aprecie los actos que vayan contra los intereses del sometido a tutela tiene unos *medios*: el examen de los libros del Registro de tutelas; el examen de las cuentas anuales que se depositen en el Juzgado; petición de informes oficiales y particulares que estime necesarios; examen de los libros de la administración del tutor y todo cuanto se refiera a la tutela, pues nada hay reservado para el juez» (468).

(465) Los artículos sobre Registro de tutelas han sido derogados por la Ley de 8 de junio de 1957, que han incorporado al Registro Civil el de las tutelas.

(466) Reformado por el artículo 91 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, que encomienda al encargado la misión de examinar anualmente los asientos vigentes de esa sección IV (Tutelas y demás representaciones legales), viniendo obligado a dar cuenta al Ministerio Fiscal de lo que juzgue conveniente a la mejor defensa de los intereses de la tutela o representación.

(467) Dentro de las medidas judiciales se puede encontrar la rectificación de acuerdos de los órganos judiciales que tengan la sanción de nulos. Estimo que en el orden pragmático pueden resultar actos nulos que beneficien al menor o incapaz (a semejanza del perjuicio de la mujer o sus herederos del art. 1.413), en cuyo caso debería seguirse la postura de la simulación en materia de efectos frente a terceros; es decir, lo que les beneficie al menor o incapaz no se rectificará; sólo lo que le perjudique.

(468) Cfr. MANRESA, *Código civil español*, tomo II, Madrid, pág. 496.

El juez, en esta misión de vigilancia, corrección e inspección, goza de gran discrecionalidad para utilizar el medio que creyera por conveniente (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1943) (469); para la salvaguarda de la persona sujeta a tutela y de sus bienes, en previsión de la negligencia, dolo o indigencia de los órganos tutelares, siendo responsable de los daños y perjuicios que a aquélla se irrogaran por el mal cumplimiento de la misión encomendada a los jueces (470).

Realmente, aquí el legislador está manteniendo el antiguo sistema de la tutela de autoridad (471); aunque reiterada doctrina y jurisprudencia insistan en que el Código civil ha buscado el principal apoyo de la institución tutelar en el elemento familiar, en cierta medida es más cierto que al juez de Primera Instancia o al de Distrito, según los casos, se le concede la *decisión definitiva*.

No está sólo el juez cuando actúa en esta función de inspección y vigilancia y corrección, sino que le apoyan el Ministerio Fiscal y los Tribunales Tutelares de Menores (472).

(469) R. A. 729.

(470) Cfr. MARRERA, *Código civil español*, ob. cit., pág. 496.

(471) Si bien en nuestro Derecho está concebida como institución familiar la tutela, es indudable que el organismo que la constituye está integrado no sólo por el tutor, el protutor y el Consejo de Familia, sino, además, por la Autoridad Judicial, como ya declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de diciembre de 1901, y a dicha Autoridad compete adoptar aquellas resoluciones que estime necesarias en cada caso para defender los intereses del menor o incapaz, según terminante disposición de este artículo, criterio de amplísimas facultades que en materia de constitución del Consejo de Familia aplica la de 6 de abril de 1916, interpretando el artículo 296 (sentencia de 17 de junio de 1943, R. 729). En análogo sentido las sentencias de 6 de abril y 7 de diciembre de 1901, y resolución de 3 de marzo de 1946.

(472) Dispone el artículo 13 de la Ley de 11 de junio de 1948 que «la facultad de suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de dieciséis años y la acción tutelar sobre las personas de los menores protegidos con dicha suspensión quedará exclusivamente encomendada a la competencia de los Tribunales Tutelares de Menores, sin perjuicio de las demás facultades que en el orden civil puedan corresponder a los Tribunales ordinarios, a tenor del contenido del artículo 171 del Código civil.

Las facultades de tales Tribunales Tutelares alcanzan no sólo a los menores sometidos a la patria potestad de sus padres, sino también a los sometidos a tutela.

El artículo 14 de la misma Ley dice que «en los supuestos en que los Tribunales suspendan el derecho de los padres o "tutores" sólo se referirá a la guarda o educación de la persona del menor, no produciendo efectos civiles en cuanto a sus bienes. El Consejo de Familia, conforme al artículo 238 del Código civil, procederá a la remoción en el supuesto del tutor indigno.

La Ley otorga al Ministerio Fiscal intervención en la tutela. Según el artículo 293 del Código civil, tiene la misión de promover la constitución del Consejo de Familia, y el Estatuto del Ministerio Fiscal en su artículo 29, 5.º, le encarga «representar y defender a los menores, incapacitados y ausentes o impedidos para administrar sus bienes, hasta que se les provea de las instituciones tutelares previstas por las leyes en cada caso para la defensa de sus propiedades y derechos». También en la legislación penal se encuentran preceptos que suponen

El deseo del nuevo sistema orgánico y funcional de la tutela es dejar a la autonomía de las voluntades el juego de las decisiones inmersas en la situación tutelar; pero la *realidad* es que ha concedido al juez la «última palabra».

IV. INTERVENCION JUDICIAL EN EL EJERCICIO DE LA TUTELA Y RECURSOS

El Código civil no habla para nada de jueces o Tribunales en los artículos dedicados al «ejercicio de la tutela» (arts. 261 a 278).

La razón de ello radica en que el funcionamiento de la tutela queda encomendado a la familia a través de su Consejo, excluyendo la intervención judicial en el funcionamiento, salvo en los supuestos en que por la ley se concede a los Tribunales su intervención; pero estas funciones atribuidas son más bien *inspectoras* que decisorias en el funcionamiento de la tutela.

El funcionamiento de la tutela queda encomendado fundamentalmente al Consejo de Familia (473) que es el órgano supremo del sistema tutelar adoptado en el Código civil; una cierta lógica de principios parece que habría debido conducir, igualmente, a que fueran sus decisiones inapelables o por lo menos que se hubiera reducido al máximo la materia de recursos a la autoridad judicial contra sus decisiones.

En cuanto al primer punto (funcionamiento), es coherente nuestro Derecho positivo con el sistema adoptado; no lo es igualmente con el segundo (recursos).

En verdad la ley no permite al juez su intervención en el desarrollo funcional de la tutela más que en el caso contemplado en el artículo 243, párrafo 2.º, del Código: «Si el tutor hubiese ya entrado en el ejercicio del cargo y el Consejo de Familia declarase la incapacidad o acordare la remoción del tutor, las determinaciones que adopte para proveer los cuidados de la tutela, en el caso de promoverse litigio, no podrán ejecutarse sin la previa aprobación judicial.»

Como se desprende de este artículo, la intervención judicial está en el funcionamiento, condicionada por un límite formal: que se promue-

una intervención de la autoridad judicial en la institución tutelar (cfr. artc. 443 y 446 del Código penal).

(473) Cuando es removido el tutor conforme a lo dispuesto en el artículo 243, «se entiende se traspasa al Consejo todas las facultades propias y exclusivas de aquél» (sentencia de 21 de enero de 1930, R. A. 1.930-31, núm. 593).

va litigio por el tutor, al que el Consejo de Familia declara incapaz o desea removerlo de su cargo.

a) Si el Consejo de Familia considera que el tutor es incapaz o lo remueve y ante ello éste no entabla litigio, dando implícita razón al Consejo, éste pasará a ejercer de tutor en la práctica, puesto que «adoptar las determinaciones para proveer a los cuidados de la tutela significa lo mismo que ejercer dicha tutela» (sentencias de 27 de octubre de 1898 y 28 de junio de 1913) (474).

b) Pero si el tutor no acepta las decisiones del Consejo de Familia y promueve litigio (y siempre que hubiera entrado en el ejercicio del cargo), aunque el Consejo de Familia *debe adoptar* las medidas, no puede *ejecutarlas* sin la *previa aprobación judicial*. El juez deberá oír en este incidente al tutor que se cree perjudicado. Así quedan garantizados los derechos e intereses de una y otra parte (475).

En este caso, al desconfiar la ley del Consejo de Familia (no se le da la razón por el tutor), deja al juez el papel de *decisor* (el papel realmente de Consejo de Familia), con el límite, no vinculante, de oír al tutor.

Esta es la única vez, a mi entender, en que al juez se deja, o mejor dicho, se le *obliga* a intervenir en el ejercicio o funcionamiento «activo» (no inspector) de la tutela. Hay un traspaso de funciones porque es el Consejo de Familia el que hace las veces de tutor (476), sin posibilidad de que el Consejo nombre a un tutor interino (477) y a su vez actúa de Consejo de Familia, pero con la fuerza correspondiente de la aprobación judicial, que es la que determina sobre la ejecución o no del acuerdo (478).

(474) Sentencias citadas por Manresa (*Código civil español*, tomo II, ob. cit., página 367), por lo que «no cabe admitir —continúa Manresa— en el caso del artículo 243 que el Consejo nombre un tutor interino, ya que no le es lícito a la persona a quien la Ley confiere un cargo desprenderse de él en todo o en parte». Cfr., igualmente, la sentencia de 8 de octubre de 1898 (Col. Leg., tomo 85, núm. 12) que establece: Proveer a los cuidados de la tutela significa lo mismo que ejercer ésta, y encomendados dichos cuidados al Consejo de Familia, la Audiencia lo ha interpretado rectamente al desaprobar el acuerdo del Consejo en virtud del que se nombraba tutor interino para determinados actos a favor de don C., porque la tutela sólo puede desempeñarse por la persona u organismo a quien la Ley la confiere.

(475) En este punto el Código ha seguido no el Proyecto de 1851, sino, como dice Manresa (*Código civil español*, tomo II, ob. cit., pág. 366), el artículo 1.839 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(476) Se distingue en el artículo 243 «dos supuestos de *tutela provisional* a cargo del Consejo de Familia». LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código civil...*, ob. cit., páginas 275 y s., y *Tutela provisional*, ob. cit., pág. 162.

(477) Cfr. MANRESA, *Código civil español*, tomo II, ob. cit., pág. 367, y sentencia de 8 de octubre de 1898 (Colec. Leg., tomo 85, núm. 12).

(478) Cuando el tutor removido por el Consejo de Familia impugna este acuerdo ante la Autoridad judicial, se crea una situación interina, durante la cual

La interina actuación judicial por el tiempo que dure el litigio planteado por el tutor, hace recurrible el auto aprobando el acuerdo del Consejo (479).

La decisión del juez, con facultades de carácter discrecional (480), encuentra sus límites en una interpretación gramatical del precepto: ha de adoptarse para «proveer a los cuidados de la tutela». Por la trasmutación de puestos que se opera en este caso del artículo 243, 2.º, de la unión que se realiza entre Consejo de Familia y juez (pues *unidos son el órgano* de representación de la capacidad de obrar del pupilo) y de lo mantenido por nuestra jurisprudencia que proveer a los cuidados de la tutela significa lo mismo que ejercer ésta (sentencia citada de 1901), entiendo que la intervención del juez, por razón de la materia, no se limita sólo a los bienes; su intervención abarca a todo lo que la tutela comporta: la protección de la *persona y bienes* del tutelado (481).

En materia de *recursos judiciales* nuestro Código ha dado una gran importancia a la intervención judicial. Aparte de los casos específicos concedidos al tutor para recurrir contra las decisiones del Consejo de Familia (482), con un criterio general y flexible, la ley ha querido con-

y hasta que el juicio termine, el organismo tutelar no puede funcionar normalmente, puesto que, llegado aquel caso, este precepto encomienda al Consejo de Familia y no al tutor las determinaciones que deban tomarse para proveer al cuidado de la tutela. Si bien para ser ejecutivas necesitan la aprobación judicial (sentencia de 15 de enero de 1901, Col. Leg., tomo 91, núm. 12).

(479) No cabe recurso de alzada ante la autoridad judicial porque no siendo los acuerdos del Consejo ejecutivos sin la aprobación de dicha autoridad, cuando conoce del asunto deben alegarse razones que aconsejan en *interés del menor* la no ejecución del acuerdo (sentencia de 27 de octubre de 1898); cit. por MANRESA, *Código civil español*, tomo II, ob. cit., págs. 367 y 368.

(480) La sentencia de 10 de mayo de 1899 (Colec. Leg., tomo 87, núm. 51) establece que «atendiendo al carácter *discrecional* de las facultades de la autoridad judicial para conceder o denegar la aprobación a las determinaciones del Consejo de Familia, es de todo punto indudable que para dictar resoluciones acerca de ellas pudo la Sala, y aun debió estimar, no sólo si estaban comprendidas en las atribuciones del Consejo, sino también si éste había procedido y tomado el acuerdo en la forma y con los requisitos por la Ley prefijados y que contra el auto de aprobación por el Juzgado pueden, en cambio, utilizarse todos los recursos establecidos en la Ley contra las resoluciones judiciales, no quedando firmes, desde luego, las determinaciones del Consejo.

(481) LETE DEL RÍO (*Comentarios al Código civil...*, ob. cit., págs. 258 y 259), en contra de Castán, mantiene que con el expediente de aprobación «puede evitarse un mayor inconveniente, cual es que el tutor confirmado en el cargo inerte impugnar las decisiones adoptadas por el Consejo mientras él estaba pendiente del litigio; por otra parte, si las medidas que el Consejo deba tomar fueren urgentes no encuentro obstáculo, pues entiendo que el *interés y protección* del sometido a tutela lo justifica». (Lo subrayado es nuestro.) Nótese cómo mantiene el autor «*interés*» y «*protección*» del pupilo, por lo que creo que no hay inconveniente a la afirmación del texto: «*personas*» (*protección*) y «*bienes*» (*interés*).

(482) Vgr., art. 240, contra la declaración de incapacidad o decisión de removerlo del cargo; art. 249, sobre su excusa; art. 276, contra fijación de retribución;

ceder al juez la «última palabra» en materia tutelar: «De las decisiones del Consejo de Familia pueden alzarse ante el juez de Primera Instancia los vocales que hayan disentido de la mayoría al votarse el acuerdo, así como también el *tutor*, *protutor* o *cualquier pariente* del menor u otro *interesado* en la decisión, salvo el caso del artículo 242». De la vasta problemática (483) que ha suscitado doctrinal y jurisprudencialmente este artículo, sólo deseo abordar, aunque sea sumariamente, dos cuestiones.

Una, la gran importancia que en la tutela representa la autoridad judicial. En principio, como ya se ha dicho, la regla general es que todas las decisiones del Consejo de Familia son recurribles ante la autoridad judicial (484), sin duda por querer dejar a la autoridad judicial el prestigio que tenía en el sistema tutelar histórico. No cabe duda de que la remisión al juez de *todo acuerdo* y por *toda persona* (pensamos que el artículo 310 se refiere a los tutores, protutores, vocales, parientes e interesados en el acuerdo que se impugna) hace pensar en una *ampliación* de la *actividad* del juez en el funcionamiento de la tutela (*por vía indirecta*). Esta actividad y la búsqueda del interés del tutelado hacen que al juez se conceda unos grandes márgenes de discrecionalidad, aunque siempre operando sobre realidades de hecho. Por ello, creemos con parte de nuestra doctrina (485) que la fa-

art. 225, contra acuerdo de fijación y calificación de fianza; art. 46, licencia para matrimonio del menor; arts. 204 y 209, nombramiento de tutor y protutor; artículo 216, declaración de incapacidad de locos y sordomudos; art. 221, declaración de prodigalidad; art. 231, nombramiento de tutor dativo; art. 233, nombramiento de protutor; art. 255, fianza de tutores; art. 261, puesta en posesión de tutores y protutores; arts. 264, 265, 266 y 268, alimentos, inventario depósito de bienes; artículo 274, transacciones; art. 279, 280 y 282, cuentas de la tutela; art. 285, denuncia de delitos; art. 301, medidas necesarias; art. 312, responsabilidad de vocales; art. 322, concesión de mayoría de edad.

(483) No es nuestro objeto el estudio del procedimiento; de los plazos para interponer o alzarse contra los acuerdos del Consejo; la potencial contradicción entre Ley de Enjuiciamiento Civil y Código civil; etc... Sobre estos puntos y otros puede verse MANRESA, *Código civil español*, tomo II, ob. cit., págs. 701 y s.; MARSA VANCELLS, «Tutela de familia, tutela de autoridad», *Rev. Jca. de Cataluña*, 1966, páginas 721 y s.; LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, tomo II, Barcelona, 1975, página 307; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, vol. II, Barcelona, 1970, págs. 466 y s.; ESCOBAR DE LA RIVA, *La tutela*, Madrid, 1943, págs. 199 y s.; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, tomo IV, Madrid, 1975, págs. 519 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. II, Madrid, 1966, págs. 352 y s.; LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código civil...*, ob. cit., páginas 256 y 257.

(484) La jurisprudencia ha sido la que ha configurado a la autoridad judicial como el cuarto órgano de la tutela, basándose fundamentalmente en este artículo; e incluso se ha limitado por aquélla el principio de rogación de la jurisdicción civil para que el juez pueda, aunque no le haya sido perdida, la nulidad de los acuerdos del Consejo de Familia, cuando conocen de ellos. Cfr. ESCOBAR DE LA RIVA, *La tutela*, Madrid, 1943, págs. 17 y ss., donde se destacan las importantes funciones, incluso en el fondo de la vida tutelar, encomendadas a los jueces.

(485) Cfr. ESCOBAR DE LA RIVA, *La tutela*, ob. cit., pág. 208.

cultad del juez no sólo se limita, cosa indiscutible, a confirmar o revocar el acuerdo, sino también a introducir en él alguna modalidad *en pro* del sometido a tutela. La importante sentencia de 7 de diciembre de 1901 así se manifiesta: «La autoridad judicial puede y debe hacer en pro del menor todo lo que, por error, incuria o mala fe deje de hacer el Consejo de Familia, imponiendo a éste el cumplimiento de sus obligaciones» (486).

En conclusión, creemos que cuando se planteara litigio sobre alguno de los acuerdos del Consejo de Familia, órgano soberano del sistema tutelar (487), el juez goza de discrecionalidad para alterar o modificar el acuerdo del Consejo en la medida que beneficie al pupilo (488).

La otra cuestión es examinar si la excepción, expresa y única, que se hace del artículo 242 está justificada (489). Obsérvese que en este asunto no sólo no interviene la autoridad judicial, sino que tampoco hay recurso. El motivo de esta exclusión radica en que los recursos se dan contra actos o decisiones del Consejo de Familia «en funcionamiento» y el único acto que permite el funcionamiento de la tutela es el que por unanimidad acuerda que no hay incapacidad ni causa de remoción del tutor. El legislador presume que *funcionalidad y unanimidad* del acuerdo ofrecen suficientes garantías para el tutelado.

En cuanto a la incapacidad nada tenemos que decir porque son supuestos concretos y determinados que se dan o no se dan, sin que intervenga para nada el arbitrio del juez.

(486) Comentando esta sentencia, Escobar de la Riva (ob. cit., pág. 209) destaca su importancia, pues refleja una visión tan elevada como certera de la interpretación de la tutela, por cuanto su doctrina se identifica con los fines más esenciales de ella: la asistencia y protección de los intereses del pupilo, sin que jamás, a título de un autonomismo inerte o mal actuante, puedan una y otra quedar enervadas, si siquiera por error, menos aún por incuria ni por mala fe.

En esta sentencia se ordenó al Consejo de Familia a que aceptase el legado hecho al pupilo, aunque se mantenía por aquél que era función de su exclusiva competencia a tenor del artículo 269, 10. Cfr., en igual sentido que la sentencia de 1901, la de 2 de julio de 1953 (R. A. 2.009).

(487) En caso de no promoverse litigio, el juez, a no ser por el mecanismo de sus funciones inspectoras y fiscalizadoras (arts. 292 y 296), no puede interferir los acuerdos del Consejo.

(488) LACRUZ-SANCHO (*Derecho de familia*, ob. cit., pág. 307), aunque mantiene que es dudosa la posibilidad de que el juez pueda adoptar otra resolución en pro del pupilo que no sea la de adoptar la aprobación o reprobación del acuerdo del Consejo, tampoco niegan tal posibilidad.

Admitido a trámite el incidente, dice GONZÁLEZ ALEGRE (*Teoría de la tutela y formularios de su práctica*, Teruel, 1956, pág. 187), «por su carácter de recurso parece lógico que lo sea a ambos efectos; pero si la índole de la cuestión lo aconseja, no hay inconveniente en que lo sea a un solo efecto, lo que ha de quedar a la más libre apreciación del juzgador». (Lo subrayado es nuestro.)

(489) La excepción del artículo 242 hace referencia a aquellos acuerdos que resuelven por unanimidad que no existe incapacidad o causa de remoción en el tutor o protutor (este último por analogía, pues el citado artículo 242 sólo hace referencia al tutor).

En cuanto a la remoción del tutor se podría decir otro tanto, pues sus causas son fijas y tasadas; pero en cuanto a la última causa de remoción: «los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela» (art. 238, 4.º) al ser causa abierta y flexible debería someterse a la apreciación judicial; creo que hay peligro de que exista un mal desempeño de la tutela por parte del tutor, aunque el Consejo acordara el acuerdo por unanimidad; por lo que para este solo caso, y aunque la resolución del Consejo fuera favorable al tutor (como dice el art. 242) debería haberse admitido recurso, por cualquier interesado, a la autoridad judicial, cosa que resulta imposible dada la dicción del citado artículo 242.

V. DELACION DEL CARGO DE TUTOR POR AUTORIDAD JUDICIAL

En nuestro sistema de tutela familiar el nombramiento de tutor se realiza por el Consejo de Familia, a falta de tutor testamentario o de persona llamada por la ley a ejercer la tutela vacante (cfr. arts. 204 y 231).

Este principio general del sistema familiar de organizar la tutela quiebra en determinados casos o supuestos que la doctrina agrupa bajo la denominación de tutela restringida, menos plena, unipersonal o transitoria, para establecer la distinción con la tutela a que se refieren los supuestos que contempla el artículo 200 del Código civil.

Fuera de estos supuestos, la ley exige la asistencia del tutor en los siguientes casos:

1. El del menor emancipado por matrimonio (art. 59).
2. El del menor de edad, mayor de dieciséis años, emancipado por concesión del padre o madre (art. 317).
3. El del emancipado por concesión de la patria potestad (artículo 2.º del Decreto-ley de 7 de marzo de 1937).
4. El del hijo menor, mayor de dieciséis años, emancipado por el juez cuando el padre o madre pasaron a segundas o ulteriores nupcias (art. 168, 1.º).
5. El de los menores habilitados de edad (art. 324).
6. El de los hijos menores de edad de padre desaparecido que fuera viudo (art. 2.035 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En todos estos casos exige la ley la intervención de tutor para que el menor emancipado o el habilitado de edad pueda tomar dinero a

préstamo, gravar o vender bienes inmuebles o comparecer en juicio.

El nombramiento del tutor a que se refiere la tutela restringida no entra dentro de las facultades del Consejo de Familia, pues éste por expresa disposición del artículo 231 sólo está facultado para nombrar tutor en caso de tutela completa, es decir, la del artículo 200. El nombramiento de tutor es facultad que corresponde al juez (490). La ley en estos supuestos de restricción tutelar no quiso condicionar al emancipado o habilitado, en su actuación jurídica, a la carga orgánica del sistema ordinario de tutela (491); de haberlo querido los hubiera incluido en los supuestos de hecho de la tutela completa que se recogen en el artículo 200.

Por otro lado, existen diferencias esenciales entre la tutela completa y la restringida de los menores emancipados: en la primera, *la situación de representación es constante y el representante lo es el tutor*, ya que la ley no priva que en ningún momento el incapaz o menor se encuentren sin representación legal; mientras que en la tutela incompleta, el «representante» es el propio menor y el tutor completa la capacidad sólo en *situaciones transitorias* y para actos jurídicos aislados. Pero así como el tutor lo nombra el Consejo de Familia en la tutela completa, en la incompleta es la autoridad judicial (juez de Primera Instancia) la que ha de proceder al nombramiento.

El juez no goza de total discrecionalidad en dicho nombramiento. Le vincula, por una razón analógica, la designación que por testamento hubiera realizado el padre, madre o persona que hubiera hecho legado o manda de importancia (aquí sí podría valorar el juez la importancia del legado o manda a fin de deferir el cargo al designado testamentariamente); en defecto, al pariente al que correspondiera la tutela legítima y a falta de ambos a otro pariente, a amigo de los padres o persona extraña a la familia (492).

El tutor nombrado no necesita en su actuación permiso del Conse-

(490) Cfr. GONZÁLEZ ALEGRE, *Teoría de la tutela y formularios de su práctica*, Teruel, 1956, pág. 52.

(491) Lacruz-Sancho (*Derecho de familia*, tomo II, Barcelona, 1975, pág. 273) hablan de tutela unipersonal y citan la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1902 en que se dice que en estos casos de tutela restringida la tutela funciona sin intervención del Consejo de Familia; cfr. en el sentido de que bastará el nombramiento del tutor, DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, tomo I, Madrid, 1975, pág. 248, y sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1968.

(492) Aunque haya tutor testamentario ha de intervenir el juez defiriendo el cargo. Una cosa es designación de tutor que hace el padre, madre o quien haga legado o manda de importancia y otra diferente la delación que la hará el Consejo de Familia en la tutela plena y el juez en la restringida.

Exigiendo el refrendo y toma de posesión por el juez, cfr. GONZÁLEZ ALEGRE, *Teoría de la tutela y formularios de su práctica*, Teruel, 1956, pág. 53.

jo de Familia. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de febrero de 1902: «La intervención obligada del tutor, en defecto del padre o de la madre, cuando el menor de edad, casado, intenta tomar dinero a préstamo y gravar o enajenar bienes raíces, es absolutamente idéntica a la de éstos, toda vez que la ley no distingue ni exige que el tutor a su vez impetre para ello del Consejo de Familia la correspondiente autorización, como la requiere expresamente para casos distintos; pues la restricción del artículo 269, número 9, viene establecida exclusivamente para el tutor, cuando la tutela funciona *en toda su integridad* y el tutor *absorbe por completo* la personalidad del menor...». La ley ha querido equiparar al tutor, en estas concretas situaciones, al padre o madre del emancipado (493).

Entonces surge la duda de si el tutor necesitará autorización judicial para intervenir en el acto a realizar por el menor. La cuestión se contesta negativamente: el tutor, una vez realizado el nombramiento o refrendo judicial, se halla habilitado para intervenir legítimamente.

No obstante esta regla general, hay una excepción: la que se contiene en el artículo 2.035 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha Ley, por la reforma que sufrió en 1939, establece que «si el desaparecido fuera viudo y tuviera hijos menores, el Juzgado, a instancia de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, proveerá a aquéllos de un tutor, que actuará por sí solo sin necesidad de protutor ni de Consejo de Familia, supliendo la licencia judicial las autorizaciones que en sus casos respectivos corresponderían a dicho Consejo». En este caso, a pesar de que la doctrina la considera como incompleta —razón por la que la hemos incluido en dicho apartado—, sería conveniente distinguir entre *forma* y *fondo*.

Formalmente, esta tutela es incompleta porque no concurren tutor, protutor y Consejo de Familia, sino tutor y juez; pero, materialmente, la tutela es completa porque hay cumplimiento de todo el fondo del organismo tutelar, *con la diferencia* de que en vez de seguir la autorización del Consejo de Familia se requiere la de la autoridad judicial.

La propia idea de funcionalidad determina que el tutor no necesite autorización judicial para cada caso, pues se entiende que la dio genérica cuando hace el nombramiento.

(473) Gran parte de nuestra doctrina coincide en afirmar que la actuación de este tutor «ad hoc» o «sui generis» es muy similar a la de un defensor judicial: nombrado por el juez, para casos concretos y determinados, y resultaría indiscutible mantiene González Alegre (ob. cit., pág. 52)— aplicar llenando la laguna legal —ya que no tiene normativa legal propia— las normas del defensor judicial a este tutor de la tutela incompleta. En el mismo sentido, MANRESA, *Código civil español*, art. 317.

En la tutela del artículo 2.035 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (494) al actuar el juez, de oficio, en lugar del Consejo de Familia, o mejor dicho, con la función que tendría el Consejo de Familia, podría plantearse si contra la decisión del juez puede recurrirse, en base al artículo 310 del Código, ante el de Primera Instancia. No creo que haya base para posible apelación, pues la razón del recurso general del 310 radica en la desconfianza hacia la familia, cosa que no sucede en esta tutela judicial o de autoridad; pero ello no quiere decir que no pueda dirigirse acción contra el juez para exigir *responsabilidades* como «Consejo de Familia» *actuante*.

(494) También podemos notar en esta tutela del artículo 2.035 de la Ley de Enjuiciamiento Civil una mayor discrecionalidad judicial para designar el nombramiento del tutor. Al no disponer nada el citado artículo, el juez tiene libertad para designar la persona que ocupe el cargo de tutor.

CAPÍTULO XIII

HABILITACION DE EDAD

El artículo 322 (495) somete la «venia aetatis» a la aprobación judicial. La identidad de razón con la emancipación familiar (496) nos hace pensar qué papel desempeñaría la autoridad judicial cuando el Consejo de Familia es el que concede la habilitación al pupilo a semejanza del padre a su hijo menor de edad la emancipación.

La ley entiende que no basta un simple acuerdo del Consejo de Familia, sino que «el acuerdo solemne del Consejo familiar se eleva a la aprobación del presidente de la Audiencia, quien oído el fiscal, y previas las informaciones que crea necesarias, lo confirma o desaprueba, sin ulterior recurso» (497).

Parece ser que, en última instancia, la habilitación del menor que sea «huérfano de padre y madre» (498) corresponderá a la autoridad judicial, a quien se le confieren facultades discrecionales y controladoras del acuerdo del Consejo de Familia para «si se considera conveniente al menor» (art. 323, 3.º) confirmarlo o denegarlo sin ulterior recurso.

El problema vendría determinado si entran en las facultades judiciales aprobar, en contra de la negativa del Consejo, la habilitación solicitada por pupilo o persona incluida en el artículo 310. Manresa (499)

(495) El artículo 322 del Código civil establece que «el menor de edad, huérfano de padre y madre, pueda obtener el beneficio de la mayor edad por concesión del Consejo de Familia, aprobada por el presidente de la Audiencia Territorial del distrito, oído el fiscal».

(496) En el Anteproyecto de 1882 entre las causas de extinción de la tutela se incluía la emancipación (art. 224), correspondiendo al Consejo de Familia el concederla (art. 280). Díez Picazo (*Lecciones de Derecho civil*, Valencia, 1967, página 110) habla de emancipación por concesión del Consejo de Familia.

(497) MANRESA, *Código civil español*, tomo II, Madrid, 1944, pág. 790.

(498) Sobre esta incorrecta expresión y como debe interpretarse, cfr. LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código civil...*, ob. cit., pág. 416, y las citas allí recogidas de DE BUEN, *Derecho civil español común*, Madrid, 1922, pág. 246, y DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil*, tomo II, vol. I, Madrid, 1964, pág. 215.

(499) MANRESA, *Código civil...*, ob. cit., pág. 791: Si fuera negativo el acuerdo —el de la habilitación solicitada—, aunque el artículo 310 concede el recurso de alzada ante el juez de Primera Instancia contra todas las decisiones del Consejo, creemos que no podrá prosperar este recurso por corresponder a las facultades

afirma que contra el acuerdo denegatorio del Consejo de Familia la habilitación de edad solicitada no pueda prosperar recurso judicial por «corresponder dicha resolución a las facultades *discrecionales* del Consejo de Familia». Scaevola (500) afirma que «el acuerdo negativo del Consejo no es susceptible de recurso alguno. Lete del Río se manifiesta en igual sentido, en razón a que «si fuese apelable y se revoca el acuerdo del Consejo, ya no sería concedida la habilitación por el Consejo de Familia, sino por la autoridad judicial, lo que está en abierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 322 y con el fundamento de la institución misma» (501).

La imposibilidad de recurso judicial por acuerdo denegatorio del Consejo radica, en mi opinión, en que la *concesión* (por el Consejo), como la *aprobación* (por el presidente de Audiencia), son *presupuestos de validez* de la habilitación. El artículo 323, 3.º, del Código exige que tanto la concesión como la aprobación se *consideren convenientes* al menor; es una apreciación de la conveniencia, *sucesivamente*, por dos órganos.

En consecuencia, puede darse en hipótesis que el Consejo de Familia considerara conveniente conceder la habilitación, y que el órgano judicial estimara no conveniente su aprobación. Ante este *conflicto de apreciación de la conveniencia* ¿qué criterio debe prevalecer? Manresa (502) estima que si el acuerdo del Consejo de Familia fuera *favorable* a la habilitación del menor, el presidente del Consejo de Familia librará certificación del acta, para remitirla, por conducto del juez municipal, para que por medio del de Primera Instancia se eleve al presidente de la Audiencia Territorial a quien corresponda su aprobación. Luego que el presidente de la Audiencia Territorial la reciba, junto con otros documentos (vgr.: certificación de nacimiento), la pasará al Ministerio Fiscal para que emita su dictamen por escrito. A petición de éste o de oficio podrá acordar la ampliación del expediente cuando lo crea necesario «para que resulten justificados los tres requisitos que exige el artículo 323, aunque *respecto de la conveniencia para el menor habrá de atenerse a la apreciación del Consejo de Familia*». Para Man-

discrecionales del Consejo de Familia»; en igual sentido Bonet (*Código civil comentado*, Madrid, 1962, pág. 306) mantiene el carácter discrecional —irrecurrible— del acuerdo del Consejo.

(500) SCAEVOLA, *Código civil*, tomo V, ob. cit., pág. 529.

(501) LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código civil...*, ob. cit., pág. 416. Continúa el autor manifestando que «lo que sí puede hacerse, si se ha discutido de la mayoría, es informar al presidente de la Audiencia, o denunciar al Ministerio Fiscal, antes de su aprobación, las razones por las que se considera que la habilitación no es conveniente al menor».

(502) MANRESA, *Código...*, ob. cit., pág. 791.

resa, por tanto, la intervención judicial se concreta a la «apreciación calificatoria» de si el Consejo tiene en cuenta, al conceder la habilitación, la conveniencia para el menor. Posición que confirma cuando mantiene que contra el acuerdo negativo de la habilitación no procede recurso alguno, por corresponder dicha resolución a las facultades discrecionales del Consejo de Familia. No comparto que el órgano judicial «habrá de atenerse respecto de la conveniencia del menor a la apreciación del Consejo»; ¿cómo, pues, se satisfará por el presidente de la Audiencia el requisito legal (art. 323, 3.º) de «que se considere conveniente al menor»?

Estimo que la función que se ha querido encomendar por la ley al juez es algo más que la mera calificación y homologación de haber cumplido el Consejo todos los requisitos legales. Es atribuir una *instancia superior* de vigilancia y control de la habilitación concedida por el Consejo de Familia. Sólo así puede entenderse el encabezamiento del artículo 323, que exige los requisitos de la habilitación de edad al decir: «Para la concesión (por el Consejo) y la aprobación (por el presidente de la Audiencia)... se necesita... que se considere conveniente al menor.» Nótese que la concesión y la aprobación van unidos, lo que hace que los requisitos exigidos por el artículo 323 se aprecien *conjuntamente* por uno y por otro órgano, familiar y judicial, respectivamente.

Podrá dudarse si la habilitación es competencia, en última instancia, de la autoridad judicial que podrá aprobar o denegar la «solicitud» (concesión) del Consejo, o si éste y aquella actúan en un mismo plano de igualdad. Lo que parece cierto es que el Consejo, por sí solo, no puede legitimar la habilitación. Me inclino por pensar que juez y Consejo son platillos de una misma balanza que tienen por fiel la conveniencia del menor.

CAPÍTULO XIV

REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

En el régimen económico matrimonial la intervención judicial queda reducida, en términos generales, a un plano secundario y subsidiario, por entender que han de encontrar solución determinados conflictos de intereses en la esfera íntima de la familia y en la decisión del que ostentara la jefatura familiar.

No obstante el principio de igualdad, mejor dicho de equiparación, jurídica de los esposos que fue recogido en la Ley de 2 de mayo de 1975 (503) y lo ha sancionado la Constitución de 1978 (art. 32, 1.º), determinará que a falta de acuerdo conyugal la decisión del conflicto haya de recurrirse al juez.

I. INTERVENCION JUDICIAL EN LA ADMINISTRACION Y DISPOSICION DE BIENES GANANCIALES

En el presente momento el marido es el *administrador* de la sociedad de gananciales, salvo pacto en contrario (cfr. arts. 1.412 y 1.413, 59 y 60 del Código civil).

La potestad es atribuida al marido en función de la atribución de derechos y correlativas obligaciones para el cumplimiento de la finalidad propia de la masa ganancial; levantamiento de las cargas matrimoniales y satisfacción de las necesidades de los miembros de la familia como unidad.

(503) En el *Boletín Oficial de las Cortes*, número 155, de 4 de octubre de 1978, se publica el Proyecto de Ley sobre régimen económico matrimonial en el Código civil, concluyendo el plazo de enmiendas por los grupos parlamentarios y diputados el 23 de octubre; otro texto se ha publicado nuevamente en septiembre de 1979.

No es, a mi entender, el análisis crítico de estos proyectos el que tenga cabida en el presente trabajo, sino sólo constatar que en aquéllos se contienen preceptos que apuntan hacia una mayor discrecionalidad judicial.

El régimen económico del matrimonio del Proyecto de ley sobre modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (B.O.C.G. 14 sept. 1979), ha sido comentado por el prof. LACRUZ BERDEJO, en *La Reforma del Derecho de Familia del Código civil español*, fasc. I, Madrid, 1980, págs. 15 a 98.



En el desarrollo *normal* de la situación matrimonial no se conceden al juez facultades para controlar la administración de la masa ganancial por el marido o por la mujer, cuando así se hubiera pactado.

No puede darse intervención judicial en la administración de ganancias recogida en nuestro Derecho positivo vigente, tal vez por la atribución que de ésta se hace al marido. Los conflictos que puedan existir quedan dentro de la intimidad de la familia (504). A la mujer no le queda más cauce legal —y es a posteriori— que las medidas asegurativas o la impugnación de los actos fraudulentos de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1.413.

De haberse regulado una administración conjunta la intervención judicial estaría justificada. Piénsese en los casos de imposibilidad de uno de los cónyuges para prestar el consentimiento; la negativa para autorizar gastos extraordinarios y necesarios, ya sobre bienes gananciales, ya sobre propios; las facultades moderadoras que pudiera tener cuando se realizaran actos de administración por uno solo de los cónyuges y se hubiere obtenido un beneficio: ¿qué ineficacia procedería a pesar del beneficio obtenido?, ¿y si de este acto obtuviera ganancia uno solo de los esposos y un daño para el consorcio ganancial o se hubiera hecho en fraude de los derechos del otro?, etc.

Las *facultades dispositivas* que el artículo 1.413 (505) concede al marido no entran en un concepto de poder absoluto ni discrecional, sino que lo condicionan elementos de orden *formal* (naturaleza de los bienes, de los actos dispositivos onerosos que no contravengan el Código, ni defraude a la mujer o sus herederos) y datos de orden *material* (realizarse en provecho o interés de la familia).

La ley somete al control de la mujer, a través de su consentimiento, aquellos actos sobre bienes (inmuebles y establecimientos mercantiles) que se presume de importancia en la economía familiar. Cuando dicho consentimiento *no puede* o *no quiera* prestarse la norma recurre al juez para «controlar» el acto dispositivo del marido; su intervención es siempre *subsidiaria*.

(504) Tal vez por aquellas afirmaciones que hacía CARLES (*L'habilitation judiciaire des époux*, pág. 112, cit. por REYES MONTERREAL, *El régimen legal de gananciales*, Madrid, 1962, pág. 262, nota) que cuando la justicia interviene, la conciliación viene a hacerse imposible y la discordia amenaza con destruir la vida de todo hogar, pues mientras el mal permanece oculto, interno en la vida conyugal, queda una esperanza de solución.

(505) En su redacción originaria este artículo establecía que «además de las facultades que tiene el marido como administrador podrá enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento de la mujer. Sin embargo, toda enajenación o convenio que sobre dichos bienes haga el marido, en contravención a este Código o en fraude de la mujer, no perjudicará a ésta ni a sus herederos».

Para el supuesto que la mujer no quiera prestar el consentimiento, resulta coherente que la autorización judicial sólo pueda darse para el acto concreto en que se solicita dicha autorización. En la oposición de la mujer (506) al acto del marido el juez decidirá el conflicto de intereses a la vista de la protección y defensa de los comunes intereses de la familia (507).

Pudiera parecer que para el supuesto de que la mujer no pudiera prestar su consentimiento el juez estaría facultado para conceder autorización con carácter general, atribuyendo al marido una legitimación abstracta para que administre por sí solo. El juez, en la concesión de esta autorización subsidiaria, goza de «una gran amplitud de arbitrio, que no tiene otra limitación que la que resulte de la necesidad o conveniencia de «los intereses comunes de la familia» (508); pero ello no permite la autorización general, pues «supone dejar al marido carente de control cuando por ausencia, incapacidad física o legal, la mujer no va a poder fiscalizar, por sí, los actos de aquél» (509). Que la mujer pudiera, en su caso, dar autorización general al marido para enajenar o gravar los bienes gananciales no significa que el juez pueda concederla; éste, al conceder, en el Derecho vigente, la autorización, resolverá acerca de si la enajenación o gravamen es útil y conveniente, habida cuenta de los factores económicos y familiares —dato material— (510), y mal puede velar con una autorización general las circunstancias cambiantes que experimente la familia (511).

La autorización judicial supletoria del artículo 1.413, entiendo que entra dentro de las facultades discrecionales del juez. La ley sólo limita el proceder judicial del dato legal de que la solicitud del marido «sea fundada» (512) y del «modo previsto» en el párrafo siguiente. Es-

(506) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, tomo I, Barcelona, 1974, pág. 318: «No parece posible prescindir del consentimiento de la mujer, cuando ésta pueda prestarlo, y solicitar directamente la autorización judicial.»

(507) Criterio que puede mantenerse con la nueva redacción del artículo 57 del Código civil («Marido y mujer actuarán siempre en interés de la familia») y de la finalidad contributiva a que están afectos los bienes gananciales.

(508) COSSIO, *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1963, pág. 189.

(509) REYES MONTERREAL, *El régimen legal de gananciales*, Madrid, 1962, página 365.

(510) LACRUZ y ALBADALEJO, *El matrimonio y su economía*, pág. 540; COSSIO, *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1963, pág. 189; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, tomo I, págs. 74 y 75.

(511) En circunstancias excepcionales el juez, aludidas las circunstancias del caso, podría conceder una autorización general; pensemos el supuesto que la profesión del marido sea la de comprar y revender fincas urbanas, y podría, igualmente, exigir determinadas medidas cautelares en garantía del flexible interés familiar del artículo 57.

(512) La solicitud ha de ser expuesta y fundada por el marido, pero la oposición ha de ser también fundada por parte de la mujer, porque aun cuando de-

tas revisiones, que se traducen en elementos estructurales de la norma, aun siendo sumamente amplios y potenciadores de la discrecionalidad judicial, sirven también para enmarcar los supuestos en que procedería conceder la autorización solicitada, como ha reconocido nuestra doctrina (513).

fienda sus intereses no puede evitar la movilidad de la sociedad legal de gananciales.

(513) De Castro (*Compendio de Derecho civil*, tomo I, vol. II, 1.º, Madrid, 1964, página 241) mantiene el fundamento que debe presidir la concesión o denegación de la autorización solicitada; viene determinado por la remisión que el párrafo 1.º del artículo 1.413 hace al segundo del mismo: en éste se habla de otra solicitud fundada (de la mujer) y de actos que «entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales. Parece consecuente que el juez deberá autorizar el acto al marido cuando no exista consentimiento uxoris y el acto de disposición suponga un daño o peligro de daño, grave para la sociedad de gananciales.

DIEZ PICAZO-GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol. III, Madrid, 1974, página 397; para la autorización judicial basta que el acto sea útil o conveniente o que no constituya una amenaza grave para los intereses de la sociedad; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, «En torno al artículo 1.413 del Código civil», *Rev. de Derecho Judicial*, 1960, núm. 5, pág. 79, en análogo sentido; LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, ob. cit., pág. 318; darse la autorización, si la enajenación es útil y conveniente, habida cuenta de los diversos factores económicos y familiares. Según CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. I, Madrid, 1976, pág. 419; el fundamento de la autorización habrá de residir en que, de hecho, sea necesario o conveniente la disposición en vista del interés de la familia. CÁMARA, *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, ob. cit., pág. 474; con la petición al juez de la autorización se persigue que del acto no se siga perjuicio para la sociedad de gananciales; sin que el perjuicio, en decir de Bonet Ramón (*Código civil comentado*, Madrid, 1962, pág. 1098), necesariamente se trate de uno económico, pues puede serlo moral para justificar la negativa del juez. Aunque sea la autorización judicial subsidiaria del consentimiento de la mujer, no debe el juez contemplar primordialmente el interés de ésta, ni siquiera el del marido, sino el interés total de la familia, primando el de los hijos, como se deduce del fin del matrimonio (cfr. REYES MONTERREAL, *El régimen legal de gananciales*, Madrid, 1962, pág. 364, que sigue a Rodríguez Adrados). La fundamentación de la conveniencia o de la utilidad del acto ha de venir condicionada a su vez por la exigencia de que no contraviene al Código y de que no constituye fraude de la mujer o de sus herederos. De esta suerte los conceptos de «contravención» y «fraude» sirven también para enmarcar la «discrecional» autorización judicial. Siguiendo a Roca Juan («Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial», *Anuario de Derecho civil*, tomo XII, 1959, págs. 520 y s.), la idea de contravención al Código «hay que extraerla de toda actuación que se aparte de los cauces por los que discurre la autoridad marital, que son la adquisición o sustitución de valores en el patrimonio ganancial y la aplicación de los bienes al cumplimiento de los fines de los artículos 1.408 y 1.409»... y por fraude toda aquella actuación del marido que perjudicara a la mujer o sus herederos, ya de modo directo ya indirecto a través del beneficio o provecho del marido o de una tercera persona, pues como afirma Roca Juan (*Protección del interés de la mujer...*, ob. cit., pág. 527), la intención dolosa del marido «puede dirigirse inmediatamente no contra la mujer, sino contra la organización de los gananciales a fin de eludir los efectos normales del sistema o para salvaguardar un interés no lícito a la hora de la liquidación del patrimonio».

Según nuestra jurisprudencia, en sentencia de 27 de mayo de 1969 (R. A., 2.980), sobre un asunto en que se limita la disposición del marido en el sentido de que se invierta la mitad del importe de la venta en otros bienes conservables, estableció: «que la autorización judicial deberá concederse siempre que el juez llegue al convencimiento de que el acto no constituye una amenaza grave para los intereses de la sociedad de gananciales o al menos cuando se demuestre su utili-

Con una interpretación *extensiva* del párrafo segundo del artículo 1.413, la autorización judicial podría imponer determinadas limitaciones al marido (modo de invertir lo obtenido por la enajenación, posterior rendición de cuentas, etc.) a la vista de ciertas circunstancias (vg.: pensemos el supuesto de que sólo haya un bien inmueble en el consorcio ganancial y la mujer se opusiera a la enajenación por tenerlo en «reserva» para la educación de un hijo). La interpretación que propugnamos podría venir indicada cuando estuvieran razonablemente fundadas la petición del marido y la oposición de la mujer.

La autorización ha de ser previa al acto dispositivo a título oneroso que pretenda el marido (514); pero si la anulabilidad es sanción protectora de la parte que es árbitro para decidir si le conviene la impugnación o la confirmación (515), no hay obstáculo técnico para que la licencia judicial pueda otorgarse a modo de ratificación (516).

La duda puede surgir de mediar decisión del juez contraria a la petición del marido y éste realizara el acto pretendido, o una vez realizado y solicitada, dicha autorización confirmatoria fuera igualmente contraria. La sanción del acto realizado por el marido debe ser igual que la realizada sin el consentimiento de la mujer o con su oposición. La autorización judicial del artículo 1.413 no está exigida por norma de orden público, ni hace nulo el acto realizado contra su prohibición

dad o conveniencia. Sin que sea precisa la concurrencia de circunstancias que lo hagan aparecer necesario, evitando el perjuicio posible que puede venir determinado por el acto en sí, por las condiciones en que vaya a realizarse o por la inversión que el marido proyecte dar a lo que obtenga a cambio de la enajenación o gravamen, para lo cual le faculta el párrafo 2.º del artículo 1.413 del Código civil al que se remite expresamente el párrafo 1.º —del modo previsto en el párrafo siguiente— para adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes». También puede darse la autorización judicial cuando del poder dispositivo atribuido al marido se hace un uso arbitrario del mismo (cfr. sentencias de 7 de junio de 1972, R. A. 3.215, y 3 de marzo de 1969, R. A. 1.138).

(514) Cámara (*El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, ob. cit., págs. 476 y 477) entiende que hay razones muy atendibles para apoyar la opinión de que la autorización judicial deba obtenerse previamente; Bonet Ramón (*Código civil comentado*, ob. cit., pág. 1089) mantiene que «la autorización judicial debe obtenerse previamente, como ocurre con la habilitación judicial que precisa la mujer cuando administra en los casos de los artículos 1.442 y 1.444 del Código civil», y Reyes Monterreal (*El régimen legal de gananciales*, ob. cit., pág. 364), siguiendo Castán Tobeñas y Rodríguez Adrados, por entender que no estaría «legitimado» el marido para el acto de disposición, no obstante, no habrá inconveniente alguno en que verificado aquél, la mujer lo consienta de un modo expreso —sobre todo a efectos registrales— o que el juez preste su asenso, excepcionalmente, aunque entonces, más que de autorización, debería hablarse de una especie de aprobación judicial.

(515) Díez Pícazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, tomo I, ob. cit., pág. 554.

(516) Sancho estima, al igual que Escrivá de Romani, que no hay obstáculo a que la autorización judicial pueda ser ulterior, «en verdad no veo razones de peso para impedirlo, a modo de ratificación», en Lacruz-Sancho, *Derecho de familia*, tomo I, Barcelona, 1974, pág. 319.

por no formar parte de los requisitos estructurales del acto sino que la dicta una norma protectora de los intereses de la mujer y no tiene otra virtualidad que *dejar abierto o cerrado* el camino a la impugnación de los efectos del acto por la mujer o sus herederos. Viene a «suplir» el consentimiento de la mujer con el solo objeto de cumplir «*la exigencia legal*» (o de presupuesto de *total* eficacia del acto) que impone el artículo 1.413, 1.º

De interpretarse el consentimiento uxoris del artículo 1.413 como necesario conjuntamente con el del marido (517), transformando, en consecuencia, la anulabilidad del acto o la inoponibilidad de sus efectos en una nulidad radical o una «inexistencia del negocio» (Castro), la falta de autorización judicial (o su negativa) producirá los mismos efectos en el acto realizado sólo por el marido.

La autorización judicial habrá de tramitarse en jurisdicción voluntaria (518), siendo competente el juez del domicilio del marido en base al párrafo 23 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (519).

La discrecionalidad del juez aparece con mayor nitidez, ante el silencio legal, para la adopción del tipo de «*medidas de aseguramiento*»

(517) Cfr. DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil*, 5.ª ed., págs. 266 y s. Desde el punto de vista registral manteniendo la codisposición, cfr. arts. 96 y 144 del Reglamento Hipotecario y Resolución de 11 de febrero de 1964 (R. A. 847), entre otras. En contra de la codisposición, cfr., entre otros, COSSIO, *La sociedad de gananciales*, Madrid, págs. 189 y s., y CÁMARA, «El nuevo artículo 1.413 del Código civil», *Anuario de Derecho civil*, págs. 474 y s.

En la reforma de 24 de abril de 1958 se entendió que no se debía introducir modificación alguna en la estructura del sistema económico matrimonial de gananciales a pesar de introducir en el artículo 1.413 la «exigencia del consentimiento uxoris (Exposición de Motivos), sin duda pensando que la jefatura familiar la ostenta el marido «por la naturaleza, la religión y la historia» (BONET, *Código civil comentado*, Madrid, 1962, pág. 1095); pero en la actualidad es necesario modificar la estructura del régimen ganancial y equiparar a los esposos: «Si las limitaciones de la capacidad de la mujer tuvieran explicación en otros tiempos, en la actualidad la han perdido (Preámbulo de la Ley de 2 de mayo de 1975). Con la Ley de 1975 el principio de «la jefatura doméstica del marido ha quedado oscurecido y quebrantado (Díez Picazo y Gullón) y totalmente diluido con la Constitución de 1978.

La Resolución de 8 de febrero de 1977 parece iniciar el camino hacia la equiparación de los esposos, pero no aborda el problema, pues muy diferente es que la mujer pueda obligar a la sociedad de gananciales comprando (presupuesto de la Resolución de la D. G. R. N.) y otra diferente que pueda obligarla vendiendo (presupuesto que contempla el art. 1.413).

(518) En este sentido, REYES MONTERREAL, *El régimen legal de gananciales*, ob. cit., págs. 359 y s. Cossio mantenía que el procedimiento no es el normal de jurisdicción voluntaria, sino más bien contencioso de carácter sumario (*La sociedad de gananciales*, ob. cit., pág. 190), mientras que en sus instituciones de Derecho civil (tomo III, Madrid, 1975, pág. 791) sostiene que la solicitud de licencia se hace a través de un acto de jurisdicción voluntaria, ya que la intervención de la mujer tiene únicamente la finalidad de garantía de los intereses comunes y de gobierno propiamente dicho de los bienes gananciales.

(519) Cfr. PARRA GIMÉNEZ, «Actos de disposición sobre bienes inmuebles gananciales», *Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 208, 1960, págs. 232 y 234.

a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 1.413. Que la discrecionalidad vaya referida a *cómo* podrá imponerlas no significa que su discrecionalidad se extienda a *cuándo*; esto último viene determinado por el concierto de los requisitos legalmente establecidos: que se le pidan por la mujer («solicitud fundada») (520); que se refiera a actos dispositivos sobre bienes muebles («actos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior») (521), y que entrañaran «grave riesgo» para la sociedad de gananciales. El dato legal del grave riesgo no podemos decir que quede circunscrito al ámbito o campo de la valoración de la prueba, pues lo es de los que entran en la apreciación discrecional de los jueces; no es lo mismo que el juez valore como «grave riesgo» las actuaciones especulativas del marido que ha colocado el patrimonio ganancial en trance de desaparecer, o el que no actuó como el *tipo* «buen padre de familia», o que el «grave riesgo» lo deduzca de una conducta positiva o de una negativa (dejar de cobrar créditos, dejar prescribir derechos) o, incluso, cuando presuma racionalmente que no realizará una determinada conducta en beneficio de «lo ganancioso» (522).

(520) La adopción de las medidas cautelares sólo podrá adoptarse a solicitud fundada de la mujer, aunque para menor de edad (cfr. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, ob. cit., pág. 324 n); los herederos de la mujer no tienen tal legitimación mientras viviera, por ser, afirma BONET RAMÓN (*Código civil comentado*, Madrid, 1962, pág. 1099), una consecuencia del carácter íntimo de las relaciones matrimoniales y del principio de interpretación restrictiva; cuando estuviera incapacitada, legitimado lo sería el protutor, pues tutor lo sería el marido no separado legalmente; cfr., en este sentido, BONET, *Código civil...*, ob. cit., página 1100; LACRUZ y SANCHO, *Derecho de familia*, ob. cit., pág. 324; BATLLE, «Observaciones sobre la reforma del Código civil (la Ley de 24 de abril de 1958)», en *Revista General de Leg. y Jurisp.*, 1958, tomo 205, págs. 44 y 45.

(521) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, ob. cit., pág. 323: «la orientación hacia el futuro de las medidas judiciales que pueden adoptarse confirma este concepto amplio del acto de disposición como acto de gestión que puede entrañar grave riesgo para la comunidad; acto que puede ser negocio jurídico o simple hecho material, pues la posibilidad de poner en riesgo tales intereses no se limita a negocios». En este mismo sentido, LACRUZ-ALBALADEJO, *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 545.

(522) En contra de que dentro del riesgo entre la sospecha o presunción de la mujer de que su marido realizará el acto perjudicial, Díez GÓMEZ, «La Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958», con una breve exégesis, *Rev. de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1958, págs. 385 y s.

COSSIO, *La sociedad de gananciales*, ob. cit., págs. 193 y 194: «no parece que basta para dar lugar a dicho régimen cautelar la mera pasividad o abandono de la administración, sino que es precisa la actuación positiva en cuanto el artículo 1.413 habla de quien produce el riesgo mediante sus "actos dispositivos". La especulación impremeditada, el arbitrarismo notorio, la ingénuo confianza otorgada a personas no merecedoras de ella, mediante asociaciones, o a través de otorgamiento de poderes, y otros actos semejantes, pueden justificar la solicitud de las limitaciones y garantías del artículo 1.413 del Código civil y junto a ellos, naturalmente, todos y cada uno de los casos de despilfarro a que se extiende el concepto de prodigalidad... «el supuesto de hecho que sirve de base a la adopción del régimen cautelar, comprende todos los casos de prodigalidad, y además algunos excluidos de dicho concepto por la jurisprudencia, concretamente, los supuestos de administración desacertada que cuando ponen en grave riesgo el

Las medidas que pueda adoptar quedan al arbitrio judicial, escogiendo aquellas que satisfagan la cautela a que están llamadas. No obstante, por la finalidad de las mismas, el juez deberá ajustar su proceder a los siguientes extremos:

a) El juez ha de dictar las medidas que aseguren el consorcio para el futuro. Es un sistema de medidas cautelares que tiende a evitar lo que de aleatorio o arriesgado pueda existir en la gestión marital. Batlle (523) mantiene que el fraude, respecto de las enajenaciones de muebles, no se evita sino por los actos futuros en virtud de lo que el juez determine. Las medidas no afectarán lo más mínimo a la validez de los actos anteriores a su adopción (524). De tal suerte que si se deseara impugnar los actos anteriores a la adopción de las medidas judiciales deberá hacerse en base al párrafo 3.º del artículo 1.413 (fraudulentos), pero nunca podrán enmarcarse dentro del cuadro de aplicación de tales medidas (525).

b) Las medidas, por su carácter cautelar, no podrán en ningún momento alterar el régimen de bienes del matrimonio; ni transferir la administración de los bienes gananciales, en todo en parte, a la mujer (526), o a un tercero; ni declarar la prodigalidad del marido en base a este párrafo del 1.413 (528).

c) El juez no tiene por qué sujetarse a adoptar las medidas «peditas por las partes o a las ordenadas por los textos legales para casos análogos» (528). En general podrá adoptar toda concreta medida que vaya dirigida a remediar los perjuicios derivados de la conducta del marido. Cita Cossio, entre las posibles medidas a adoptar judicialmente: sustracción material de determinados bienes a la inmediata disposición del marido; prohibición de proceder a la enajenación sin el

interés común, bastan para determinar la adopción del referido régimen excepcional, aunque en ellos no concurren los restantes requisitos de la prodigalidad».

DÍEZ PICAZO y GULLÓN (*Instituciones de Derecho civil*, tomo II, Madrid, 1974, página 398): «se trata de una conducta no de un acto aislado, que entraña un riesgo grave».

(523) BATLLE, *Observaciones sobre la reforma del Código civil...*, ob. cit., páginas 443 y s.

(524) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones...*, ob. cit., pág. 398; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. I, Madrid, 1976, pág. 424; DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1964, pág. 241; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil*, Madrid, 1975, págs. 252 y 253; LACRUZ y SANCHEO, *Derecho de familia*, ob. cit., pág. 324.

(525) COSSIO, *La sociedad de gananciales*, ob. cit., pág. 224.

(526) DÍEZ GÓMEZ, «La Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958», con una breve exégesis, *Rev. Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1958, pág. 386; cfr., igualmente, LACRUZ-SANCHEO, *Derecho de familia*, ob. cit., pág. 324; BONET, *Código civil comentado*, ob. cit., pág. 1100.

(527) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, tomo II, Madrid, 1949, pág. 50.

(528) LACRUZ-SANCHEO, *Derecho de familia*, ob. cit., pág. 324.

consentimiento de la mujer y obligación subsiguiente de depositar su importe; exigirle prenda, hipoteca o cualquier forma de afianzamiento para responder del resultado de su administración; inversión de capital en valores seguros y su depósito consiguiente; que ciertos gananciales, como los sueldos de la mujer funcionaria, sean percibidos por ésta (según lo sugerido por Batlle); intervención de determinados créditos de la sociedad mediante el oportuno requerimiento a los deudores, etc. (529).

II. ALCANCE DE LA FACULTAD JUDICIAL EN LA SEPARACION JUDICIAL DE BIENES

La separación de bienes no procederá judicialmente más que por las causas enumeradas en el artículo 1.433 del Código civil (530); no pueden ser ampliadas discrecionalmente por el juez por tener carácter de *numerus clausus* (531). La intervención de los Tribunales queda relegada al plano meramente formal; constatada la existencia de la causa en que se basa la solicitud o demanda (cfr. arts. 1.433 y 1.437) (532) de

(529) Cit. por PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, vol. I, Madrid, 1967, págs. 765 y 766; BATLLE, *Observaciones sobre la reforma...*, ob. cit., páginas 445 y 446. Afirma REYES MONTERREAL (*El régimen legal de gananciales...*, ob. cit., pág. 294) que el juez deberá proveer en el sentido de constatar efectivamente el requisito de un control de la mujer para ulteriores enajenamientos de muebles, títulos, valores u otra clase de ellos que se encuentren depositados en establecimientos públicos o privados. También podrá el juez adoptar la medida de rendir cuentas el marido de la administración en determinado tiempo y sobre concretos bienes.

(530) Para examinar si los artículos 1.432 y siguientes contienen un régimen económico o sólo un «modus vivendi» económico del matrimonio, cfr. LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, Barcelona, 1974, pág. 363; LACRUZ y ALBALADEJO, *Derecho de familia, el matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, página 631; Díez PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, 1974, página 405.

Numerosos problemas que suscitaron las normas sobre separación de bienes (arts. 1.432 y s.) encuentran solución en la Ley de 2 de mayo de 1975. Basta para comprobarlo examinar la problemática planteada por nuestros tratados o manuales o en los trabajos especializados, como el de R. BERCOVITZ, «La capacidad de la mujer casada en las situaciones anormales del matrimonio», *Rev. Derecho Privado*, septiembre, 1974, págs. 700 y s.

(531) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia...*, ob. cit., pág. 633. No pueden ser causa de separación de bienes la mala administración del marido, la separación de hecho, la incapacidad o la prodigalidad.

(532) No hay inconveniente formal en que la demanda o solicitud de separación de bienes se inste por ambos cónyuges en el supuesto de darse la causa de separación personal. La interpretación gramatical del artículo 1.433 que inserta la conjunción copulativa «y» y la legitimación concedida para pedir la separación de bienes a los cónyuges separados sin distinción entre culpable o inocente, después de la reforma de 1975, parece apoyar aquella afirmación superando la autonomía anterior entre los artículos 1.433 y 73.

Ni la sentencia penal, ni el auto declarando ausente, ni la sentencia de separación de cuerpos producen por sí solo la separación de bienes en el matrimonio.

separación de bienes procederá resolución judicial decretándola (533).

No obstante, en la separación judicial podemos encontrar cierta discrecionalidad a fin de dar cumplida satisfacción a las recíprocas obligaciones que a los cónyuges imponen los artículos 1.435 y 1.436 del Código. Entran en el campo de la apreciación de la prueba la constatación de los datos legales «bienes respectivos» y «recíproco sostenimiento de los cónyuges y de sus hijos»; los calificativos «respectivos» referido a los bienes y «recíproco» aludido al sostenimiento se traducen para el juez en observar la *proporcionalidad* (534) adecuada para satisfacer los deberes matrimoniales y familiares exigidos legalmente. Las bases para la fijación proporcional de la contribución de cada cónyuge no es mera «*quaestio facti*» sino más bien «*quaestio iuris*» al ser incorporadas a los presupuestos legales e inmersos, en consecuencia, en la discrecionalidad de los jueces. La fijación de estas bases dependerá de lo que el juez estime, según las circunstancias del caso; así para la proporcionalidad, el juez atenderá en unos casos a los bienes existentes, otros a los frutos de los mismos, otros a los ingresos y sueldos de los respectivos cónyuges, etc. (635); para el levantamiento de las cargas de la familia el juez debe tener presente, en todo momento, la «educación de los hijos» y «sostenimiento de éstos y de los cónyuges» por exigencia legal; pero dependerá, en cada caso, qué entienda por sostenimiento o educación: ¿lo suficiente para una profesión universitaria, o para la instrucción de un arte u oficio, o para ir al extranjero a estudiar idiomas, etc.?; en el sostenimiento ¿se engloba lo necesario o también lo supérfluo?; ¿abarca las necesidades ordinarias de la familia o también las extraordinarias? El juez para determinar las cargas de la familia atenderá, en suma, a las que se deriven del deber de mantenimiento ínsito en la situación matrimonial y filial.

Debería dejarse a los cónyuges, evitando la costosa investigación judicial de los «bienes respectivos» (y demás datos legales), para que por pacto acordaran la contribución que les impone el artículo 1.436. Esta posibilidad podría basarse en que el citado artículo no la prohíbe, en la norma dispositiva del artículo 73, 6.º, y en una razón de economía

(533) Providencia (cfr. art. 1.432), decreto (cfr. art. 1.433), acuerdo (cfr. artículo 1.434) o sentencia firme (cfr. art. 1.437). Sobre el procedimiento para decretar la separación, cfr. LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de familia...*, ob. cit., pág. 634, y LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, tomo I, Barcelona, 1974, págs. 365 y 366, y las sentencias allí citadas.

(534) Para la vinculación del juez a la proporcionalidad entre obligaciones y bienes, confróntese, por analogía, lo que establecimos al examinar la intervención judicial en los alimentos entre parientes.

(535) Cfr. en este sentido CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1961, pág. 355, y la bibliografía allí citada.

procesal. Con ello queremos significar que la proporcionalidad que deba observar el juez se traduce —cuando son los esposos los que determinan su contribución al sostenimiento recíproco— en la fijación de un *quantum*. Queda, por tanto, desplazado el dato legal de la proporcionalidad (cfr. art. 1.436, *in fine*) judicial al acuerdo de los cónyuges. No obstante, considero que dicho pacto debería ser *homologado* por el juez cuando existieran hijos a fin de apreciar si la contribución es «suficiente» para el sostenimiento y educación de los mismos.

III. TRANSFERENCIA DE LA ADMINISTRACION A LA MUJER

El marido es el normal administrador de los bienes de la sociedad conyugal en una situación normal del matrimonio. La mujer pasa a ser la normal administradora de dichos bienes en una situación anormal del matrimonio producida por el marido al romper voluntaria o involuntariamente la vida en común que preside el concierto matrimonial. Es el caso de «ineptitud del marido el que reclama un estatuto jurídico especial, establecido en los artículos 1.441 y siguientes, que dan opción a la mujer, en lugar de pedir las medidas más severas de la interrupción del régimen económico del matrimonio, a ocupar, con pequeñas diferencias, la posición que en el legal tenía su esposo» (536).

Según el *párrafo 1.º* del artículo 1.441 en los supuestos que la mujer sea tutora de su marido (537), haya solicitado o pedido la declaración de ausencia o cuando haya sido declarado prófugo o rebelde en causa criminal, la «administración de los bienes del matrimonio se transferirá a la mujer por ministerio de la ley». Con los términos «por ministerio de la ley» que agrega al citado artículo la reforma de 2 de mayo de 1975, sin variar el sistema anterior, ha introducido una nota de claridad: por un lado, soluciona la duda interpretativa entre los dos párrafos del citado artículo (538) y, por otro, sanciona el automatismo en la transferencia de gestión de los bienes de la sociedad conyugal: dado el principio de rogación, basta que la mujer alegue una de las causas enumeradas en el *párrafo 1.º* del artículo 1.441 para que el juez transfiera automáticamente la administración a la mujer. El juez no puede hacer una constatación material de la causa: es la

(536) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, Barcelona, 1974, pág. 372. En igual sentido, LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de familia, el matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 644. Las pequeñas diferencias de que hablan estos autores han quedado oscurecidas con la reforma de 2 de mayo de 1975. Cfr. arts. 1.442, 1.443 y 1.444.

(537) Cfr. arts. 220 y 230 del Código civil.

(538) Cfr. MANRESA, *Código civil español*, tomo 9, Madrid, 1950, págs. 810 y ..



forma (declaración de tutela, petición de la declaración de ausencia o declaración de prófugo o de rebelde) la que determina el automatismo judicial.

En los supuestos del *párrafo 2.º* del artículo 1.441, aun cuando igualmente sea el juez el que confiere la administración de los bienes del matrimonio a la mujer, le compete la indagación y averiguación, a través de las pruebas aportadas por la esposa, de la constancia material de la existencia de aquellos supuestos (abandono de familia o encontrarse absolutamente impedido el marido para la administración).

En los casos enumerados en el primer párrafo el juez no puede denegar la petición de transferencia de administración porque *ope legis* así viene realizada por la mera existencia de las causas. En los establecidos en el párrafo último el juez podrá denegarla cuando no haya llegado a su convencimiento la necesidad de tal transferencia, al no darse «todos» los requisitos del abandono familiar por el marido (539) o porque éste no se hallare «absolutamente» impedido para administrar.

Esta parece ser la interpretación que quiso dar la reforma cuando en la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 establecía que «se ha mantenido la distinción del artículo 1.441, entre una atribución *automática* a la mujer de tal administración y una atribución realizada *judicialmente*» (540).

El párrafo 2.º del artículo 1.441 establece que «los Tribunales conferirán *también* la administración a la mujer si el marido hubiere abandonado a la familia, o si, hallándose absolutamente impedido para la administración, no hubiera proveído sobre ella». En su anterior redacción se incluían los supuestos de que «el marido estuviere prófugo o declarado rebelde en causa criminal» (que ha pasado a ser el número 3.º del párrafo 1.º y, por tanto, de transferencia automática de la administración) y no incluía el supuesto de abandono de familia, que con acierto se establece en la vigente redacción. Con palabras de Manresa (541) podemos plantearnos si «éste también ¿se refiere a la administración o a los Tribunales? ¿Quiere decir el artículo que en los últimos casos, como en los anteriores, son los Tribunales los que han de conferir la administración, o que la administración se transfiere también a la mujer en los tres (ahora dos) últimos casos, pero no por simple ministerio de la ley, sino precisamente a instancia de parte y por los Tribunales?» El citado comentarista agrega que «la palabra

(539) Cfr. MARÍA DEL ROSARIO DIEGO DÍAZ-SANTOS, *Los delitos contra la familia*, Madrid, 1973, págs. 323 a 346.

(540) Exposición de Motivos, apart. V. Lo subrayado es nuestro.

(541) MANRESA, *Código civil español*, tomo IX, Madrid, 1950, pág. 810.

también no tiene más que este último alcance, es decir, que la administración se transfiera a la mujer a instancia de parte y por los Tribunales».

Es más acertado diferenciar la intervención judicial según las causas del citado artículo 1.441 para mantener una intervención que se mueve en el ámbito de la justicia reglada (pár. 1.º) o discrecional (párrafo 2.º) (542).

Esto nos lleva a concretar en los supuestos de abandono familiar o de imposibilidad para la administración el cauce por el que discurre el arbitrio judicial.

a) Si el marido hubiere abandonado a la familia. Estimo que éste «abandono a la familia» no debe equipararse al tipo penal de «abandono de familia» (543) (cfr. art. 487, 1.º, del Código penal).

Basta con que el marido sin razón ni explicación alguna no cumpla los deberes que como padre y marido le incumbe. El Código civil no hace referencia a un abandono *de* familia, sino que hubiere abandonado *a su* familia. Pero qué duda cabe que podrá prosperar la transferencia cuando el marido abandona maliciosamente el domicilio conyugal, pues el abandono delictivo supone de por sí las consecuencias derivadas de su ausencia maliciosa.

Cuando se dieran los requisitos del abandono de familia (arts. 487 y siguientes) el juez civil deberá proceder a la transferencia de la administración a la mujer. En caso de no darse todos los requisitos, el juez procederá a la transferencia según su prudente arbitrio en vista

(542) Se puede establecer una doble forma de intervención judicial. Cuando el juez transfiera la administración en base a cualquiera de las causas enumeradas en el párrafo 1.º del artículo 1.441 su intervención se produce en el solo sentido de que basta la existencia de la causa, que fue comprobada, verificada o declarada anteriormente por el juzgador para que el juez al que se le solicite la transferencia de administración tenga que proceder a concederla. Bastará en este supuesto, presentación de escrito solicitándose por la mujer la administración de los bienes del matrimonio y justificación de cualquiera de las causas mencionadas en los tres números del párrafo 1.º Por el contrario, cuando la causa sea de las enumeradas en el párrafo 2.º del mismo artículo el juez goza de discrecionalidad para comprobarla. Conceder la administración a la mujer *es potestativo*. El juez debe examinar y verificar la existencia de las causas en procedimiento de jurisdicción voluntaria, al no haber partes determinadas y conocidas (cfr. MANRESA, cit. por LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de familia, el matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 648) o por los trámites de los incidentes si existiera oposición.

(543) Sobre el abandono de familia, v. J. BELTRÁN DE HEREDIA, «Aspectos civil y penal del abandono de familia», *Rev. de Derecho Privado*, 1955, págs. 21 y s.; QUINTANO, «Incumplimiento de las obligaciones sancionado criminalmente», *Revista de Derecho Privado*, septiembre, 1944, págs. 727 y s.; BASTERO ARCHANDO, «La Ley sobre incumplimiento de los deberes de asistencia familiar», *Anuario Derecho Penal*, 1952, págs. 440 y s.

del bien jurídico protegido, que como observa Cuello Calón (544) al hablar del delito de abandono de familia, es la protección y garantía del cumplimiento de los deberes de asistencia familiar que la ley impone, en este caso, al marido.

b) Si el marido se hallare absolutamente impedido para administrar.

Entendemos que el Código engloba con estos términos a «quien aun conservando en parte sus facultades, sin embargo no puede desempeñar una administración regular y medianamente diligente; la palabra «absolutamente» pretende evitar que pueda desplazarse al marido de la administración por simple falta de habilidad o fortuna en el manejo de los negocios comunes, o aun de diligencia, pero no dejar a la mujer indefensa ante la incapacidad temporal del marido» (545). Se entenderá que «ha proveído a la administración» cuando en sus previsiones respeta la posición de la mujer en el consorcio, de modo que no valdrá el nombramiento de un administrador extraño en el patrimonio ganancial, ni, en general, ningún apoderamiento u otra medida que sea depresiva para la esposa, bien entendido que tal cualidad podrá apreciarse con mayor facilidad todavía en caso de ausencia o inhabilidad del marido» (546).

Son los hechos determinantes de la irregular y negligente administración del marido —cuando no haya proveído sobre ella— los que habrá de valorar el juez con arreglo a los principios de la libre apreciación de la prueba.

La facultad del Tribunal en los supuestos del párrafo 2.º del artículo 1.441, lo es solamente para indagar si existe o no causa de transferencia, pero *no el alcance* de la administración conferida a la mujer. Los efectos y facultades de dicha administración, por reciprocidad, vienen determinados en la ley (547).

Surgiría la duda de si los Tribunales están facultados para *no* transferir a la mujer la administración de su dote —salvo el caso del artículo 225—, dado que el 1.443 establece que «se transferirá a la mujer la administración de su dote... cuando los Tribunales lo *ordenaran* en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.441, pero quedando sujeta a lo determinado en el artículo 1.435». A esta duda hay que contestar ne-

(544) CUELLO CALÓN, *El delito de abandono de familia*, Barcelona, 1946, página 698.

(545) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, Barcelona, 1974, pág. 373.

(546) LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de familia, el matrimonio...*, ob. cit., pág. 647.

(547) Cfr. arts. 1.442 y 1.444 del Código civil, donde constatan las idénticas facultades que tuviera el marido.

gativamente; parece incongruente la remisión que se hace al artículo 1.441. Esta incongruencia se deduce:

1.º Porque tendría su razón de ser la remisión si en el artículo 1.441 (pár. 2.º) no se hubiera suprimido en la reforma de 1975 «las limitaciones que los Tribunales estimaran convenientes».

2.º Que si por bienes de la sociedad conyugal (como dice la Exposición de Motivos de la Ley número 14/1975) se han de entender los comunes, parece de todo punto ilógico que se transfiera a la mujer la administración de los bienes comunes y quedase la administración de los dotales —aun cuando tengan una peculiar finalidad y un distinto estatuto jurídico— en manos del marido o de su tutor.

La transferencia a la mujer de la administración de los bienes de la sociedad conyugal obedece a situaciones anormales del matrimonio, es de lógica que al producirse esta situación la mujer administre los mismos núcleos patrimoniales que administrara el marido con anterioridad (548).

La resolución del Tribunal que transfiera la administración a la mujer, no podrá imponer a la administración de ésta más limitaciones que las que legalmente podría imponer si la tuviera el marido. La remisión del artículo 1.444 (disposición general) al 1.413 no facultará en consecuencia a que pudiera imponerse algún tipo de las medidas o aseguramientos cautelares a que se refiere el párrafo 2.º del mismo. No obstante, con una interpretación extensiva de dicho párrafo y habida cuenta de que la transferencia obedece a situaciones de anormalidad en la sociedad conyugal, no nos atreveríamos a mantener con rígido criterio esta negativa.

(548) Los bienes comunes, los propios de la mujer (parafernales con administración entregada o dotales) y los privativos del marido, aunque sobre estos últimos tal vez sea más discutido la transferencia de administración a la mujer, puesto que en principio no están afectos al levantamiento de las cargas familiares a diferencia de los dotales. V. BERCOVITZ, «La administración...», *Rev. de Derecho Privado*, 1974, pág. 717.

BIBLIOGRAFIA

- ACCARDO, «Etá matrimoniale», en *Sulla riforma del Diritto di famiglia*. Seminario dirigido por Santoro Passarelli. Padova, 1973, pág. 27.
- ACHARD, «La adopción», en el volumen *Curso de especialización de jueces de menores*. Montevideo, 1973.
- ALBALADEJO, *Derecho civil*. Barcelona, 1970 y 1975.
- *El reconocimiento de la filiación natural*. Barcelona, 1954.
- «El reconocimiento de la filiación natural», *Rev. Der. Judicial*, 1964, pág. 11.
- *Instituciones de Derecho civil*. Barcelona, 1972.
- ALBALADEJO y LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Barcelona, 1963.
- ALBALATE GIMÉNEZ, «Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes legítimos», en *Homenaje a Moneva y Puyol*. Zaragoza, 1954-1956, pág. 249.
- ALCÁNTARA SAMPELAYO, «La capacidad de la mujer en circunstancias extraordinarias», *Rev. Der. Priv.*, 1949, pág. 304.
- ALEMANY GAL-BOGUÑA, «El divorcio en Italia», *Rev. Jur. de Cataluña*, 1970, pág. 965.
- «La separación matrimonial de hecho», *Rev. Jur. de Cataluña*, 1966, pág. 400.
- ALEMANY VERDAGUER, *Estudios sobre la filiación ilegítima en el Derecho español*. Barcelona, 1974.
- ALESSI, *Sintema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*. Milano, 1960.
- ALONSO, H. y B., *La separación matrimonial (sus causas legítimas y el proceso de la acción)*. Madrid, 1958.
- ALONSO PÉREZ, «El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad», *Rev. Der. Priv.*, 1973, pág. 7.
- «Acerca del matrimonio civil», *Rev. Der. Priv.*, 1978, pág. 12.
- ALVAREZ VIGARAY, «El domicilio», *Anuario Der. Civ.*, 1972, pág. 549.
- ANCEL, *L'adoption*. París, 1958.
- ANDRÉ-VINCENT, «L'abstrait et le concret dans l'interprétation», en *Archives de philosophie du Droit*, tomo XVII. París, 1972, pág. 135.
- *Les revolutions et le Droit*. París, 1974.
- ANGULO, «La protección de los menores (Fuero del menor)», *Anuario de la Escuela Judicial*, 1964, pág. 41.
- ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, «En torno al consentimiento para la adopción, a tenor de la ley de 4 de julio de 1970», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1970, pág. 615.
- ARDANT, «La famille et le juge administratif», en *Mélanges offerts a René Savatier*, pág. 23.
- ARIAS DE VELASCO, «Lo discrecional y lo reglado en los actos administrativos», *Rev. Dr. Público*, 1932.
- ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil française*, París, 1973.
- ASCARELL, «L'idea di Codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione», en *Saggi Giuridici*, pág. 41.
- BADIALI, *Legge italiana sul divorzio e diritto straniero*, Milano, 1976.
- BENCIOLINI y CORTINO, «L'indagine biologica nella ricerca della paternità: prospettive di applicazioni nel nuovo diritto di famiglia», *Riv. Diritto Civile*, julio-agosto, 1978, pág. 388.

- BADOSA COLL, «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24-4-1968», *Rev. Jur. de Cataluña*, 1969.
- BALDASSARRE, *Derecho civil (familia y sucesiones)*. Buenos Aires, 1944.
- BAGOLINI, «Interpretazione giuridica e dicisione», *Riv. Trim. di Dir. e Proc. civile*, tomo XX, 1966, pág. 264.
- BARASSI, «I limiti della norma giuridica», en *Studi in onore de Cicu*. Milano, 1951, pág. 43.
- BARBERO, «Le norme completine», *Riv. Dir. Civile*, 1962, pág. 526.
- BARILLARO, «Dichiarazione di morte presunta. Ragioni eventuali della persona di cui è stata dichiarata la morte presunta. Parentela e afinità», en *Comentario del Codice civile a cura de Scialoja-Branca* (arts. 43 a 78). Bologna-Roma, 1970.
- BARROETAÑA, *El divorcio en el Derecho argentino*. Buenos Aires, 1967.
- BARROS MONTEIRO, *Direito de Família (Curso de Direito Civil)*. Sao Paulo, 1971.
- BASILE, «La famiglia: comunita chiusa o aperta?», en *Studi sulla riforma del Diritto di Famiglia*. Milano, 1973.
- BASTERO ARCHANDO, «La ley sobre incumplimiento de los deberes de asistencia familiar», *Anuario Der. Penal*, 1952.
- BATLLE SALES, *El derecho a la intimidad privada y su regulación*. Alcoy, 1972.
- BATLLE VÁZQUEZ, «Cuestiones de Derecho matrimonial (Domicilio y hogar conyugal)», *Rev. Crit. de Der. Inmobiliario*, 1960.
- «Observacionen sobre la reforma del Código civil (La Ley de 24 de abril de 1958)», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1958.
- Voz «Divorcio», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona, 1955.
- «Derecho y deberes respectivos de los esposos», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, tomo 165, pág. 384.
- *El Derecho Civil y el Nuevo Estado*. Discurso Apertura Académica. Murcia, 1940.
- BAUDOIN, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*. Paris, 1965.
- BAVIERA, «Competenza del Tribunale ordinario e del Tribunale per i minorenni a pronunciare provvedimenti relativi alla prole di coniugi separati», *Foro it.*, 1957, pág. 64.
- BELAID, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, vol. XVII. Bibliotheque de Philosophie du Droit, Paris, 1974.
- BELTRÁN DE HEREDIA, «Reconocimiento de hijo natural en testamento», *Rev. Der. Priv.*, 1965.
- «Aspecto civil y penal del abandono familiar», *Rev. Der. Priv.*, 1955, pág. 3.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y DE ONÍS, *La obligación legal de alimentos entre parientes (separata)*. Salamanca, 1958.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (arts. 142-153). Madrid, 1978.
- BELL-VOGEL, *A Modern Introduction to the Family*. London, 1968.
- BELLINI, «Considerazioni generali sulla legittimità costituzionale del divorzio», en *Università degli studi di Roma*. Studi in tema di Diritto di Famiglia, pág. 355.
- BENEDETTI, «Il giudice nel governo della famiglia», en *Sulla riforma del Diritto di famiglia*. Seminario diretto de Santoro Passarelli. Padova, 1973, pág. 149.
- BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona*. Madrid, 1976.
- «La capacidad de la mujer casada en las situaciones anormales del matrimonio», *Rev. Der. Priv.*, 1974.
- *Comentarios del Código Civil y Compilaciones forales* (arts. 172-180). Madrid, 1978.
- BERGAMÍN, «Representación de la mujer casada incapaz», en *Dictámenes*, tomo I, página 13.
- BÉRISTAIN, «Protección penal de la familia; razones y límites de la incriminación del abandono de familia», *Rev. Inst. de Der. Comp.*, tomo XII, pág. 561, 1966.
- BERNÁRDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial canónico*. Madrid, 1966.
- BERRI, *Persona e famiglia*. Roma, 1966.
- BERTOLINI, «I problemi della famiglia e la pedagogia», *Il Dir. di famig. e delle persone*, 1974, pág. 767.

- BETTI, «L'intervento del giudice. Lo pseudo-riconoscimento del figlio adulterino. Il regime legale della comunione degli utilie e degli acquisti», en *Quaderni della Riv. Dir. Civile. La riforma del Diritto di famiglia*. Convegno Venezia, 1967, página 137.
- *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Traducción de DE LOS MOZOS. Madrid, 1975.
- «Riforma del diritto di famiglia», *Riv. Dir. Civile*, 1967.
- BIANCA, «Prospettive di riforma del diritto di famiglia», *Il Dir. di famig. e delle persone*, 1974, pág. 1139.
- Voz «Famiglia», en *Novissimo Digesto Italiano*.
- BLANCO NÁJERA, «Los derechos del niño», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, tomo 163, página 42.
- BLANQUER ÜBEROS, «Los efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y de la separación de hecho sobre las personas y los patrimonios en Derecho comparado», en *Ponencias presentadas por el notariado español a los Congresos internacionales del Notariado Latino*, tomo III, pág. 717.
- BO, *Il diritto degli alimenti*. Milano, 1935.
- BOLAND, *La notion d'urgence dans la Jurisprudence du Conseil D'Etat de Belgique, en le fait y el droit*. Bruxelles, 1961.
- BONET RAMÓN, *Código civil comentado*, Madrid, 1962.
- *Compendio de Derecho civil*, tomo IV, Derecho de familia. Madrid, 1960.
- BORDA, *Tratado de Derecho Civil Argentino (Familia)*, tomo I y II. Buenos Aires, 1955.
- BOSCHIAN, *Europäischen Familienrecht*. München, 1972.
- BRAZIER, *Le nouveaux droit des époux et les regimes matrimoniaux*, Paris, 1966.
- BRIGUGLIO, *El estado de necesidad en el Derecho Civil*. Traducción de GARCÍA AMIGO. Madrid, 1970.
- BRITZKE, *Familienrecht*. Berlin, 1964.
- BROCA Y MAJADA, *Manual de Formularios Civiles*. Barcelona, 1966.
- BRONG SERMA, «Nouvelle loi sur le divorce aux Pays-Bas», *Rev. Internt. de Droit Comparé*, 1975, pág. 395.
- BUCCIANTE, *La patria potestà nei suoi profili attuali*. Milano, 1971.
- BUONCRISTIANO, «Poteri istruttori del giudice (gobierno della famiglia)», en *Sulla riforma del Diritto di famiglia*. Seminario diritto de Santoro Passarelli. Padova, 1973, pág. 179.
- BUSSO, *Código Civil anotado*, tomos I y II. Buenos Aires, 1945.
- CADARSO, *Comentario a las reformas del Código Civil*. Madrid, 1977.
- CALDERÓN, «La cosa juzgada y el Consejo de Familia», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1903.
- CAMACHO, «El derecho de visita y comunicación con los hijos en caso de separación», *Rev. Et. Jur. Pol. y Soc.* Bolivia, 1949, pág. 73.
- CÁMARA, «Reflexiones en torno a la capacidad patrimonial de la mujer casada», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán*, tomo VI, pág. 95.
- *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*. Madrid, 1975.
- «El nuevo artículo 1.413 del Código Civil», *Anuario Der. Civ.*, 1960.
- CAMINALE, «Mezzi atti ad elidere le cause di disadattamento di minori», *Riv. Dir. Matri.*, tomo III, 1960, pág. 337.
- CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*. Milano, 1966.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, «Ideas para un nuevo Derecho de Familia en España», *Rev. Der. Priv.*, 1974, pág. 799.
- *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Pamplona, 1975.
- CAPOZZI, «La funzione del notario nel diritto di famiglia, con particolare riguardo alla separazione personale dei coniugi e al divorzio», *Il Dir. di famig. e delle persone*, 1974, pág. 473.
- CARBONIER, *Derecho flexible*. Traducción de Díez-Picazo. Madrid, 1974.
- *Flexible Droit. Textes pour une Sociologie du Droit sans rigereux*. Paris, 1971.
- CARETTE, *Diccionario de jurisprudencia argentina*. Buenos Aires, 1910.
- CARNELUTTI, *Derecho y proceso*. Traducción de SENTÍS MELENDO. Buenos Aires, 1971.
- «La parità dei coniugi e l'ordinamento giuridico italiano», *Riv. Dir. Civile*, 1961, pág. 145.



- CARRARO, «I rapporti inerenti alla filiazione», en *Quaderni della Riv. Dir. Civile*. La riforma del Diritto di famiglia. Convegno Venezia, 1967, pág. 73.
- «Il nuovo diritto di famiglia», *Riv. Dir. Civile*, 1975, pág. 93.
- «La filiazione in generale», en *Atti II del Convegno di Venezia*. La riforma del Diritto di famiglia, pág. 107.
- CARRASCO CANALS, «Estructuralismo versus Derecho», *Rev. Der. Priv.*, 1974, pág. 581.
- CARRESI, «La separazione personale», en *Atti II del Convegno di Venezia*. La riforma del diritto di famiglia, pág. 99.
- CASSO, *Las litis expensas*. Barcelona, 1964.
- CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Madrid, 1961, 1966, 1971 y 1976.
- *Las Instituciones protectoras de la familia y de su propiedad*. Discurso de apertura de los Tribunales. Madrid, 1955.
- *Hacia un nuevo Derecho Civil*. Madrid, 1933.
- *La crisis del matrimonio*. Madrid, 1914.
- CASTÁN VÁZQUEZ, *La participación de la madre en la patria potestad*. Madrid, 1957.
- *La patria potestad*. Madrid, 1960.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (154-172)*. Madrid, 1978.
- «La patria potestad sobre los hijos naturales en la regionalización española», *Inst. de Der. Comp.*, 1966, pág. 197.
- «La descendencia del adoptante como obstáculo para la adopción», *Rev. Der. Priv.*, 1970, pág. 849.
- «La edad del adoptado», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1970, pág. 581.
- «La llamada patria potestad», *Der. Priv.*, 1978, pág. 841.
- CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho Civil*. Madrid, 1964.
- *Derecho Civil de España*. Madrid, 1949 y 1952.
- *El negocio jurídico*. Madrid, 1972.
- «El autocontrato en el Derecho Privado Español», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1927.
- «Remuneración del representante legítimo del ausente», *Anuario Der. Civ.*, 1948, pág. 100.
- «El matrimonio de los hijos (con motivo del Concordato con la Santa Sede)», *Anuario Der. Civ.*, 1954, pág. 30.
- CATAUDELLA, «Comunione legale (ordinamento patrimoniale della famiglia)», en *Sulla riforma del Diritto di famiglia*. Seminario dirigido por Santoro Passarelli. Padova, 1973, pág. 259.
- CATTUI DE MENASCE, «Persone e famiglia», en *Quaderni di Iustitia*, núm. 17, página 3.
- CECCONI, «Separazione consensuale e poteri del giudice», en *Sulla riforma del diritto di famiglia*. Seminario dirigido por Santoro Passarelli. Padova, 1973, página 3.
- CHAMPION, *L'adoption*, París, 1977.
- CICALA, «Il giudice, organo di ogni famiglia italiana?», *Giust. Civile*, 1973, pág. 133.
- CICU, *La filiación*. Traducción de GIMÉNEZ ARNAU y SÁNCHEZ TEJERO. Madrid, 1930.
- *El Derecho de Familia*. Buenos Aires, 1947.
- «Riconoscimento di figlio naturale in testamento distrito», en *Scritti minori*, tomo II, pág. 475.
- «Riconoscimento di figlio naturale in testamento», en *Scritti minori*, tomo II, página 469.
- CIPRIANI, *Dalla separazione al divorzio*. Camerino, 1971.
- CIVIDALI, «Prospettive per una concreta realizzazione del tribunale per la famiglia», *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civile*, 1970, pág. 583.
- CODERCH MANAU, *Tratado de la menor edad*. Barcelona, 1917.
- COGLIOLO, «L'interpretazione sociale del Codice Civile», en *Scritti varii di Diritto Privato*. Torino, 1917, pág. 38.
- «El bonus Pater Familias e l'arbitrium boni viri», en *Scritti varii di Diritto Privato*. Torino, 1917, pág. 149.
- «Bonus iudex», en *Scritti varii di Diritto Privato*. Torino, 1917, pág. 25.
- «La clausola arbitrale nei testamenti. Il giudice familiare», en *Scritti varii di Diritto Privato*. Torino, 1917, pág. 275.
- COLOMBET y otros, *La filiation legitime et naturelle*, París, 1977.
- COMAS, *Revisión del Código Civil Español*. Madrid, 1895.
- CONDOMINES, «La reciente reforma del Código Civil», *Rev. Jur. de Cataluña*, 1959.

- CORTEZO, *Situación jurídica de la mujer casada*. Madrid, 1975.
- COSSIO Y CORRAL, «La potestad marital», *Anuario Der. Civ.*, 1948, pág. 13.
- *La sociedad de gananciales*. Madrid, 1963.
- *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, 1975.
- «Teoría general de la ausencia», *Rev. Der. Priv.*, 1942, pág. 85.
- «El patrimonio del ausente», *Rev. Der. Priv.*, 1942, pág. 369.
- CRAFFE, *La puissance paternelle en droit anglais. Evolution historique. Solutions traditionnelles*. Paris, 1971.
- CRETNEY, *Principles of family Law*. London, 1974.
- CUELLO CALÓN, *El delito de abandono de familia*. Barcelona, 1946.
- CHARTIER, «Domicile conjugal et vie familial», *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1971.
- CHAZAL, «La notion du danger couru par l'enfant dans l'institution française d'assistance éducative», en *Recueil d'études en hommage à Ancel Marc*, pág. 327.
- CHIRONI, «Autorizzazione giudiziale. Opposizione d'interesse. Procedura», en *Studi e questioni di Dir. Civile*, vol. III, pág. 437.
- D'ANTONIO, *La colpa nella separazione personale dei coniugi*. Padova, 1968.
- DALLA TORRE, «Eguaglianza dei coniugi ed intervento del giudice nei contrasti decisionali», *Il Dir. di famig. e delle persone*, 1975, pág. 245.
- «El giudice di fronte alla legge sul divorzio», *Justitia*, 1971, pág. 337.
- DE CÛPIS, «Postilla sul nuovo diritto di famiglia», *Riv. Dir. Civile*, 1975, pág. 309.
- «La famiglia futura», en *Studi e Questioni di Dir. Civile*, pág. 269.
- «Brevi osservazioni sul riconoscimento e sulla legittimazione di figlio premorto», en *Studi e questioni di Dir. Civile*, pág. 202.
- «La tutela esterna degli interessi familiari», *Riv. Dir. Commerciale*, 1971, página 235.
- DE DIEGO, «La función jurisdiccional de los jueces y la aplicación del derecho en general», *Rev. Der. Priv.*, 1913, pág. 73.
- DE LOS MOZOS, «La equidad en el Derecho Civil español», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1972, pág. 7.
- DE MARINO, «La capacidad adopcional», *Anuario Der. Civ.*, 1971, pág. 863.
- DELNOY-MARGRÈVE, «Le ministère public et l'autorité parentale après la loi du 8 avril 1965», *Rev. Crit. Jurisp. Belge*, 1969, pág. 342.
- DÍAZ ALABART, «Modificabilidad del régimen de separación de bienes impuestos por la ley a los esposos que se casaron contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 del Código Civil», *Rev. Der. Priv.*, 1976.
- DÍAZ GUIJARRO, «Las limitaciones del derecho de los padres divorciados a ver a sus hijos», *Jurisp. Argentina*, núm. 25.
- DIEGO DÍAZ-SANTOS, *Los delitos contra la familia*. Madrid, 1973.
- DÍEZ GÓMEZ, «La Ley de reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958, con una breve exégesis», *Rev. Der. Notarial*, 1958.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Madrid, 1973.
- *Lecciones de Derecho Civil*. Valencia, 1967.
- «De nuevo sobre reclamación de la filiación natural (tres sentencias del Tribunal Supremo)», *Anuario Der. Civ.*, 1962, pág. 205.
- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Madrid, 1966.
- «La filiación en el derecho civil de Cataluña», *Anuario Der. Civ.*, 1962.
- «La situación de los hijos naturales en el Derecho Español», *Rev. Inst. de Der. Comp. de Barcelona*, 1966, pág. 208.
- «La situación jurídica del matrimonio separado», *Rev. Der. Notarial*, 1961, página 7.
- «La capacidad para adoptar y el estatuto religioso del matrimonio», *Anuario Der. Civ.*, 1971, pág. 913.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, 1974.
- *Sistemas de Derecho Civil*. Madrid, 1975.
- DOGLIOTTI, «Principio del consenso, parità dei coniugi e posizione della prole nella riforma del diritto di famiglia», *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1978, pág. 314.
- DOMÍNGUEZ ROMERO, *Matrimonio civil en España: su historia, su situación actual y su futuro previsible*. Pretor, 1975, pág. 5.

- DONELLI CAPELLI, «La prevenzione giudiziaria per in minori e il sistema penale», *Riv. Dir. Matri.*, 1960, pág. 358.
- DORAL, «El fraude y la defensa del interés familiar en el Código Civil», *Rev. Der. Priv.*, 1974, pág. 555.
- «La interpretación del Código Civil según la nueva ordenación registral en tema de filiación», *Documentación Jurídica*, 1974, pág. 389.
- D'ORS, *Derecho privado romano*. Pamplona, 1973.
- *Introducción al manegirico de Trajano, de Plinio el Joven*. Madrid, 1953.
- DÖLLE, «L'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de famille», *Riv. Internc. Diritto Compr.*, 1950.
- DUBRU, *L'égalité civil des époux dans le mariage*. Bruxelles, 1959.
- EBENE COBETTI, «La riforma in Francia delle leggi sulla persona e sulla famiglia», *Riv. Dir. Civile*, 1976, pág. 229.
- EGEA IBÁÑEZ, «La administración por la mujer casada en los bienes parafernales», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán*, vol. III, pág. 203.
- EHLOROS, *Yugoslav Civil Law (History, Family, Property)*. Oxford, 1970.
- ESCOBAR DE LA RIVA, *La tutela*. Madrid, 1943.
- ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Voz: arbitrio judicial.
- ESCRIVÁ DE ROMANI, «Actos dispositivos realizados en contravención del art. 1.413 del Código Civil», *Anales de la Acad. Matri. del Notariado*, 1968, pág. 557.
- ESPÍN CÁNOVAS, *Capacidad jurídica de la mujer casada*. Salamanca, 1969.
- *Una nueva familia civil: la adopción*. Salamanca, 1963.
- *Manual de Derecho Civil Español*. Madrid, 1959, 1972, 1974 y 1975.
- ESPINOSA, *La rendición de cuentas en el Derecho Privado*. Madrid, 1975.
- FAIREN GUILLÉN, «El papel del Ministerio Fiscal español en el proceso civil», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1975, pág. 655.
- FALZEA, «La separazione personale», en *La riforma del Diritto di Famiglia*. Padova, 1967.
- «El dovere di contribuzione nell regime patrimoniale della famiglia», *Riv. Diritto civile*, 1977, pág. 609.
- FASSO, «Il giudice e l'adequamento del diritto alla realtà storico-sociale», *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civile*, 1972, pág. 373.
- FAUS ESTEVE, «Separación de hecho en el matrimonio», *Anales de la Acad. Matri. del Notariado*, 1946, pág. 281.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, «La adopción», *Anuario de Der. Civ.*, 1971, pág. 685.
- «En torno al artículo 1.413 del Código Civil», *Rev. Der. Judicial*, 1960.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, «El standard de Derecho en la jurisprudencia inglesa y su aplicación», *Rev. Der. Priv.*, 1927, pág. 129.
- FERNÁNDEZ VIVANCOS, «Registro Civil: Reconocimiento de hijo natural por expediente ante el encargado del Registro», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1951, página 372.
- FERRARA, «Potere legislativo e funzione del giudice», en *Scritti giuridici*, volumen I, pág. 3. Milano, 1954.
- FERRER, «El nuevo procedimiento para la separación provisional de los cónyuges», *Rev. Gen. de Der.*, 1959.
- FERRI, «L'intervento del giudice nel governo della famiglia. Il "fondo patrimoniale". La comunione degli utili (comunicación al convenio)», en *Quaderni della Riv. Dir. Civile*. La riforma del Diritto di famiglia. Convegno Venezia, 1967, página 109.
- FILETTI, «Progetto unificato di riforma del diritto de famiglia, approvato con modifiche il 25 febbraio 1975 (Relazione)», *Il Dir. di famig. e delle persone*, 1975, página 1007.
- FINOCCHIARO, «Brevi osservazioni sulla natura dell'intervento del giudice nel governo della famiglia ai sensi dell'art. 145, com. 1 e 2 c. c.», *Giustizia civile*, 1979, pág. 68.
- «Poteri in indagine del giudice in caso di disconoscimento di paternità», *Giustizia civile*, mayo 1979, pág. 819.
- FOSAR BENLLOCH, «La capacidad jurídica de la mujer casada», *Rev. Crit. de Der. Inmobiliario*, 1975.

- «Notas para una introducción al Derecho de Familia», *Rev. Crit. de Der. Inmobiliario*, 1973, pág. 1105.
- «La norma jurídica y el Derecho de Familia», *Rev. Crit. de Der. Inmobiliario*, 1974, pág. 787.
- FRANCHI, «Il parere del giudice tutelare», *Riv. Trim. de Dir. e Proc. Civile*, 1954, página 161.
- FROSINI, «Osservazione sulla natura giuridica dell' ufficio», *Rev. Der. Civile*, 1964, página 139.
- FUENMAYOR CHAMPIN, *El matrimonio y el concordato español*. Madrid, 1963.
- «La educación en las causas de separación y de nulidad matrimonial», en *Homenaje a Pérez Serrano*. Madrid, 1959.
- «La separación conyugal no contenciosa en el Derecho Español», *Rev. de Der. Priv.*, 1975, pág. 3.
- FUNAIOLI, «L'art. 4 del progetto e i poteri del giudice in materia di diritto familiare», en *Cuaderni della Riv. Dir. Civile*. La riforma del Diritto di famiglia. Convegno Venezia, 1967, pág. 113.
- FURKEZ, «La recherche de paternité naturelle en droits allemand et français», *Rev. Internt. de Droit Comp.*, 1975, pág. 321.
- GANGI, *Derecho Matrimonial*. Madrid, 1960.
- GARCÍA, «Igualdad conyugal y conflictos domésticos. Intervención judicial». *Revista Derecho Privado*, 1978, pág. 491.
- GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho Español*. Madrid, 1959.
- *El Derecho de familia y el proceso*. Santiago de Compostela, 1971.
- «El nuevo régimen jurídico de la adopción», *Anuario Der. Civ.*, 1971, pág. 789.
- «De nuevo sobre el momento perfecto de la adopción» (comentario a la Resolución de la D.G.R. y N. de 8 de junio de 1973), en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*. Madrid, 1976.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra los inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*. Madrid, 1974.
- GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Digesto*. Barcelona, 1892.
- GARCÍA GONZÁLEZ, «Expósito, beneficencia y prohijamiento», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, tomo I, pág. 317.
- GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil Español*. Madrid, 1852.
- GARCÍA LAVERNA, «Medidas provisionales en relación con la mujer casada», *Rev. Jur. de Cataluña*, 1959, pág. 639.
- GARDANI, «L'intervento del giudice - L'obbligo di mantenimento dei figli naturali e l'assegno post-mortem», en *Atti II du Convegno di Venezia*. La Riforma del Diritto di famiglia, pág. 203.
- GAZZONI, *Equità e autonomia privata*. Milano, 1970.
- GELST, *Enfoque procesal de la familia*. Montevideo, 1958.
- GETE-ALONSO, «La adopción en Cataluña después de la Ley de 4 de julio de 1970», *Rev. Jur. de Cataluña*, 1973, pág. 499.
- GIACOBBI, «Il diritto di famiglia in una interessante prospettiva didattica». *Giustizia Civile*, 1975, pág. 62.
- GIAMPICCOLO, «Singole osservazioni su tutti i temi della riforma», en *Atti II du Convegno di Venezia*. La riforma del Diritto di famiglia, pág. 169.
- GIANNASTASIO, «I rapporti patrimoniali della famiglia nel recente disegno di legge ministeriali», en *Aspetti della riforma del diritto di famiglia*. Istituto per la documentazione e gli studi legislativi. Milano, 1968, pág. 30.
- «L'equità. Esperienze giurisprudenziali», *Riv. Dir. Civile*, 1974, pág. 657.
- GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial*. Madrid, 1943.
- GIORGIANNI, «La disciplina dei rapporti personali nel disegno di legge governativo sulla riforma del diritto di famiglia», en *Aspetti della riforma del diritto di famiglia*. Istituto per la documentazione e gli studi legislativi. Milano, 1968.
- Voz: «Accertamento», en *Enciclopedia Giuridica*, vol. I.
- «El Diritto Privato ed i suoi attuali confini», *Riv. Trim. de Dir. e Proc. Civile*, 1961.
- «El gobierno della famiglia», en *Quaderni della Riv. Dir. Civile*. La riforma del Diritto di famiglia. Convegno Venezia, 1967, pág. 29.



- GLENDON, *State, Law and Family*, Oxford, 1977.
- GÓMEZ DE LA SERNA, «Del consentimiento paterno para el matrimonio», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, tomo IX, págs. 176, 274 y 345.
- GONZÁLEZ, «El defensor judicial», *Rev. Crit. de Der. Inmobiliario*, 1930.
- GONZÁLEZ-ALEGRE, «Sistematización procesal de las medidas provisionales en relación con la mujer casada y separación de los cónyuges (Estimación crítica de las reguladas con ese carácter en los artículos 67 y 68 del Código Civil)», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1968, pág. 25.
- *Teoría de la tutela y formularios de su práctica*. Teruel, 1956.
- GOSLIERE, *Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme-orchestre du divorce)*. París, 1976.
- GOURDON, *La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute*. París, 1963.
- GRANT, *Family law* (2.ª ed. por JENNIFER LEVIN). London, 1973.
- GRASSI, *Il divorzio nella giurisprudenza*, Napoli, 1978.
- GROFFIER, «Principaux probles de l'adoption au Canada, en France et en Belgique», *Rev. Intent. de Droit Comp.*, 1974, pág. 263.
- GSOVSKI, *Soviet Civil law*. Michigan, 1948.
- GUBERN SALSACHS, *La ruptura de promesa matrimonial y la reducción de las mujeres ante el derecho y la ley*. Barcelona, 1947.
- GULLÓN, *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Madrid, 1977.
- «Problemas de la sucesión del hijo adoptivo», en *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos en honor al profesor Serrano*, pág. 405.
- GULOTTA, «Psicología e terapia del disaccordo coniugale», *Il Dir. di famig. e delle persone*, 1974, págs. 518 y 1194.
- GUTIÉRREZ, «Una cuestión acerca del artículo 168 del Código Civil Español», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, tomo 141, 1922, pág. 175.
- HAMIAUT, *La reforme des régimes matrimoniaux*. Paris, 1965.
- HEGMAVER, *Droit suisse de la filiation*, Berne, 1978.
- HENRY, *De la nature et de la portee des decisions judiciaires en matiere graciense*. París, 1913.
- HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*. Madrid, 1960.
- «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *Rev. Der. Priv.*, 1961, pág. 560.
- HINOJOSA, «El decreto de 2 de junio sobre protección de menores, en relación con el Código Civil», *Rev. Der. Priv.*, 1944, pág. 781.
- «La privación y la suspensión de la patria potestad en nuestra legislación», *Información Jurídica*, 1944, pág. 3.
- HOLLEAUX, «Remarques sur la preuve de la filiation paternelle en droit allemand, suisse et français», *Rev. Internat. de Droit Compare*, 1953, pág. 473.
- IGLESIAS FERREIROS, «Uniones matrimoniales y afines en el Derecho histórico español», *Rev. Der. Notarial*, 1974, pág. 71.
- JAREÑO, *Manual de medidas provisionales relacionadas con los procesos matrimoniales e hijos de familia*. Barcelona, 1963.
- JATTA, *Diritto processuale civile*. Padova, 1959.
- JEMOLO, *Il matrimonio*. Torino, 1952.
- *Pagine sparse di diritto e storiografia*. Milano, 1957.
- «Il diritto nella vita dell'uomo». *Riv. Italiano per la scienze giurid.*, 1958.
- «A proposito di matrimonio religioso e poteri del giudice civile», *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civile*, 1966, pág. 994.
- JOHSON, *Family Law*. London, 1965.
- JURIS CLASSEUR CIVIL, artículos 34-215. Aliments.
- LABROUSSE-RIOU, *L'égalité des époux en droit allemand*. Paris, 1965.
- LACRUZ BERDEJO, *En torno a la naturaleza de la comunidad de ganancias del Código Civil*. Madrid, 1950.
- «Capítulos matrimoniales y estipulación capitular», en *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios Jurídicos Varios*, vol. II.
- *La potestad doméstica de la mujer casada*. Barcelona, 1963.
- *El nuevo derecho civil de la mujer casada*. Madrid, 1975.

- LACRUZ BERDEJO y SANCHEO REBULLIDA, *Derecho de familia*, tomos I y II. Barcelona, 1974 y 1975.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho matrimonial*. Madrid, 1962.
- LANZA, «Limite dei poteri dell'autorità giudiziaria in materia di condizioni della separazione consensuale di coniugi», *Riv. Diritto civile*, 1978, pág. 269.
- LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*. Traducción de GIMBERNAT. Barcelona, 1966.
- LASOK, *Polish Family Law (Law in Eastern Europe)*. Leyden, 1968.
- LEHMANN, «Derecho de Familia», en su *Tratado de Derecho Civil*, vol. IV. Madrid 1960.
- LEÓN GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán*, tomo VI, pág. 267.
- LESSONA, voz: «Famiglia», en *Enciclopedia Giuridica Italiana de Mancini*. Milano, 1900.
- LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (arts. 199 a 333)*, tomo IV. Madrid, 1978.
- «Tutela legítima del adoptado», *Anuario de Der. Civ.*, 1974, pág. 859.
- «Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1976.
- «Tutela provisional», *Anuario de Der. Civ.*, 1967.
- LEZIROLI, «Divorzio, Concordato e Normativa Costituzionale», *Il Dir. di Famig. e delle persone*, 1975, pág. 285.
- LIGI, *Divorzio dibattito all'italiana*. Padova, 1968.
- LISERRE, «Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato», *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civile*, 1975, pág. 474.
- LOJACONO, *La potestà del marito nei rapporti tra coniugi*. Milano, 1963.
- «Fedeltà conyugale, etica giuridica e Costituzione», *Il Dir. di Famig. e delle Persone*, 1974, pág. 1127.
- LOMBARDI, «La famiglia nell'ordinamento italiano», en *Persona e famiglia. Quaderni di iustitia*, núm. 17. Roma, 1966, pág. 79.
- LÓPEZ ALARCÓN, «La disolución del matrimonio en Derecho Canónico y sus efectos civiles», en *Anales de la Universidad de Murcia*, 1962-1963, pág. 93.
- *La jurisdicción competente para conocer de las causas de separación en el matrimonio canónico*. Pretor, 1969, pág. 5.
- *Iglesia, Estado y matrimonio: Actuales tendencias sobre atribuciones jurisdiccionales*. Pretor, 1970, pág. 167.
- *El divorcio en Italia*. Murcia, 1971.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, *La posesión de estado familiar*. Sevilla, 1971.
- LÓPEZ LÓPEZ Y MELÓN INFANTE, *Código Civil*. Madrid, 1967.
- LUCAS FERNÁNDEZ, «La evolución de la familia en materia de filiación y de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges», en *Ponencias presentadas por el Notariado Español en los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, vol. XIII, 1975, pág. 435.
- LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires, 1973.
- MACCHIA, *La riforma del diritto di famiglia*. Roma, 1969.
- MAJADA, *La reforma del Código Civil*. Barcelona, 1958.
- MANRESA, *Código Civil Español*. Madrid, 1943 y 1944.
- MARASCO, *Expression et concrétisation du Droit*, Paris, 1930.
- MAROTTA, *La separazione consensuale dei coniugi (Natura giuridica e funzion sociale)*. Napoli, 1961.
- MARTÍN MARTÍNEZ, «La familia en la Constitución enpañola de 1978», *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 1, monográfico. Madrid, 1978, página 20.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, «El Derecho español ante la filiación extramatrimonial (Tratamiento de su dualidad ilegítima y adoptiva)», *Rev. Der. Notarial*, 1974, páginas 7 y 207.
- «El testamento y su pretendida patrimonialidad. Su empleo en el reconocimiento de hijos naturales», *Rev. Der. Priv.*, 1966.

- MARTÍNEZ-RUIZ, «Los poderes del juez en Derecho español», *Información Jurídica*, 1976, pág. 395.
- MARTINO, *Scioglimento del matrimonio. Commento teorico-practico alla L. 1 de diciembre de 1970*, núm. 898. Roma, 1971.
- MARTY, *La distinction du fait et du droit devant la Court de Casation*. Toulouse, 1929.
- MASILKO, «L'objectivation du montant de la pension alimentaire des enfants mineurs dans les Etats socialistes d'Europe», *Rev. Intern. de Droit Comparé*, 1969, pág. 135.
- MASNATTA, «Suspensión del régimen de visitas a los hijos ante la falta de cumplimiento de la prestación alimenticia», en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Buenos Aires.
- MATA Y ÁVILA, «El consejo paterno en la reiteración del matrimonio», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, tomo 122, pág. 493.
- MAYER-JACK, «Singularites du domicile conjugal et avenement du domicile familial», *Rev. Trim. du Droit Civil*, 1972.
- MAZZARELLA, «Fatto e diritto in Casazione», *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civile*, 1974, página 82.
- MAZZINGUI, *Derecho de Familia*. Buenos Aires, 1972.
- MÉNDEZ APENELA, «La capacidad del menor emancipado mayor de dieciocho años», *Rev. Der. Notarial*, 1974, pág. 397.
- MENDIZÁBAL OSES, «Peculiaridades que presenta el examen del menor en los diferentes procedimientos seguidos ante los organismos de la Administración de Justicia», *Pretor*, 1977.
- MENÉNDEZ-PIDAL y DE MONTES, «La mala fe en las relaciones tutelares», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, tomo 154, 1929, pág. 180.
- MERLA, «Presupposti biologici e regime costituzionale della famiglia», en *Università degli studi di Roma, Studi in tema di Diritto di famiglia*, pág. 57.
- MIGUEL y ALONSO, «La interpretación de la capacidad procesal de la mujer casada y de los hijos», en *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos en honor al profesor Serrano*, tomo II, pág. 561.
- MIRABELLI, «La separazione personale dei coniugi per giusta causa». en *Studi in tema di Diritto di Famiglia*. Università degli studi di Roma. Milano, 1967, página 319.
- MODUGNO, «L'eguaglianza nell'unita della famiglia», en *Studi in tema di Diritto di Famiglia*. Università degli studi di Roma. Milano, 1967, pág. 1.
- MOLINA, «Inscripción de filiación natural», *Rev. Jur. de Cataluña*, 1970, pág. 339.
- MONTERO, *El matrimonio y las causas matrimoniales*. Madrid, 1945.
- MONTESANO, *Eguaglianza de coniugi e intervento del giudice*. Nápoles, 1973.
- MONTUSCHI, «Domicilio e Residenza», en *Comentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, arts. 43 a 78. Bologna-Roma, 1970.
- MONZON, «Litis expensas en un caso de divorcio», *Rev. Der. Priv.*, 1915, pág. 334.
- MORALES ADRIAZOLA, «Política estatal en favor del menor en estado de necesitar cuidados especiales», *Rev. Der. Priv.*, 1966, pág. 113.
- MORO, *Valori della famiglia e riforma della legislazione vigente*. Breslia, 1970.
- MORTATI, voz «Discrecionalità», en *Novissimo Digesto Italiano*. Torino, 1960.
- MOSCARINI, «Parità coniugale governo della famiglia», en *Università di Roma. Facoltà di giurisprudenza*. Milano, 1974, pág. 109.
- MOSSINI, «La residenza della famiglia», *Riv. Diritto civile*, 1978, pág. 60.
- NART, «Venia y veto maritales», *Rev. Der. Priv.*, 1951, pág. 591.
- NEVHAUS, «Diritto familiare europeo?», *Rev. Dir. Matri. y Stato delle persone*, 1967, pág. 485.
- NICOLO, voz «Diritto Civile», en *Enciclopedia del Diritto*. Milano, 1964.
- NIN DE CARDONA, «Crisis en el contrato de esponsales», *Rev. Der. Priv.*, 1973.
- NORMAND, *Le juge et le litige*. Paris, 1965.
- NOVOA SEOANE, «Límite de la patria potestad en cuanto a las personas», *Rev. Der. Priv.*, 1917, pág. 247.
- OGAYAR y AYLLÓN, *La ausencia en Derecho substantivo y adjetivo*. Madrid, 1936.
- *Creación judicial del Derecho*. Madrid, 1975.

- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales (arts. 181 a 198)*, tomo IV. Madrid, 1978.
- OLLERO, «Equity in Spanish Law», en *Equity in de World's legal systems. A comparative study dedicated to René Cassin*. Brussels, 1973, pág. 381.
- ORTEGA PARDO, «La ruptura de esponsales en el Derecho Español vigente», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1944.
- ORUE, «Nueva disciplina sobre esponsales y matrimonios canónicos», *Rev. Der. Priv.*, 1915.
- PADOVA, *La famiglia nel diritto svizzero e nel diritto italiano*. Milano, 1955.
- PALERMO, «Il giudice nel governo della famiglia», en *Sulla riforma del diritto di famiglia*. Seminario diretto de Santoro Passarelli. Padova, 1973, pág. 173.
- PALLADINO, *Il divorzio (L. 1 de diciembre de 1970)*. Milano, 1970.
- PALMIERI, «Competenza all'adozione di provvedimenti nell'interesse della prole, in pendenza ad a sequito di procedura di separazione personale coniugali», *Riv. Dir. Matr. ed Stato e Persone*, 1958, pág. 141.
- PARELLO TERRANA, «Cause di disadattamento dei minori e mezzi ed eliderle», *Riv. Dir. Matr. ed Stato e delle Persone*, 1960, pág. 321.
- PARRA JIMÉNEZ, «Actos de disposición sobre bienes inmuebles gananciales», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1960.
- PATARIN-ZASTAY, *Le regimen matrimonial legal dans les législations contemporaines* (Institut de Droit Comparé). Paris, 1974.
- PAULA PÉREZ, «El principio de intermediación y el Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil», *Rev. de Der. Procesal*, 1969.
- PELOSI, *La patria potestá*. Milano, 1965.
- PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*. Madrid, 1962.
- PERITCH, «Sulla limitazione dei poteri del giudice», *Riv. Dir. Privato*, tomo IX, volumen 1.º, 1939, pág. 230.
- PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*. Paris, 1953.
- PINA, *Elementos de Derecho Civil mexicano*, vol. I. México, 1956.
- PIÑAR LÓPEZ, «La tutela: principios y órganos», *Rev. Der. Notarial*, 1966.
- «La adopción y sus problemas jurídicos», *Anales Acad. Matr. del Notariado*, 1958, pág. 184.
- PIRAS, «Discrecionalidad administrativa», en *Enciclopedia del Diritto*. Milano, 1964.
- PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*. Paris, 1926.
- POBLACIÓN y FERNÁNDEZ, «Del consentimiento paterno», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, tomo 14, pág. 522.
- PONTAVINCE, «L'autonomie du droit de la famille», en *Annales de la faculté de Droit et des sciences économiques*. Université de Paris, 1974, pág. 9.
- POTHIER, *Oeuvres*. Puesto al día por M. DUPIN. Paris, 1835.
- PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1956.
- PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*. Milano, 1961.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*. Madrid, 1967, y Barcelona, 1970.
- PUIG PEÑA, *Introducción al Derecho civil español, común y foral*. Barcelona, 1942.
- *Tratado de Derecho Civil Español*. Madrid, 1947.
- *Compendio de Derecho Civil Español*. Pamplona, 1972.
- PUNZI, «La funzione del giudice nell'attuale evoluzione del Diritto Privato», en *Studi in onore de Scaduto*, vol. V. Padova, 1970, pág. 93.
- «L'intervento del giudice nei rapporti familiari», *Riv. Diritto Civile*, 1978, página 165.
- RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*. Padova, 1927.
- REALMONTE, «Rapporti tra genitore e figli», *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civile*, 1973, página 1153.
- RECASENS SICHES, «La lógica de lo razonable en las decisiones políticas y jurídicas», en *Libro homenaje a López Rodó*. Madrid, 1972.
- *Introducción al estudio del Derecho*. México, 1970.
- «La experiencia jurídica», *Anales de la Acad. Matr. del Notariado*, tomo XVIII, 1974, pág. 5.
- RESGIGNO, «I rapporti patrimoniale tra i coniugi», en *La riforma del Diritto di Famiglia*. Padova, 1967.

- REYES MONTERREAL, *El régimen legal de gananciales*. Madrid, 1962.
- RIERA AISA, «El noviazgo ante el Derecho Civil», en *Estudios jurídicos del Colegio Notarial de Barcelona*, 1950-51.
- RIVERO HERNÁNDEZ, «La presunción de paternidad legítima», en *Estudios de Derecho Comparado y Derecho Español*. Madrid, 1971.
- «La filiación natural en el Derecho Civil especial de Cataluña», *Rev. Jur. de Cataluña*, 1973, pág. 215.
- ROBERTI, «"Patria potestad" e "Paterne pietas" (Contributo allo studio dell' influenza del Cristianismo sul diritto romano)», en *Studi in memoria di Albertoni*, tomo I, pág. 257.
- ROCA GUILLAMÓN, «Notas sobre los artículos 45-50 del Código Civil», en *Libro homenaje a Batlle Vázquez*. Madrid, 1977.
- ROCA JUAN, *Determinación indirecta de la prestación en la relación obligatoria*. Murcia, 1952.
- «Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial», *Anuario de Der. Civ.*, 1959, pág. 481.
- *Sobre la nueva adopción*. La Laguna-Tenerife, 1971.
- «Notas sobre la determinación de cuantía en la prestación de alimentos», en *Separata de los Anales de la Universidad de La Laguna*. Facultad de Derecho, 1971.
- *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Madrid, 1977.
- ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*. Barcelona, 1968.
- RODOTA, «I poteri del giudice», en *La Riforma del Diritto di famiglia*. Atti del II Convegno di Venezia. Padova, 1972, pág. 181.
- RODRÍGUEZ CARRETERO, *La persona adoptada después de la Ley de 4 de julio de 1970*. Madrid, 1973.
- ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, tomo II, vol. 1.º. Derecho de Familia. México, 1949.
- RENART, «Le juge et la vie familiale en droit française», en *Mélanges Jean Dabin*, tomo II. Paris, 1963, pág. 865.
- ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*. Sevilla, 1949.
- RUGGIERO y MAROI, *Instituzioni di Diritto Civile*. Milano-Messina, 1961.
- RUIZ LÓPEZ, *Suplencia de potestad en el matrimonio*. Burgos, 1958.
- SAFAI, «La garde des enfants en droit musulman chiite et dans la législation iranienne», *Rev. Internat. de Droit Comparé*, 1972, pág. 551.
- SAFFIRIO, *L'assenso degli ascendenti nel matrimonio dei minori*. Napoli, 1937.
- SALCEDO ORTEGA, «Aspectos procesales civiles de las situaciones matrimoniales conflictivas», *Pretor*, 1973, pág. 17.
- SÁNCHEZ OLIVA, «La junta de parientes de Sacedón», *Anales de la Academia Matr. del Notariado*, tomo XVII, 1972, pág. 41.
- SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*. Madrid, 1898.
- SANCHO REBULLIDA, «Filiación natural y filiación reconocida», *Pretor*, 1969, página 5.
- «Notas sobre perfección y forma en la adopción», *Rev. Der. Inmobiliario*, 1965, página 1109.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo II. Madrid, 1978.
- SATARÉN, «Observaciones sobre la inteligencia y aplicación de la ley de disenso paterno, respecto a los matrimonios de menores de edad», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1865.
- SANTORO PASSARELLI, «Il significato attuade del diritto nell' organizzazione e nella vita delle famiglia», en *La riforma del Diritto di famiglia*. Atti del II Convegno di Venezia. Padova, 1972, pág. 9.
- SANTOSUSSO, «Il giudice della famiglia», en *Persona y famiglia. Quaderni di Giustizia*, núm. 17. Roma, 1966, pág. 253.
- SATTA, «L'affidamento della prole nei poteri e nei doveri del giudice», en *Giurisprud. Ital.*, 1949.
- SAVATIER, «Le contrôle de le puissance paternalle», en *Les metamorphoses économiques et sociales*, 2.ª ed., 1952, pág. 134.
- «Aliments», en *Repertoire de Droit Civil*.
- «Les transformations du droit de l'adoption», en *Les metamorphoses économiques et sociales*, 2.ª ed., 1952, pág. 147.

- SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*. Paris, 1969.
- SBISA, «Ragioni storico-politiche della tutela esclusiva della famiglia legittima. Profili costituzionali dell'equiparazione tra figli legittimi e naturali della ricerca della paternità e dell'intervento del giudice nel governo della famiglia», en *La Riforma del Diritto di famiglia*. Atti II du Convegno di Venezia. Padova, 1972, pág. 247.
- SCAEVOLA, *Código Civil*. Madrid, 1942, 1946.
- SCOGNAMIGLIO, «Il governo della famiglia e l'intervento del giudice» (comunicación al convenio), en *Quaderni della Riv. Dir. Civ.* La riforma del Diritto di famiglia. Convegno-Venezia, 1967, pág. 150.
- SCHLESINGER, «L'intervento del giudice. La parità dei coniugi», en *Quaderni della Riv. Dir. Civ.* La riforma del Diritto di famiglia. Convegno-Venezia. Padova, 1967, pág. 214.
- «L'ordine interno della famiglia», en *Quaderni di Iustitia*, núm. 17. Persona y familia. Roma, 1966, pág. 133.
- SCHOENFELD, *Le droit et les problèmes conjugaux*. Bruselas, 1971.
- SENTÍS MELENDO, «Valoración de la prueba», en *Libro homenaje a Roca Sastre*. Madrid, 1976.
- SERRA DOMÍNGUEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona, 1974.
- SERRANO SERRANO, *La ausencia en el Derecho español*. Madrid, 1943.
- «Las declaraciones de ausencia y fallecimiento», *Rev. Der. Priv.*, 1951, pág. 285.
- SIMLER, «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)», *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1972, pág. 685.
- SIMO SANTONJA, *Divorcio y separación (Derecho Comparado y conflictual europeo)*. Madrid, 1973.
- SIMON-DEPITRE, «La protección des mineurs en droit international privé», en *Travaux du Comité Français de Droit international Privé*. Paris, 1963, pág. 109.
- SIMONETTO, «Questioni di metodo. La parificazione tra coniugi e l'intervento del giudice», en *Quaderni della Riv. Dir. Civ.* La riforma del Diritto di Famiglia. Convegno-Venezia. Padova, 1967, pág. 97.
- SPROTT, *Grupos humanos*. Buenos Aires, 1973.
- STATI, *Le Stardard juridique*, Paris, 1927.
- STEIN, *El conocimiento privado del juez*. Traducción y notas de DE LA OLIVA SANTOS. Pamplona, 1973.
- STELLA RICHTER, «Prospettive di riforma del diritto di famiglia», *Giustizia Civile*, 1970.
- STOLFI, «Persona umana e norma civile», *Riv. Dir. Civile*, 1974, pág. 505.
- TARRAGATO, *El divorcio en las legislaciones comparadas*. Madrid, 1925.
- TAULET, «El defensor judicial. Estudios críticos del artículo 165 del Código Civil», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1947, pág. 153.
- TEDESCHI, «In tema di promessa di matrimonio», *Riv. Dir. Privato*, 1931.
- TOHRJA, *El juez español (un análisis sociológico)*. Madrid, 1975.
- TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Madrid, 1974.
- TORRE, «Eguaglianza dei coniugi ed intervento del giudice nei contrasti decisionali». *Il Dir. di famig. e delle persone*, 1975, pág. 245.
- TORRENTE, «Il giudice e il diritto», en *Studi in memoria de Tulio Ascarelli*, vol. IV. Milano, 1969, pág. 2311.
- TRABUCCHI, «Patria potestá e interventi del giudice», en *Raccolta di studi in onore de Jemolo*, vol. II. Milano, 1963.
- *Il governo della famiglia*. Padova, 1972.
- «Il ritorno all'anno zero: il matrimonio como fonti di disparitá», *Riv. Dir. Civile*, 1975, pág. 488.
- «I principi generali della riforma del Diritto di famiglia», en *La Riforma del Diritto di famiglia*. Padova, 1967, pág. 9.
- *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de MARTÍNEZ-CALCERRADA. Madrid, 1967.
- TRUSSO, *La igualdad jurídica de los cónyuges y el orden de la familia*. Buenos Aires, 1958.
- VALLET DE GOYTISOL, «Efectos de la declaración de divorcio en el Derecho Internacional Privado», *Rev. Der. Notarial*, 1974, pág. 249.



- VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil*, 4.ª ed.
- VEGA SALA, «La Ley de 4 de julio de 1970 y las recientes reformas de la adopción en Francia, Italia y Portugal», *Rev. Gen. de Leg. y Jurisp.*, 1970, pág. 689.
- VINCENZI AMATO, *Gli alimenti; struttura giuridica e funzione sociale*. Milano, 1973.
- VINEY, «Du Droit de visite», *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1965, pág. 225.
- VIRGILIO, «Diritto all' educazione e misure di prevenzione minorili», *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civile*, 1974, pág. 1510.
- VITUCCI, «Domicilio della moglie e separazione di fatto», *Riv. Dir. Civile*, 1974, página 263.
- VIVES VILLAMAZARES, «El derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes», en *Publicaciones del Trib. Tutelar de Menores de Valencia*, 1948.
- «Problemas de competencia en materia de corrección paterna», *Rev. Gen. Leg. y Jurisp.*, 1963, pág. 721.
- WALKER, *Principles of scottish private law*. Oxford, 1970.
- WEILL, *Droit Civil (Les personnes, la famille, les incapacités)*. Nancy, 1972.
- ZANCHINI, «Libertá della persona e responsabilitá della coppia nell' attuazione della costituzione», en *Università degli Studi di Roma. Studi in tema di Diritto de Famiglia*, 1967, pág. 79.
- ZICCARDI, «L'experience italienne en matiere de divorce», *Rev. Internt. de Droit Comparé*, 1975, pág. 403.