

7 de julio de 1960.

C) RECURSO DE CASACION

- Incongruencia.
- Disposiciones contradictorias.
- Demanda con pedimentos relacionados e interdependientes.
- Consecuencias sustantivas y procesales de la «abstención» del conocimiento del «fondo» del asunto.
- Pronunciamientos incompatibles.
- La congruencia exige que se resuelvan las cuestiones planteadas en los términos en que se formularon.
- La apariencia jurídica.
- Su relativa eficacia personal: frente a los terceros.
- La licencia para contraer matrimonio se halla establecida como una medida preventiva y tuitiva.
- Consecuencias jurídicas de la falta de licencia cuando es preceptiva.

RECURSO DE CASACION

LA CONGRUENCIA EXIGE QUE SE RESUELVAN LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LOS TERMINOS EN QUE SE FORMULARON A LA SALA PRIMERA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

D. Santos de Gandarillas Calderón, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación, según poderes que acompaño, de D. Antenor Patiño y Rodríguez, *comparezco* ante la Sala, con el carácter de parte *recurrente*, en el *recurso de casación por infracción de ley* preparado contra sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, de fecha 4 de marzo de 1960, dictada en la segunda instancia del juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, procedente del Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de esta capital, promovido por mi representado, siendo demandados la Excma. Sra. D.^a Leticia Bosch-Labrús y Blat, Duquesa Viuda de Durcal, la Excma. Sra. D.^a María Cristina de Borbón y Bosch-Labrús, Duquesa de Durcal, y el Ministerio Fiscal, sobre declaración de derechos. Y como mejor en Derecho proceda, DIGO:

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 1.716 de la Ley de Enjuiciamiento civil, *formalizo este recurso de casación por infracción de ley*, sobre los motivos que se articularan, exponiendo previamente los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO

El 19 de octubre de 1912 contrajeron matrimonio con canónico en Barcelona, al Excmo. Sr. D. Fernando de Borbón y Madam, Duque de Durcal, y la Excma. Sra. D.^a Leticia Bosch Labrús y Blat.

El 15 de mayo de 1913 nació D.^a Cristina de Borbón y Bosch Labrús. Dos años más tarde tuvo el matrimonio otra hija, llamada Leticia.

SEGUNDO

El matrimonio Borbón-Bosch Labrús fue desgraciado y se hundió en la prodigalidad y... otras anomalías. Al poco tiempo de haberlo contraído, D.^a Leticia Bosch Labrús, hoy Duquesa Viuda de Durcal, tuvo que dedicarse a pagar deudas y atenuar escándalos provocados por el marido. Tal conducta producía una irregularidad «de hecho» en la vida familiar y constituía un peligro para las hijas, tanto en sus personas como en su patrimonio. Protegerlas, blindarlas, contra aquel ambiente, fue

para la madre, desde el principio, legítima obsesión. Y a tal fin, con sus hermanos y un ilustre abogado de Barcelona, ideó el plan de constituir la figura de un testafarro, como titular de la patria potestad sobre las hijas (persona de toda confianza), aunque «de hecho» sería ejercida por ella. Utilizó para esto a D. Jaime Cuffi y Miró, un modesto empleado de los grandes almacenes «El Aguila», de los que D.^a Leticia era copropietaria. Así, el Sr. Cuffi se convertía, mediante el oportuno expediente, en padre adoptivo de las niñas, aunque ni las conocía, ni se ocupó de ellas, ni vivió con ellas, ni las alimentó, ni las educó, ni las representó judicialmente, ni las dejó nada en testamento. Y en ejecución del proyecto, el día 13 de mayo de 1922, el Juzgado del Hospicio de Madrid dictó auto aprobando la adopción por D. Jaime Cuffi y Miró de las menores D.^a Cristina y D.^a Leticia. En 29 de mayo de 1922 se otorga escritura de adopción de D.^a Cristina y D.^a Leticia. Se había constituido, pues, «de derecho», una *adopción aparente* en cabeza del Sr. Cuffi.

TERCERO

Consta en autos la evidencia de la *ficción* de esa situación aparente, realizada mediante precio o remuneración al Duque de Durcal. La adopción fue ilegítima en su *origen* (inexistente, nula), y sin realidad en su ejercicio.

En la escritura de 10 de abril de 1922, otorgada en Barcelona por el Duque de Durcal -aportada en período de prueba por la parte demandada, folios 521 y siguientes de los autos-, este manifiesta que el Sr. Cuffi desea tener el gusto de adoptar a sus dos únicas hijas, y agrega, literalmente:

«... a cuyo deseo no puede negarse el compareciente, por ser muchos y muy grandes los motivos, no sólo de cariñosa amistad, sino también de verdadera gratitud que tiene para con el Sr. Cuffi, por conocer efectivamente el cariño que este señor profesa y el cual *ha tenido además la generosidad de abonar por el señor exponente en diferentes ocasiones varias deudas* que tenía contraídas, y al presente, aunque dicho Sr. Cuffi no pueda, como otras veces, resolver la situación en que se encuentra, *le consta, sin embargo, que hace toda clase de gestiones* y pone todo su buen deseo al servicio del exponente *para sacarle de dicha situación ...* »

En su escrito de contestación a la demanda, la representación de la Duquesa Viuda de Durcal (que estuvo personada en la primera instancia, por haber sido demandada), dice:

«...también es exacta la observación de que para evitar el doble desastre, tanto moral como económico, que con esta vida del padre se pudiera ocasionar a las hijas del matrimonio, se pensó por la madre, es decir, por mi representada, arbitrar un medio que impidiese al padre ejercer su influjo y ascendiente... Para tratar de evitar estas consecuencias fue por lo que ideó el procedimiento de la adopción. Ciertamente que se buscó una persona de toda confianza de mi representada, como D. Jaime Cuffi y Miró, empleado de los almacenes “El Aguila”... que se comprometió a seguir estrictamente las instrucciones de la Duquesa. Y cierto también, como el propio interesado reconoció por escrito, que el Duque de Durcal se avino a que la adopción se llevase a efecto *a cambio de percibir determinadas cantidades de dinero*, con las cuales pudo hacer frente a las cuantiosas deudas que por aquel entonces tenía.»

Además, así lo ha reconocido en presencia del Juez la Duquesa Viuda de Durcal en la prueba de confesión judicial que obra a los folios 670 y siguientes de los autos y al 461 y siguientes del apuntamiento. Al evacuar la posición segunda se reconoce que se pidió a su empleado de confianza, Sr. Cuffi, que solicitara la adopción, aunque no *existía* entre éste y las niñas relación alguna. También se confiesa que el padre natural prestó su consentimiento a cambio de una suma de dinero (posición 3.^a), y en la posición 6.^a se confiesa que las niñas jamás vivieron con el Sr. Cuffi ni éste las alimentó, ni las educó, ni las representó en juicio. Esencialmente, lo mismo está reconocido por la demandada D.^a Cristina de Borbón y Bosch Labrús, actual Duquesa de Durcal.

CUARTO

Esta situación de adopción ficticia trascendió al matrimonio de la menor D.^a Maria Cristina de Borbón Bosch Labrús con D. Antenor Patiño, por cuanto que la *licencia* matrimonial que aquella necesitaba, por ser menor de edad, fue otorgada por el *aparente padre adoptivo*. Siendo la adopción radicalmente nula, inexistente, el padre adoptivo aparente no pudo dar la licencia, y el matrimonio, a efectos civiles, era ilícito, con todas las consecuencias que el artículo 50 del Código civil establece con respecto al régimen de bienes del matrimonio para las personas que se casan contraviniendo la prohibición del artículo 45 del mismo cuerpo legal.

QUINTO

Seis años después de haber tenido lugar la pretendida adopción, el Duque de Durcal abandonó el domicilio conyugal. Y con fecha 13 de abril de 1928, D.^a Leticia Bosch Labrús promovió, ante los Tribunales Eclesiásticos, el correspondiente pleito de separación matrimonial, que terminó por sentencia de divorcio dictada en 18 de agosto de 1928, una certificación de la cual consta en autos a los folios 637 y 454 Y 479 del apuntamiento. En dicha sentencia del Tribunal Eclesiástico se dispuso que las hijas del matrimonio quedaran en poder y al cuidado de la madre como cónyuge inocente, sin que la madre ni nadie requiriera al Sr. Cuffi para privarle de hecho de la patria potestad, ya que de hecho nunca la ejerció.

Es de hacer notar que *la ejecución civil de esta sentencia canónica no ha sido acreditada en autos.*

SEXTO

El 7 de abril de 1931 fue otorgada escritura de capitulaciones matrimoniales entre D. Antenor Patiño y D.^a María Cristina de Borbón y Bosch Labrús, en las que se pacta el régimen de separación de bienes para el matrimonio, que se celebró al día siguiente entre ellos dos.

Dieciocho años más tarde del otorgamiento de las citadas capitulaciones - capitulaciones, durante esos años, vividas, consentidas, ratificadas, día a día- D.^a María Cristina de Borbón y Bosch Labrús promovió un pleito para obtener una declaración de

nulidad de esas capitulaciones matrimoniales, nulidad que produciría como consecuencia la sumisión al régimen supletorio de la sociedad de gananciales que el Código civil establece para cuando no existan otros pactos. Y el Tribunal Supremo, en 1 de julio de 1955, dictó sentencia -en ese pleito- en la que se declara la inexistencia jurídica y la absoluta y total invalidez e ineficacia del contrato de capitulaciones matrimoniales, porque el Código civil exige la presencia, en el otorgamiento de las mismas, de la persona que ha de dar consentimiento para contraer matrimonio a un contrayente menor de edad, y que en el caso de autos tenía que ser el padre adoptante, que no compareció personalmente al otorgamiento, sino por medio de un poder.

SEPTIMO

Después de aquella sentencia del Tribunal Supremo a que acabamos de referirnos, D. Antenor Patiño promueve el pleito a que se refiere el presente recurso para que se declare la inexistencia y la invalidez de la adopción, porque ni estuvo en ella presente el padre natural para consentir la cesión de su patria potestad al adoptante, sino que lo hizo por poder (aunque este fuera especial), ni tampoco, claro es, estuvo presente para representar a la adoptanda, mejor dicho, para suplir su deficiencia de capacidad.

La demanda de este pleito, que lleva fecha 6 de marzo de 1958, contiene la siguiente suplica:

«Suplico al Juzgado que, teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que lo acompañan, se sirva admitir esta demanda, dar traslado de ella a los demandados, emplazándoles en debida forma y continuar la sustanciación del litigio por los trámites del juicio declarativo de mayor cuantía, para dictar, en su día, sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos:

1.º Declarar que la adopción, verificada en su día, de la demandada, Excma. Sra. D.^a María Cristina de Borbón y Bosch Labrús, Duquesa de Durcal, fue inexistente, inválida y absolutamente nula y, en consecuencia, privada de toda clase de eficacia jurídica.

2.º Declarar que el matrimonio contraído por la propia demandada careció de la necesaria licencia exigida por nuestro Derecho civil, al ser inexistente, inválida e ineficaz en Derecho la otorgada por el supuesto padre adoptivo, en razón de la inexistencia de la adopción antes pronunciada.

3.º Declarar que, a consecuencia de la inexistencia anterior, el matrimonio del demandante, D. Antenor Patiño y Rodríguez, con la demandada, Excma. Sra. D.^a María Cristina de Borbón y Bosch Labrús, Duquesa de Durcal, infringió la prescripción de la obtención de licencia previa, exigida por el Derecho civil y, en consecuencia, ha de entenderse contraído con absoluta separación de bienes, retención por cada cónyuge del dominio y administración de todos los que le pertenezcan y percepción exclusiva de todos los frutos, sin perjuicio de la obligación de ambos de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

4.º Condenar a la parte contraria a estar y pasar por todas y cada una de las declaraciones anteriores, realizando los actos que de ella se deriven y ordenándole

abstenerse de cualquiera otros que estén en contradicción con los mismos, especialmente de los de cualquier reclamación relacionada con un supuesto régimen de sociedad conyugal o legal de gananciales.

5.º Condenar a la parte contraria al pago de todas las costas que se ocasionen en virtud de la tramitación del presente juicio.»

Esta súplica de la demanda fue adicionada en la replica de la siguiente forma:

«6.º Eventualmente, para el caso de que se estime no haber lugar a los pedimentos anteriores, que se declare por el Juzgado que a partir del año 1928, fecha de la sentencia de divorcio que transmitió la patria potestad a la madre de la hoy demandada principal, la intervención del padre adoptivo careció de toda base y razón jurídica, siendo, por tanto, falsa e inexistente la condición de tal con que aparece en la escritura de las capitulaciones matrimoniales otorgadas entre D. Antenor Patiño y su esposa, intervención que correspondió verificar, contrariamente, a la madre natural de la demandada principal, la Excma. Sra. Duquesa Viuda de Durcal en la actualidad; igualmente con imposición de costas a la parte contraria.»

OCTAVO

Seguido el juicio por sus trámites ante el Juzgado de Primera Instancia número 5, de Madrid, éste dictó sentencia con fecha 13 de febrero de 1959, que contiene el siguiente «fallo»:

«Fallo: Que desestimando la demanda formulada por el Procurador Sr. Gandarillas, en nombre y representación de D. Antenor Patiño Rodríguez, así como la adición efectuada por el propio Procurador en su escrito de 9 de junio último evacuando el trámite de replica, debo absolver y absuelvo de dicha demanda a la Excma. Sra. D.^a Leticia Bosch y Labrús, Duquesa Viuda de Durcal, a la Excma. Sra. D.^a Maria Cristina de Borbón y Bosch Labrús y al Ministerio Fiscal, sin hacer expresa imposición de las costas causadas por este procedimiento.» Los «considerandos» de esta sentencia son del siguiente tenor:

«CONSIDERANDO: Que obedeciendo a un orden lógico en la contemplación de los diversos aspectos sometidos al ámbito jurisdiccional por la vía de la demanda y contestación, que componen el cuadro de este proceso, se ha de entrar a analizar en primer término el contenido y efectos de la excepción planteada por la representación procesal de la demandada Excma. Sra. D.^a María Cristina de Borbón y Bosch-Labrús, Duquesa de Durcal, para desecharla, no por ausencia del imperio del litis consorcio necesario que constituye la médula de la referida excepción, puesto que sería de clara y aun impuesta admisión en Derecho, dado que tratándose por la demanda original de la petición de una absoluta ineficacia jurídica de un instituto correspondiente al Derecho personal de familia, y hallándose afectada por el no sólo una de las demandadas, la entonces menor D.^a María Cristina, sino su hermana de doble vinculo D.^a Leticia, hubiera sido exigible y procedente que, si se pretende que la efectividad del proceso tenga plena y absoluta extensión practica, hubiera estado en los autos, al menos hubiera sido conjuntamente demandada, otra de las menores adoptadas, la ya citada D.^a Leticia Borbón y Bosch-Labrús, ya que su posición en la relación jurídico-material objeto de la

litis, al ser idéntica y guardar una total paridad con la de su hermana, la demandada D.^a María Cristina, requería aquel llamamiento al pleito; más la contemplación de tal excepción se convierte en insuperablemente no posible y veda al orden jurisdiccional entrar a conocer sobre su poder jurídico, por así impedirlo el mandato de congruencia que contiene el artículo 359 de la Ley procesal civil, cuando impone a los Tribunales una absoluta sumisión a los términos del debate, de modo que los pronunciamientos de la sentencia se ajustan a las peticiones de las partes, no concediendo más, ni distinto, de lo suplicado, y es de observar como en el *petitum* de la contestación a la demanda, formulada por la parte que den unció la existencia de tal excepción de litis consorcio necesario, es olvidada la consignación de la misma, no obstante ser ampliamente argumentada y con toda justeza, en el cuerpo del escrito, por lo que el juzgador, en aras del principio fundamental de congruencia expuesto, debe rechazarla por carencia de virtualidad suficiente para ser objeto de pronunciamiento judicial por procesalmente inexistente.

CONSIDERANDO: Que con independencia de la argumentación subsiguiente de esta resolución, se ha de expresar por vía preliminar que la demanda contenedora de la solicitud de que se declare que la adopción verificada en su día de la demandada, Excm. Sra. D.^a María Cristina de Borbón, fue inexistente, inválida y absolutamente nula y, en consecuencia, privada de toda clase de eficacia jurídica, adolece de un defecto fundamental que por sí sólo procura su inadmisión, ya que los demás pedimentos descansan en el ya expresado, puesto que tratándose de recabar la declaración judicial de que la adopción discutida fue -como dice la parte- inexistente, inválida y absolutamente nula -términos de apariencia sinónima, más de calidades jurídicas perfectamente diferenciadas, si bien conviene a todos ellos la consecuencia extraída de privación de toda clase de eficacia jurídica-, hubo de contener dicha demanda, conjunta y necesariamente la preceptiva petición de la nulidad del expediente judicial por el que se tramita la referida adopción, de la escritura pública posteriormente otorgada y la de la anotación marginal que imperativamente se produjo en la Oficina correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 179 del Código civil, 60 y 61 de la Ley de Registro civil, y 35 de su Reglamento, pues son en gran número las sentencias del Tribunal Supremo que convirtiendo a los artículos 18 de la Ley derogada del Registro Civil y 327 del Código civil en definidores de la intangibilidad de las inscripciones, en sentido amplio, del registro, exigen, en meritos de tales disposiciones legales, la oportuna ejecutoria del Tribunal competente, la audiencia del Ministerio Público y la de las personas interesadas, para poderse modificar su contenido; de aquí que al no haberse solicitado las nulidades indicadas y la de la anotación registral, se opera una formulación parcial, no total, de la acción encaminada a la par consecución del efecto apetecido, motivo bastante para actuar con fuerza calificadora de inadmisión, en virtud del expuesto principio de congruencia cercenador de la complementación de oficio de los errores u omisiones sustanciales que afecten a la causa o razón de pedir; la institución o adopción, ligada ya a la publicidad del registro, que es al propio tiempo el condicionador de su existencia en Derecho, por participar de una función constitutiva de su eficacia, queda enraizada a su sistema de modo que sólo puede ser descalificada haciendo desaparecer, por medio de la técnica registral, aquella su incorporación -expuesta ya como constitutiva-, a virtud de un decreto judicial que exige precedentemente una singular petición de nulidad, que ahora no se ha verificado.

CONSIDERANDO: Que ante la complejidad de las cuestiones de fondo deducidas en este proceso y con el fin de guardar un método en el análisis de los

diversos medios propuestos, nutricos del fin primordial a que tiende la demanda, la inexistencia de la adopción verificada por D. Jaime Cuffi y Miró de las menores D.^a María Cristina y D.^a Leticia de Borbón y Bosch-Labrús, hijas legítimas del matrimonio compuesto por el Excmo. Sr. D. Fernando de Borbón y Madam, Duque de Durcal y por la Excmo. Sra. D.^a Leticia Bosch Labrús, esta última ahora también demandada, surge con carácter primario la no correcta expresión de la demanda cuando en su preliminar expone que su objeto es obtener la declaración, a todos los efectos, de que el matrimonio contraído en su día entre D. Antenor Patiño y D.^a María Cristina de Borbón está sujeto no al régimen legal de la sociedad de gananciales, sino a la de la absoluta separación de bienes, cuando lo evidente es que siendo ello una consecuencia de la irregularidad de un negocio jurídico, la nulidad de la adopción, que se estima existe por los diversos motivos que se alegan y que tendrán su tratamiento adecuado en Derecho, debió convertirse esta inexistencia, nulidad o ineficacia, en básica y fundamental de la litis, y sólo por vía subsiguiente, accidental o secundaria extraer la secuela de petición de que debiera entenderse el matrimonio expuesto celebrado bajo el régimen de separación de bienes, por haberse incidido, ante aquella ausencia legítima de la adopción, en las penas que señala el artículo 50 del Código civil en relación con el artículo 45 del mismo Cuerpo legal que exige al menor de edad, precedentemente a su matrimonio, la obtención de la licencia oportuna, que, tratándose de hijos adoptivos, corresponde otorgarla al padre de tal carácter, de aquí, sin duda, la necesidad en que se encuentra el actor de asegurar que la santidad de la cosa juzgada no se ve influida por el actual proceso, ello es indudable; la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1955, que declaró inexistente el régimen de capitulaciones matrimoniales en la unión canónica de los esposos, nada tiene que ver con la declaración de la inexistencia o nulidad de una adopción, siquiera en ésta aparezca como sujeto de ella la misma persona que como esposa figura en la contracción del sacramento matrimonial incapitulado, más evidencia que la singularidad de este pleito no es otra que la consecución de aquel resultado de separación patrimonial, como régimen económico del matrimonio, por la no procedente vía de la declaración de inexistencia de la adopción de unos menores, fundada en motivos que, a juicio del órgano jurisdiccional, son irrelevantes y carentes asimismo de todo apoyo jurídico; cierto es que las capitulaciones matrimoniales consignaron de modo rotunda la voluntad de los futuros esposos para que su unión se entendiera celebrada bajo el imperio del régimen de separación de bienes, esto fue lo querido y deseado por las partes principales en el acto, y por aquellas que concurrieron a virtud de la exigencia legal y cierto también que una denuncia de imperfección en la requisitación formal y aun sustantiva ha motivado la declaración judicial de la inexistencia de aquellos capítulos y por ende la declaración del sometimiento del régimen económico matrimonial al legal de la sociedad de gananciales, consumándose así por este conducto una sustitución de lo real y determinadamente anhelado en las vísperas del casamiento; vuelve a insistir ello es cierto y no admite controversia, más lo que no puede prosperar es que con el fin de volver al estado prístino de la cuestión económico-familiar, se pretenda la proclamación de la inexistencia de una adopción bajo cuyo poder jurídico, ampliamente eficaz y valedero, se contrajeron las nupcias y procurar así la aplicación de preceptos que generarían aquella vuelta a la situación del primitivo e inválido pacto prematrimonial, inexistencia que no puede jugar en el caso de estos autos por estimarse que no corresponde con las argumentaciones de hecho y de derecho de la parte actora, pues piénsese que la adopción es ahora objeto de impugnación sólo porque el Tribunal Supremo, en la sentencia citada, ha declarado inválido el pacto sobre el régimen económico; de no ser así, la adopción discutida hubiera resultado intangible no sólo durante treinta y seis años,

sino para siempre, de otro modo es formular la nulidad por quien no tiene interés en ella por serle completamente extraña desde el punto de vista personal y patrimonial, al propio tiempo el mismo accionante de nulidad ha mantenido en juicio su validez, no se pretende su jurídica inexistencia *per se*, sino por una consecuencia económica que pugna, en caso extremo, con el principio de la protección a la apariencia, resultando apoyado su derecho en una aplicación literal del artículo 50 del Código civil en contradicción terminante con su espíritu; y puesto que el actor cimenta el núcleo fundamental de su exposición de derecho en dos grandes series de consideraciones, unas de fondo y otras de forma, aptas indistintamente, para llegar al resultado de la invalidez jurídica de la adopción, de la que parte, impone al órgano judicial a someterse al mismo orden en la discriminación acerca de su procedencia en Derecho.

CONSIDERANDO: Que respecto del primer orden de fundamentación o de fondo, preténdese que en razón de una diferencia de alcurnia o de nivel social entre el padre natural y el adoptante, e incluso de fortuna –aspectos que ninguna relevancia presentan, puesto que el fin tuitivo que la adopción puede representar no es patrimonio de una clase social determinada y, así, el Código civil no exige ni impone ninguna cualidad especial a la persona del adoptante en relación con la del adoptado-, la institución no puede tener realidad; se añade a esta razón, para llegar al mismo resultado, que el establecimiento de un propósito de dejar a las adoptadas un legado de importancia, es un alarde vano enfrente de la fortuna que a las menores correspondía en su familia natural; salvo el encubierto pacto sucesorio que el Código civil concedía antes de su reforma en 1958, hoy en franca admisión y proclamación, no es de esencia al instituto un aspecto económico, ya que el artículo 177 del Código civil claramente manifiesta que el adoptado no adquiriría derecho alguno a heredar fuera de testamento al adoptante, aunque la orientación doctrinal y jurisprudencial que se inicia precisamente en la época de la adopción material de discusión parece que se percibía en sentido más amplio y protector; si esto es así, no puede tampoco citarse tal manifestación como exponente de una inexistencia, ya que su omisión no hubiera producido ninguna consecuencia legal y, por el contrario, su consignación revela unos deseos de asistencia económica a las pupilas, no obligatoria, que por ello es más estimable; centrarse también la oposición a su ilicitud en que la adopción se hace descansar sobre unos motivos de agradecimiento del padre natural al adoptivo, que tiene su inmediato origen, según propia manifestación de aquél, en «ser muchos y muy grandes los motivos, no sólo de cariñosa amistad, sino también de verdadera gratitud que tiene para con el Sr. Cuffi por conocer efectivamente el cariño que este señor profesa y el cual ha tenido además la generosidad de abonar por el señor exponente (el Duque de Durcal) en diferentes ocasiones varias deudas que tenía contraídas y al presente, aunque dicho Sr. Cuffi no puede, como otras veces, resolver la situación en que se encuentra, le consta, sin embargo, que hace toda clase de gestiones y pone todo su buen deseo al servicio del exponente para sacarle de dicha situación», y extraer la consecuencia de que lo que efectivamente hubo fue una venta de la patria potestad, y no de su abandono, pero es de observar que lo transcrito, lejos de tener esa significación, puede, y de hecho la tiene, dársele un valor contrario, ya que si el fin de la adopción es el de proporcionar unos lazos de parentesco civil y estos se crean haciendo gravitar sobre el padre adoptante unos abonos de deuda del padre de las menores, a los que ya había atendido precedentemente, por pura munificencia y liberalidad, el beneficio para las menores se convierte en ostensible, dada su responsabilidad como sucesoras hereditarias y porque en la parte satisfecha por el padre adoptivo se operó sin duda un aumento patrimonial de las menores al no tener que soportar su fortuna natural aquellos abonos, pero es que

además es el propio actor el que poniendo de relieve la más absoluta falta de prestación de la asistencia debida como padre y esposo a su familia por parte del Duque de Durcal, que expone con los caracteres más vivos, está proclamando la rotunda necesidad de la inexistencia de otra persona que, con independencia de sus funciones tuitivas o de ayuda sentimental y afectiva, en favor de los menores, de cuyo orden no se puede juzgar por no haber sido objeto de debate, les prestase la necesaria representación legal para las diversas facetas de la vida jurídica en que pudieran aparecer tales menores como protagonistas, huérfanas materialmente, al decir del propio demandante, de toda posibilidad real de servirse de él, dadas sus ausencias prolongadas y su absoluta desvinculación del hogar familiar, puesto que desde el año 1919 -son palabras empleadas por el actor- D. Fernando de Borbón comenzó a abandonar el hogar domestico, a tener amantes, a frecuentar bailes y cabarets, a jugar y gastar dinero y a contraer deudas, dilapidando, en poco tiempo, la pequeña fortuna que había heredado de su abuela, la Infanta D.^a Cristina; no una ni dos veces, sino en numerosas ocasiones, incurrió en flagrante adulterio con varias mujeres, provocando escándalos sociales, ruidosos por la notoriedad de la persona que en ellos intervenía, contrayendo enorme cantidad de deudas con los consiguientes embargos, hasta el extremo de que, en alguna ocasión, fueron sacados a venta en pública subasta todos los muebles existentes en la casa conyugal y se llegó al extremo de ser denunciado el Duque por estafa, por haber vendido a varias personas un mismo automóvil; y no se diga que la adopción era el único remedio -y de ahí su simulación, se dice- para el traspaso del poder familiar del padre de sangre a su esposa, la madre de las menores, ya que ésta, en meritos del cuadro de actividades y conductas que se presenta como propias de su marido, bien pudo, haciendo uso de las facultades que conceden los artículos 169, 170 y 171 del Código civil, obtener la patria potestad, pues este deber-derecho, por su naturaleza y especial relevancia, no admite intermitencias en su ejercicio, por lo que la simple imposibilidad de hecho de su realización, sin necesidad de acudir a las conductas sancionadoras de su perdida legal, hubiera sido bastante para poder obtenerse aquella potestad por la madre, por lo que el remedio de la adopción, al no ser único, no puede configurarse como contenedor de una simulación que viene negada por el propio imperativo del abandono en que el padre natural tenía a la familia; y, por otra parte, si, vigente y en plena normalidad el matrimonio, se admite por natural, cristiana y humana, una coparticipación de la madre en el ámbito del fuero interno de la familia -educación, alimentación, corrección, ayuda y guía espiritual, etcétera-, conllevando con el marido la dirección del hogar, no es de extrañar que en el supuesto fáctico de estos autos, no obstante existir la potestad externa o representación, de enfoque exterior, en el padre adoptante, la madre natural, ahora demandada, acrecentara sus cuidados y solicitudes para con sus hijas y no perdiera de hecho lo que ninguna ley puede imponer mientras no se den motivos bastantes para ella, la absoluta cesación de su condición de madre: no puede hablarse por ello de inexistencia de la adopción apoyándola en los precedentes asertos, ni en sí mismo considerados ni en una proyección jurídica de los mismos, como seguidamente se va a analizar, y es a que la adopción no debe proporcionársele una sola finalidad, es decir, la que puede representar la convivencia diaria y constante del pupilo en el hogar del padre adoptivo, consumándose una situación familiar semejante a la natural o de sangre, en el estrecho círculo de padres o hijos; esa visión mutilada no sería cierta ni sobre ella puede hacerse descansar todo el edificio de la institución, ya que es de observar que la adopción puede practicarse en favor de personas adultas, porque no se exige edad al adoptado, sino tan solo una diferencia determinada de años con el adoptante, lo que representa un incontestable argumento contra la inexistencia de la adopción por el hecho, que por otro lado tampoco goza de esencial probanza; de que el

Sr. Cuffi no tuviera a las menores en su domicilio proporcionándoles unos cuidados entrañables y permanentes, limitándose en su actuación a representar a sus hijas adoptivas en los momentos necesarios de su vida jurídica u oficial, y el propio hecho de que diera el permiso o licencia para el matrimonio de D.^a María Cristina exige o impone la admisión de un contenido real de la adopción, y el posterior, aunque incorrecto en cuanto a la forma, en orden a la celebración de las capitulaciones matrimoniales, afirman una esencia funcional innegable.

CONSIDERANDO: Que la causa de los negocios jurídicos, bajo cuya amplia rubrica hay que situar la adopción, que escapa del más estricto marco del contrato, es algo que pertenece al propio núcleo negocial, no puede entenderse como elemento desligado de ella y participa, por tanto, de su propia esencia y entraña, identificándose plena y cabalmente con el sentido peculiar de la institución jurídica y sus objetivos fines: la causa es, pues, una y la misma en cada categoría de negocio y cosa distinta son los motivos por los que se origina a la vida del derecho un determinado negocio, que varían, por tanto, en razón del contenido psicológico que anima a los sujetos al crearlo; dicho de otro modo, la causa es el fin inmediato, así como el motivo es el fin remota y aun pudiera añadirse que la causa obedece a un fin jurídico y el motivo a un fin particular; de aquí que entendiendo por causa en la adopción la creación de un parentesco civil, análogo al paterno-filial, entre personas que con anterioridad se hallaban completamente desligadas en tal sentido, es visto como se independiza por completo del por qué o, aún mejor, del para qué -expresión que revela mejor idea de fin- se ha contraído el vínculo indicado; pretender que los motivos personalísimos puedan influir sobre la doctrina de la causa y llegar a producir la invalidez del negocio no es permisible, sobre todo cuando aquella motivación particular o subjetiva no es tampoco ilícita en sí, pues, en caso contrario, al convertirse la causa objetiva en un fin ilegal o prohibido, de hecho habría que admitir la ilicitud de la causa jurídica que alimentó el motivo privado, y en el caso de esta litis no puede hablarse en puridad de principios morales y jurídicos que el fin propuesto por las partes al crear la adopción discutida fuera ilegal o antinormativo, ya que partiendo de la versión, que el propio actor proporciona, respecto del abandono de sus obligaciones por el Duque de Durcal, el que por lo menos en 1919 se sabe abandona totalmente el domicilio conyugal y que en 1922, al otorgarse la escritura de 10 de abril contenedora del consentimiento para la adopción, recoge determinadamente que la razón de su otorgamiento es precisamente su marcha al extranjero y la lógica previsión de su ausencia en el indeterminado momento de su presencia en el expediente ulterior, concediendo al efecto el poder para la ratificación de tal consentimiento, convierten, como ya se ha dicho, la adopción litigiosa en institución totalmente necesaria para que las menores D.^a María Cristina y D.^a Leticia tuvieran real y positivamente un padre que, quizá al margen de la asistencia tuitiva y protectora de intereses morales, realizara de hecho y de derecho las funciones legales inherentes a la patria potestad que, como ya se ha expuesto anteriormente, no admiten intermitencia en su ejercicio por constituir un deber para con los hijos más que un derecho; aparte de que en los orígenes de la institución no se adivina -desde luego en las menores no- ni un fin egoísta, ni contraproducente, puesto que se plasma la no sucesión de las menores por el padre adoptante y éste se compromete a dejar legado de importancia en favor de las mismas, aunque se diga y exprese un agradecimiento por deudas satisfechas y una buena disposición para posibles deudas futuras, no se olvide que la gratitud es precisamente el motor de todas las liberalidades, éstas jamás son tales en el sentido propio de la expresión, siempre obedecen a unas circunstancias precedentes que se satisfacen o reconocen con el llamado acto de liberalidad; de aquí el que ante la insistencia familiar

del padre natural éste conceda su posición legal de padre al Sr. Cuffi para que haga sus veces, al menos en los actos legítimos en que es necesaria su presencia, aunque lo motivara próximamente en aquellas deudas satisfechas, no revela ninguna causa ilícita y, por el contrario, hubo por ley natural que realizarse aquel abandono de la potestad familiar en favor de quien ostensiblemente daba muestras de su gran amor a la familia del Duque de Durcal, consignándose así una evidente utilidad para los menores, y desde luego ningún perjuicio, por que puede añadirse que sin la adopción, y ante la ausencia rotunda y real del padre, no hubiera habido persona física apta para dar el consentimiento previo al matrimonio de la menor ahora demandante, esto mismo ya dice de su utilidad y de su eficiencia.

CONSIDERANDO: Que antes de entrar en el análisis de la acción de inexistencia en su aspecto formal quizá sea de rigor exponer la doctrina de los actos propios para extraer de sus principios consecuencias también oponibles al triunfo de ella; en el pleito seguido ante el Juzgado número 2, objeto de recurso ante la Audiencia y más tarde contemplado en casación por la Sala Primera del Tribunal Supremo, fue postura adoptada por el ahora demandante la de la validez del pacto prematrimonial de bienes que, sin duda, se había contraído con una intervención, decisiva para su validez, del padre adoptante: se defendió, pues, la eficacia jurídica de los capítulos matrimoniales y, por ende, se afirmó la legalidad de la institución, pues que en base de su existencia legítima y plenamente efectiva y válida se defendió la de las capitulaciones matrimoniales; innumerables sentencias del Tribunal Supremo hacen descansar la teoría de los actos propios en que estos sean jurídicamente eficaces, los que, como expresión del consentimiento, se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, los que causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, y no cabe dudarse que es ir contra ellos, y por consiguiente inválido, el pretender que ahora se decrete la nulidad de un instituto cuya vigencia se ha mantenido en otro pleito por la parte que ahora lo impugna, con el sólo fin de afirmar una situación jurídico-económica y en otro aspecto es conocida también la regla de que nadie puede negar la personalidad jurídica de un litigante cuando procesal o extraprocesalmente se la tiene reconocida y si en el proceso de referencia el ahora actor reconoció la calidad legal de hija adoptiva de María Cristina Borbón, no está capacitado para ahora pretender desconocerla.

CONSIDERANDO: Que una de las anomalías de carácter formal de la adopción es cifrada en el hecho de que el padre dio el consentimiento para la cesión de su patria potestad al adoptante, no ante el Juez, según exigencia del artículo 1.826, párrafo 2.º, de la Ley de trámite civil -a juicio del órgano jurisdiccional no rectamente interpretado-, sino en una escritura pública, la de 10 de abril de 1922, ante el Notario de Barcelona D. Manuel de Larratea y Catalán, en la que a la vez concede poder al Procurador de los Tribunales de Madrid, D. Roberto Aicúa Murillo, para que en su nombre y representación comparezca en los autos de jurisdicción voluntaria y en la escritura posterior ratificando el consentimiento para la adopción que en aquel momento presta, y es preciso distinguir en este apartado dos aspectos fundamentales: de un lado, la prestación real y personal del consentimiento por una persona y, de otro, la simple manifestación o exposición de aquel consentimiento por otra persona distinta; no cabe dudarse y esto es la recta interpretación del artículo 1.826 de la Ley adjetiva civil, acudiendo para ello a la distinción entre la representación y el simple nuncio, que la ley, al imponer como preceptivo el consentimiento para la adopción del menor, del padre o de la madre natural, por este orden y excluyente aquél de ésta, caso de existencia física

del padre y en condiciones legítimas para prestarlo, lo que exige es que tal autorización sea evidentemente personal y subjetiva, que en su enunciación obre el propio padre, que sea su voluntad directa y cierta la que concurra al expediente con el fin de asegurar la conveniencia de la adopción y que, conjuntamente, la pérdida subsiguiente de la patria potestad se origine y tenga lugar bajo el signo rotundo de la más absoluta voluntad personal; no cabe dudarse que ello así se produjo; la manifestación y consentimiento del Duque de Durcal a la adopción es incuestionable se verifica a presencia de Notario, que da fe de la verdad de tal libre consentimiento; el que en el expediente seguido ante el Juzgado obre o actúe otra persona, ampliamente capacitada para ello, con la finalidad de hacer saber al Juez la existencia del consentimiento del padre natural con una actuación de mero nuncio o expositor de algo extraño a él, carece de toda trascendencia, pues no puede afirmarse que tal actuación procesal configure una representación, ni en nombre propio, por definición, ni en nombre ajeno, porque el representante no dispone en términos firmes de la voluntad del representado, ni siquiera afirma algo que, situado dentro de los límites de lo acordado entre uno y otro, sea supuestamente cierto, no manifiesta una voluntad del representado desconocida apriorísticamente, no quiere algo que se ignora ser realmente querido por éste, no actúa en términos finales, por él, es el simple enviado o portavoz de una conducta y de una volición clara, cierta y expresamente manifestada previamente por aquel que le envía; la propia sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1955, en su segundo considerando, interpreta la exigencia del concurso al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales de las personas que deben dar el consentimiento por el menor, en el sentido expuesto, es decir, que exige obre cierta e indudablemente tal consentimiento, con un previa conocimiento de las condiciones y pactos económicos prematrimoniales, mas no impone la presencia física de las personas llamadas a prestarlo, que pueden ser sustituidas por otras, simples declaradoras del personal consentimiento dado por aquellas que la ley señala; el requisito, pues, del artículo 1.826, párrafo 2.º, quedó cumplido con la forma desarrollada en los términos procedentes, sin que la formalización posterior de la escritura pública con igual signa sea por lo expuesto productora tampoco de defecto invalidador de su esencia: respecto del doble concepto en que el padre natural debe dar su consentimiento a la adopción, según la parte actora, es exigencia que no se corresponde con la realidad legislativa: ni del artículo 178 del Código civil, ni de los artículos 1.826 y 1.828 de la Ley procesal civil, puede deducirse tal dualidad del consentimiento, el juego de éste viene cifrado en el propio del adoptado, si es mayor de edad, porque su emancipación elimina la necesidad de toda autorización complementaria y, si no lo fuera, el único consentimiento exigido por la ley es el de las personas que debieran darlo para su casamiento, que conforme al artículo 46 del Código civil son el padre o la madre, abuelos paterno y materna y, en defecto de todos, el Consejo de familia, por lo que respecta a los hijos legítimos, siendo equivocado sostener que el padre natural debió actuar en representación de las menores consignando el consentimiento propio y el de sus hijas; esto no lo exige el ordenamiento legislativo, y de otro modo sería superfluo, vacuo y sin carácter alguno, porque esto si que sería dar un consentimiento por representante, emitiendo algo que quizá -por vía de hipótesis el menor no deseaba; éste no puede prestar consentimiento alguno, según dicción del artículo 1.263, número 1.0, del Código civil, carece de toda facultad en tal sentido, por él, y con sustitución plena de su voluntad, lo da el padre legítimo; al Derecho no puede interesarle la propia y subjetiva voluntad del menor, que es totalmente absorbida por la de su representante legal; por eso la Ley procesal, respecto de los menores de siete años, no impone más requisitos; y, con relación a los mayores de edad, por vía informativa, no de consentimiento, manda oírlos para una mayor garantía de acierto, pudiendo

originar su oposición efectos denegatorios de la aprobación del expediente judicial precisamente por esa falta de consentimiento del menor, ya que el padre, al darlo con su propia personalidad y carácter, como tal padre, ciega toda posibilidad de conocimiento de la propia voluntad del adoptando, por lo que llegada la edad del discernimiento es prudente conocerla; de aquí que se estime que el mandato contenido en el artículo 1.827 de la Ley procesal no sufriera alteración alguna con la publicación del Código civil, puesto que su vigor es claramente simultáneo con sus disposiciones.

CONSIDERANDO: Que, asimismo, la norma contenida en el artículo 69 del Código civil, fundado en la protección a la apariencia jurídica, proporciona una eficacia civil respecto de los contrayentes cuando el matrimonio se haya declarado nulo y existe una buena fe por parte de los cónyuges, insiste en la protección a la apariencia cuando en el párrafo 2.º se dota de efectividad civil al matrimonio nulo, en favor del cónyuge que haya intervenido de buena fe y, por último, aunque ambos cónyuges hubieran intervenido en la celebración del matrimonio, más tarde nulo, de mala fe, surte plenos efectos respecto de sus hijos, de lo que pudiera inferirse, para el supuesto de estos autos, conclusiones reiterativas de la validez de la adopción de las menores D.^a Leticia y D.^a María Cristina de Borbón, ello con independencia de que el artículo 50 del Código civil, al contener las reglas por las que se ordena el matrimonio de los que casaren contra las prohibiciones del artículo 45, no puede tener tampoco la significación que quiere dársele, puesto que, por lo que antecede, no puede tampoco decirse en puridad que el matrimonio se celebrara sin licencia, pues que pensando en esa voluntariedad de hacer caso omiso del mandato del Código están consignadas las disposiciones del precitado artículo 50, sin que sea necesario ser analizado con más profundidad por impedir tal consecuencia la legitimidad de la adopción y, por ende, la validez del consentimiento para el matrimonio otorgado por el padre adoptante, Sr. Cuffi.

CONSIDERANDO: Que el ámbito del Derecho no puede hacerse descansar en bases artificiales o en rígidas formas, con olvido de las más caras esencias que animan y dan vida a las instituciones, y ello más aún en el Derecho de familia, que al reglamentar la célula primaria de la sociedad tiene presente inexcusablemente la protección de intereses más que materiales espirituales, tendiendo de modo cierto a la consecución de unos lazos de amor, caridad, mutuo apoyo, respeto, cuidados, asistencia, guía y unión que son la base indiscutible de tal primaria institución; el actor, marido de la demandada D.^a María Cristina Borbón, arguye que nada de esto se producía en el padre natural respecto de su esposa e hijas, conocimiento que quizá no sea propio, sino de referencia, y es de relevancia judicial aceptar que quien -se dice- recurre a la adopción como remedio simbólico para impedir aquel estado de cosas tan deplorable, a los treinta y seis años de ocurrencia adopte la rotura en derecho de una situación familiar proyectada durante tan gran espacio de tiempo productora de un resultado -opuesto a un natural sentimiento- minorador de derechos patrimoniales de su hija legítima.

CONSIDERANDO: Que en cuanto al allanamiento de la demanda que parece ser se contiene en la contestación de la Excm. Sra. D.^a Leticia Bosch Labrús, y se dice parece porque su condicionalidad la aleja de su construccional doctrina y jurisprudencia y su aspecto parcial es extraño al orden de totalidad que la figura exige en su concepción jurídico-ortodoxa -sobre guardar íntima relación con lo expuesto en el considerando que antecede, es decir, que no parece fundada en un criterio familiar de desarrollo normal-, impide su admisión en derecho, por cuanto tal figura procesal, al menos en el Derecho positivo español, no representa con caracteres preceptivos una

vinculación del órgano jurisdiccional a su expresión formal, puesto que viene exigiéndose la más completa y radical identificación entre el hecho admitido por la parte que se allana -pues a ello se extiende el allanamiento- y el derecho positivo aplicable a aquella situación factica reconocida, esto es, no es de esencia que a todo allanamiento siga necesariamente la sentencia acordando lo pedido por la parte en cuyo favor se afirman como reales los hechos por ella ofrecidos, y como quiera que ni la confesión de la referida Duquesa Viuda de Durcal, ni su exposición en los escritos fundamentales conceden por si la admisión de la acción de inexistencia base de la demanda, que impone unas circunstancias de derecho excéntricas al poder dispositivo de la parte, no puede tener alcance y significación alguna.

CONSIDERANDO: Que otra razón de la demanda es de examinar y es la atinente a que como en el año 1928 se decretó el divorcio del matrimonio de los Duques de Durcal y fue objeto de pronunciamiento la concesión de la patria potestad a la madre de las menores, este hecho es revelador de que desde aquella fecha, al menos, la potestad no le incumbía al padre adoptivo, y si a la madre natural, mas la tesis expuesta carece de toda consistencia que la haga viable, por cuanto el divorcio intentado logrado en meritos indudables de una no arreglada vida familiar del esposo, fue pleito seguido entre marido y mujer lo juzgado entre unos, ni daña ni aprovecha a otros, sus relaciones personales no se veían afectadas por la adopción, fueron sus disgustos y desavenencias lo que excitó al ejercicio de aquella singular acción de destrucción de la unidad familiar -cuya inexistencia de hecho anterior predica la ulterior sentencia canónica-, por eso, aunque hubiera tenido conocimiento el Tribunal Eclesiástico, que no lo tuvo -es el propio actor quien lo reconoce-, del hecho de la adopción de los menores, su declaración de traspaso de la patria potestad a la madre venía impuesta, porque era preciso, cumpliendo preceptos de carácter legal, y aun imposiciones de equidad y ética familiar, que separado el matrimonio por las razones que se indican en la sentencia, la atribución, dentro de la familia natural, del régimen de autoridad de la madre, era incuestionable, sin que supusiera interferencia alguna con un régimen de potestad meramente civil anterior y simplemente excluyente del poder paterno; lo expuesto está íntimamente unido con la pretensión que bajo el número 6 se formula en el escrito de réplica, con el que se adiciona el de súplica de la demanda original, que no puede admitirse tanto porque dicha pretensión contraría la letra y espíritu del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ya que supone una alteración de lo solicitado en demanda, pues su fundamento es completamente distinto y opuesto a la posición sostenida a través de la misma y porque aun sin este defecto procesal tampoco podría prosperar por impedirlo el razonamiento precedente.

CONSIDERANDO: Que no apreciándose temeridad ni mala fe en ninguna de las partes litigantes no procede hacer mención de las costas causadas.»

NOVENO

Interpuesta apelación por D. Antenor Patiño, en tiempo y forma, contra la sentencia de 13 de febrero de 1959, del Juzgado de Primera Instancia número 5, de Madrid, cuyos «considerandos» acabamos de transcribir, fue admitida en ambos efectos, y elevados los autos a la Audiencia Territorial, con emplazamiento de las partes, se formó el apuntamiento y se señaló día para la vista, que tuvo lugar el 18 de febrero de 1960, con asistencia del Ministerio Fiscal y de los Letrados de las partes, excepto el de

D.^a Leticia Bosch Labrús. La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia de fecha 4 de marzo de 1960, con el siguiente «fallo»:

«FALLAMOS: Que confirmando la sentencia apelada en cuanto coincide con los siguientes pronunciamientos, y revocándola en lo que disiente de ellos, debemos decidir y decidimos: Primero. En cuanto a la primera petición de la demanda y a la sexta de la réplica, abstenernos, como nos atenemos, de resolver sobre el fondo de ellas, por apreciar, de oficio, la existencia de la falta de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido llamado a litigio D. Jaime Cuffi y Miró. Segundo. En cuanto a lo demás instado en la demanda, absolver, como absolvemos, de ello a los demandados, Excma. Sra. D.^a Leticia Bosch Labrús y Blat, Duquesa Viuda de Durcal, y D.^a María Cristina de Borbón y Bosch Labrús y al Ministerio Fiscal. Y tercero. No hacer especial condena en cuanto al pago de las costas causadas en las dos instancias del procedimiento.»

Y contiene los siguientes «considerandos»:

«CONSIDERANDO: Que, aun admitiendo la facultad del accionante, por ser el marido de la demandada Sra. de Borbón, de solicitar la declaración judicial de la inexistencia e ineficacia absoluta, por ende, de la adopción de ésta por D. Jaime Cuffi y Miró, como antecedente necesario para poder lograr, precedentemente, la declaración de no existir la licencia que su mujer, de diecisiete años de edad al verificarlo, estaba obligada a tener para contraer tal matrimonio, precisamente por haberla dado el aludido padre adoptivo y entender que cualquiera de los cónyuges tiene interés en lograr, mediante la ineficacia radical de esos actos, la aplicación del artículo 50 del Código civil, preceptuador de que el incumplimiento de ese requisito produce el efecto de aplicar al matrimonio así contraído el régimen de absoluta separación de bienes; no es posible la consecución, con pertinencia, de un pronunciamiento estimatorio o desestimatorio de la aspiración; puesto que esta clase de litis tiene que ventilarse con todos los que claramente puedan resultar afectados por la sentencia, que son, en este caso concreto, el padre adoptivo y la adoptada; y aquél no ha sido demandado, ni se ha intentado siquiera que hiciera manifestaciones en la contienda en concepto de testigo, lo que ha dado lugar a una situación de falta de litis consorcio pasivo necesario que, como tiene dicho nuestro más alto Tribunal en sus sentencias de 6 de noviembre de 1941, 27 de junio de 1944, 30 de septiembre de 1950 y 24 de enero de 1956, ha de declarar el juzgador ex oficio; viniendo a establecer la última de ellas que a los Tribunales incumbe aplicar, de oficio, ese criterio, sin tener en cuenta que algún juzgador, interviniente con anterioridad en el mismo litigio, hubiera rechazado la alegación del accionado; de haberse demandado solamente a algunos de los que, conforme a lo dicho, debieron serlo, y adujere, además, que la acción únicamente podía perjudicar a los demandados habiéndose aquietado el alegante con ello; por ser evidente que con este modo de razonar se contribuye a la división e incertidumbre de la cosa juzgada.

CONSIDERANDO: Que esa falta patente de litis consorcio pasivo necesario impide a esta Sala hacer un pronunciamiento respecto al primer pedimento de la demanda, diferente del que claramente se desprende de lo acabado de razonar, en cuyo sentido ha de verificarlo, por consiguiente.

CONSIDERANDO: Que el derecho a solicitar dicha aplicación del artículo 50 del Código civil no fenece por el transcurso del tiempo, por largo que sea, ni por la voluntad expresa o tacita de los interesados, puesto que, según los artículos 1.315 y

1.319 del Código civil, el régimen matrimonial de bienes que haya de aplicarse por la determinación del contrato o de la ley es inalterable a partir del momento de la celebración del matrimonio y, por ello, ha podido el marido demandante instar su aplicación, cuya instancia plantea el problema de si la expresada decisión respecto al primer pedimento de la demanda impide resolver en cuanto a los restantes, o si ha de entenderse que no constituye ese impedimento, por la razón de que, aun siendo inexistente, inválida e ineficaz en derecho la adopción de que se trata, ello no puede conducir a la invalidez de la licencia objeto del segundo pedimento.

CONSIDERANDO: Que, evidentemente, el problema planteado ha de resolverse en el segundo sentido, porque a ello conducen, incuestionablemente, las siguientes realidades: Primera. Es un hecho probado y reconocido como cierto por los contendientes que, cuando contrajeron matrimonio, la mujer tenía diecisiete años de edad. Segunda. Que si dicha contrayente tenía la edad apuntada no podía casarse sin obtener licencia para llevarlo a cabo, concedida por quien ejerciera la patria potestad, ya fuera su padre o madre por naturaleza o por adopción, pues así lo disponía el artículo 46 del Código civil en la redacción que entonces tenía. Tercera. Que la misma no podía impugnar, entonces, dicha adopción, porque el artículo 180 del predicho Código preceptuaba que los adoptados menores de edad no podrían verificarlo sino dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad. Cuarta. Que los menores de edad, con capacidad legal suficiente para contraer matrimonio, tienen la facultad de gestionar la obtención de mencionada licencia, y sólo la negativa a concederla del llamado por la ley a verificarlo puede constituir un motivo de prohibición del matrimonio, de quien la solicitare y de la imposición de las sanciones fijadas en precitado artículo 50 del Código civil, si no obstante se contrajere, a los que así se casaren, pues esto lo revelan, además del precepto acabado de citar, los artículos 45 y 46 del mismo cuerpo legal, y en general el conjunto de normas reguladoras de la institución matrimonial. Quinta. Que si expresados menores de edad tienen derecho a gestionar la concesión de la licencia de que nos ocupamos, han de dirigir su solicitud, sin que nada pueda impedirselo, al que aparezca ejerciendo la patria potestad sobre él, con independencia de si las actividades creadoras de la situación de persona llamada por la ley a otorgar la concesión son reales o aparentes, ya que a tales menores, mientras lo sean, no les está permitido su impugnación; y si no se les permite ésta y tienen derecho, no obstante, a casarse, sería absurda la conclusión de que no se les consienta llegar a este final, sin la amenaza de que su matrimonio haya de entenderse contraído sin la licencia de que se habla cuando la hubiere otorgado su padre adoptivo aparente y no real, ya que las situaciones aparentemente reales han de producir los efectos de las verdaderas, en cuanto afecten a las personas que creyéndolas indudablemente como tales intervinieron en la creación de otras basadas en aquéllas, cuando menos en algún aspecto, y es notorio que se halla en este caso una menor de edad, a quien no se permite por la ley apreciar, mientras lo sea, si en su adopción hay o no motivos de inexistencia o de nulidad. Y sexta. Que los razonamientos precedentes ponen de relieve la existencia de un matrimonio contraído por una menor de edad con la licencia necesaria para llevarlo a cabo, ya se entienda que el concedente era en realidad su padre adoptivo y aunque se entendiere que sólo lo era en apariencia, vista como verdad por la contrayente.

CONSIDERANDO: Que, como última consecuencia de lo que va razonado ha de absolverse a las demandados de la demanda en cuanto a sus pedimentos segundo y siguientes, confirmando la resolución recurrida, que se pronunció en ese sentido.

CONSIDERANDO: Que, aparte de la prohibición por el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento civil de formular nuevas pretensiones por el escrito de réplica, ya que sólo consiente tal precepto la ampliación, adición o modificación de las contenidas en la demanda, lo que priva de eficacia al pedimento sexto de aquel escrito en el que se formula una nueva pretensión, la doctrina expuesta en el primer considerando impide tomar, en cuanto a ella, otra determinación que la allí expresada.

CONSIDERANDO: Que no habiendo apelado la demandada, Excma. Sra. D.^a Leticia Bosch Labrús y Blat, contra la sentencia de que nos ocupamos, ni habiéndose adherido a la apelación formulada por el demandante, hay que entender ha consentido ésta, por lo que nada procede decidir aquí respecto a sus pedimentos.

CONSIDERANDO: Que, no apreciándose temeridad ni mala fe en los contendientes por sus intervenciones en este procedimiento, debemos no hacer especial condena en cuanto al pago de las costas causadas en él; confirmando, consiguientemente, al pronunciamiento, en ese sentido, del Juzgador de primera instancia, respecto a las causadas en ésta.»

DECIMO

Notificada a las partes la sentencia cuyos considerandos y fallo se han transcrito, esta parte ha interpuesto contra la misma recurso de casación por infracción de ley por medio de escrito de fecha 15 de marzo de 1960, siendo la fecha de notificación de la sentencia la de 8 del mismo mes, en el que se solicitaba de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid la certificación literal de las dos sentencias de primera y segunda instancia.

Por providencia de 28 de marzo del corriente año se manda expedir y entregar al procurador que suscribe la certificación solicitada, emplazando previamente a los otras partes por cuarenta días ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Emplazadas las partes, con fecha 19 de mayo de 1960 se me entrega la certificación de las sentencias de primera y segunda instancia, para formalizar el presente recurso.

UNDECIMO

Hacemos constar el *consentimiento expreso* que esta parte recurrente formula, con respecto al pronunciamiento o extremo «*Primero*» del fallo de segunda instancia, que se abstiene de resolver sobre el fondo de la primera petición de la réplica por apreciar la existencia de falta de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido llamado a litigar D. Jaime Cuffi y Miró.

Tiene especial interés y trascendencia este consentimiento de esa parte de la sentencia de segunda instancia (o desistimiento parcial del recurso de casación) en cuanto afecta a los «*motivos de casación*» primero y segundo que más adelante desarrollamos, fundados en la existencia de *disposiciones contradictorias* en el fallo y en *incongruencia*, respectivamente.

FUNDAMENTOS LEGALES DE INDOLE PROCESAL

1. Procede interponer este recurso de casación por tratarse de una sentencia definitiva pronunciada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.689 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en su número 1.º.

2. Procede interponerlo por infracción de ley, por los motivos que más adelante se expondrán y porque la sentencia ha recaído en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía (arts. 1.692 y 1.694 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

3. Con arreglo a lo establecido en el artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento civil, este recurso se funda en la causa 1.ª del citado artículo: infracción de ley en la parte dispositiva de la sentencia.

4. Se formaliza el presente recurso dentro del plazo de cuarenta días previsto en el artículo 1.716 de la Ley de Enjuiciamiento civil, contados desde el siguiente a aquel en que se hizo entrega a esta parte de la certificación de las sentencias, que tuvo lugar el 19 de mayo de 1960.

MOTIVO DE CASACION

MOTIVO PRIMERO

Al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Infracción de ley por *violación* del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que exige que las sentencias sean *claras y precisas*, y no lo son cuando hay *disposiciones contradictorias* en el fallo, que es lo que se disputa motivo de casación por infracción de ley en el invocado número 4.º del artículo 1.692.

Para percatarse de dicha contradicción de disposiciones hay que observar que el fallo contiene tres pronunciamientos. Prescindiendo del «tercero», relativo a costas, los otros dos son de este tenor:

En el pronunciamiento *primero*, la Sala de la Audiencia *decide abstenerse* de resolver sobre el fondo de las peticiones *primera* de la demanda y *sexta* de la réplica, por apreciar de oficio la existencia de la falta de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido llamado a litigio D. Jaime Cuffi y Miró. Es decir, se aprecia lo que, en otros términos, se denomina relación jurídica procesal incompleta.

En el pronunciamiento *segundo*, el fallo recurrido, en cuanto a lo demás instado en la demanda, absuelve de ella a los demandados D.ª Leticia Bosch- Labrús y Blat,

Duquesa Viuda de Durcal, y D.^a María Cristina de Borbón y Bosch-Labrús y al Ministerio Fiscal.

Pero debe recordarse que la petición primera de la demanda -que en el fallo no se resuelve, por ser objeto de abstención- se refería a la declaración de inexistencia, invalidez y nulidad absoluta, e ineficacia jurídica, de la adopción verificada en su día de la demandada D.^a María Cristina de Borbón y Bosch-Labrús, Duquesa de Durcal; y las peticiones segunda, tercera y cuarta se referían a la inexistencia de licencia para el matrimonio de la demandada, a la infracción de los preceptos sobre licencia matrimonial del menor y a su consecuencia de entenderse contraído el matrimonio con absoluta separación de bienes, etc. Mas *estas tres peticiones de la súplica de la demanda no se formulaban desligadas de la primera*, es decir, de la petición de declarar que la adopción de D.^a María Cristina de Borbón y Bosch-Labrús fue inexistente, inválida y absolutamente nula y privada de toda clase de eficacia jurídica, sino que se ligaban, de modo necesario, se subordinaban con subordinación de consecuencia a antecedente, de efecto a causa, a la declaración pretendida en el pedimento 1.^o. De suerte que en el pedimento 2.^o se pretendía la declaración de que el matrimonio contraído por D.^o María Cristina de Borbón y Bosch-Labrús careció de la necesaria licencia exigida por el Derecho civil, no en términos abstractos, sino concretamente *por ser inexistente la licencia* otorgada por el supuesto padre adoptivo, *en razón de la inexistencia de la adopción antes pronunciada*.

En el pedimento 3.^o se solicitaba que se declarase que el matrimonio en cuestión, Patiño-Borbón, infringió la prescripción de la obtención de licencia previa, *a consecuencia* de la inexistencia anterior y, *en consecuencia*, había de entenderse contraído con absoluta separación de bienes, etc.

Y en el pedimento 4.^o de la súplica de la demanda se interesaba la condena de estar y pasar por las declaraciones de los anteriores pedimentos, es decir, en la integridad de estas declaraciones, *según la motivación alegada o aducida*,

Se ve, pues, que los extremos 2.^o, 3.^o y 4.^o de la súplica de la demanda se hallan concatenados unos con otros y *todos ellos dependiendo del primero*. Son una serie de proposiciones que constituyen a modo de lo que en la lógica formal escolástica se denomina polisilogismo o *sorites*, razonamientos en que la conclusión de cada uno de los silogismos singulares sirve de premisa del siguiente. De igual modo que el *petitum* se fraccionó en cuatro puntos con numeración ordinal que facilitaba su comprensión, pudo haberse sintetizado sin pérdida de la claridad, en ésta o parecida forma abreviada: Declarar la adopción inexistente, y *por ello* inválida la licencia matrimonial, y *por ello* incurso el matrimonio en infracción del precepto que exige tal licencia, y *por ello* contraído con absoluta separación de bienes, etc.

Esta dependencia lógica de causas y efectos impone al Juzgador la ineludible obligación de abstenerse de resolver del resto de la serie si se abstiene de resolver de la primera premisa. Si por falta de litis consorcio pasivo necesario el Tribunal *a quo* no ha dictado pronunciamiento alguno acerca de la inexistencia de la adopción, tampoco ha podido resolver acerca de los otros pedimentos, formulados todos ellos en la hipótesis de que se declarase la inexistencia de la adopción como causa expresa de las declaraciones que sucesivamente se interesan (de falta de licencia, de infracción de precepto sobre licencia y de consiguiente régimen de separación de bienes).

Hay, pues, una *contradicción* entre la primera disposición del fallo y las otras tres que le siguen. Porque, a pesar de que no se ha entrado en el *fondo* del primer pedimento y, por tanto, no se ha estimado ni desestimado la inexistencia de la adopción, se entra en el fondo de los otros pedimentos desestimándolos en todo el rigor de sus enunciados, es decir, se desestima la falta de licencia por inexistencia de adopción, no obstante que no se ha pronunciado declaración sobre esta ineficacia; y se desestiman los otros extremos que dependían de lo mismo que no se ha resuelto en un sentido ni en otro.

No se diga que no es contradictoria aquella abstención con estas *absoluciones*, porque estas absoluciones carecen de un alcance positivo, y la abstención es también una actitud negativa. Es cierto que, al abstenerse de conocer del fondo del problema de la existencia de la adopción, el fallo pronuncia una disposición en sentido negativo, inhibitorio: *no hay efecto material* para la pretensión que deja de resolverse. Pero no es menos cierto que al absolver de los otros pedimentos se produce *un efecto positivo de derecho material*, con posible eficacia de cosa juzgada, cual es la declaración implícita de que el matrimonio se celebró con la debida licencia y que el régimen de bienes en el matrimonio no es el de separación legal que pretendía el actor. Y este efecto positivo es vinculante para el actor, quien ya no podría reiterar esas pretensiones sobre la falta de obtención de licencia y sobre régimen de bienes en el matrimonio, porque la absolución que el fallo pronuncia sobre estos extremos será irreformable si la sentencia no es casada. Hay, pues, contradicción: por una parte, no se resuelve sobre la inexistencia de la adopción y, por otra, se resuelve sobre las pretendidas consecuencias de la inexistencia que no se declara ni se deja de reconocer.

La sentencia recurrida, en sus considerandos tercero y cuarto, intenta soslayar la dificultad razonando que la abstención de resolver sobre el primer pedimento no constituye impedimento para resolver sobre el segundo y tercero, porque -dice- aun siendo inexistente, inválida e ineficaz, la adopción no puede conducir a la invalidez de la licencia objeto del segundo pedimento. Y a continuación desarrolla la tesis de la validez de la licencia, prescindiendo de si la adopción es o no existente, y fundándose en que la menor carecía de capacidad para impugnar la adopción y se creó *una situación aparentemente real* que ha de producir los mismos efectos que la verdadera.

Es doctrina de ese Tribunal, reiteradamente sentada, que los pronunciamientos de los fallos han de interpretarse en relación con los «considerandos» que les sirven de fundamento. Como dice PLAZA, «en determinadas ocasiones no es dado ni posible aislar, como si fueran *compartimentos estancos*, lo que se razona y lo que, con fuerza vinculante, se decide». Cita, a este efecto, las sentencias de 1.º de mayo, 23 y 28 de junio de 1922 y las de 22 de enero de 1894, 5 de junio de 1912, 24 de junio de 1916 y 29 de noviembre de 1921.

Pues bien, de los «considerandos» tercero y cuarto de la sentencia recurrida se desprende que la Audiencia ha querido *absolver* y *ha absuelto* a los demandados de los pedimentos segundo y tercero de la súplica de la demanda, en términos abstractos, absolutos, en cuanto se pedía que se declarase la falta de licencia y la separación de bienes, *no en cuanto se pedía que se hicieran esas declaraciones por razón de la inexistencia de la adopción*.

Aparte del vicio de incongruencia en que incurre la sentencia (del que nos ocupamos en otro «motivo» de casación), hemos de observar que, con esa interpretación del fallo, se demuestra que la Audiencia ha querido cerrar el paso al pleito ulterior, dislocando estas absoluciones de la abstención de resolución del pedimento sobre inexistencia de la adopción. Se hace así patente la contradicción de disposiciones, denunciada en este *motivo* de casación, porque lo cierto es que el fallo absuelve de los pedimentos tal como se formulan enlazados con la premisa de la inexistencia de la adopción; premisa que no ha sido decidida, ni en pro ni en contra, por haber recaído abstención respecto de ella.

Con los razonamientos que anteceden se patentiza, no que exista *contradicción* entre los «considerandos» y el fallo (lo cual no se encuadraría en el número 4.º del artículo 1.692 que es el soporte del presente motivo de casación), sino que entre el pronunciamiento primero del fallo (de abstención) y el pronunciamiento absolutorio (interpretado, entendido según los considerandos) hay una incompatibilidad, una *falta de lógica*. La sentencia recurrida incurre, por ello, en violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil que ordena que las sentencias sean *claras y precisas*.

MOTIVO SEGUNDO

Al amparo del número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Infracción de Ley por *violación* del artículo 359 de la misma Ley, que exige que las sentencias sean *congruentes* con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito.

Esta incongruencia resulta del hecho de que, habiéndose pedido en la demanda que se declarase la infracción del precepto sobre licencia paterna para contraer matrimonio y la automática separación de bienes como régimen de los del matrimonio así contraído, ambas cosas *como consecuencia* de la inexistencia e ineficacia de la adopción, la sentencia recurrida resuelve sobre esos pedimentos desestimándolos, no por haberse declarado que la adopción existió, es decir, por haberse estimado la premisa o pretendida causa de aquella infracción de precepto sobre licencia y de la consiguiente separación de bienes, sino por causas completamente distintas -incapacidad de la menor para impugnar la adopción y «apariencia» de realidad de ésta-.

Falta la conformidad, la conveniencia, de concepto, entre la *razón de pedir* y la *razón de negar*. Puede haber identidad de cosas y de personas; pero no hay identidad de *causas* entre la alegada por el actor y la invocada por el Juzgador en su resolución. Es indudable la relevancia de la causa, o razón de pedir, en el proceso civil, según se desprende del texto del artículo 1.252 del Código civil.

Acaso se pretenda que con la fórmula de *absolución* queda vencido el escollo de la incongruencia, porque con ello se resuelven todos los puntos debatidos en el pleito. Esta objeción sólo podría formularse si fuera la parte demandada la que invocase la incongruencia, o si la absoluciones se hubiera pronunciado en los términos relativos -de relación de antecedente y consiguiente- en que se hallaban formulados los pedimentos, 2.º y 3.º de la demanda. Pero no ha ocurrido así, ya que los «fallos» se interpretan -según reiterada jurisprudencia- por los «considerandos» que les preceden y les sirven de

fundamento. Y en los «considerandos» tercero y cuarto de la sentencia recurrida la Audiencia ha sido suficientemente explícita al comentar que llega a esa desestimación de los extremos de la demanda aludidos, no por haber resuelto sobre el tema de la inexistencia de la adopción (que es lo que se especificaba en la demanda), sino porque hay otras causas, otras razones que autorizan a llegar a la misma conclusión.

Como ya apuntábamos al explicar el primer motivo de casación, la Audiencia absuelve de los pedimentos segundo y tercero de la demanda -lo que equivale a declarar la validez de la licencia paterna y la denegación del régimen de separación de bienes- no porque previamente se haya declarado existente, válida y eficaz en Derecho la adopción, sino por las razones completamente distintas que se exponen en los considerandos segundo y tercero de la sentencia recurrida (carencia de capacidad en la adoptada, durante su minoridad, para impugnar la adopción, y creación de una situación aparentemente real que han de producir los mismos efectos de la verdadera).

Admitamos que la absolución resuelve todas las cuestiones planteadas en la demanda; pero para que haya congruencia es preciso que las resuelva *en los términos en que tales cuestiones fueron formuladas*, de modo que se absuelva de las premisas y de las consecuencias, cuando las pretensiones fueron formuladas en forma *causal*, con alegación de razones o motivos. No puede decirse que se de esa congruencia cuando, sin absolver de las premisas (porque el juzgador se ha abstenido de resolver sobre ellas), se absuelve de las consecuencias.

Hay, pues, *incongruencia* en el fallo; y este motivo de casación es distinto del anterior -*contradicción* en las disposiciones del fallo-. La *contradicción* implica incompatibilidad *interna* «entre» dos o más extremos del fallo. La *incongruencia* significa falta de correspondencia entre el *petitum* y el *fallo*. Y esto último es lo que ocurre en la sentencia recurrida, en cuyo fallo (interpretado a la vista de los «considerandos») se incide en incongruencia con la demanda; pues falta la congruencia en relación con los términos concretos en que el debate se planteó; Se viola así, en este aspecto de la congruencia, el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y se incide en el motivo de casación por infracción de ley comprendido en el número 2.º del artículo 1.692 de la misma Ley.

MOTIVO TERCERO

Infracción de ley: al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Se formula este motivo de casación *subsidiariamente*, para el caso de que no prosperasen ninguno de los dos motivos formulados anteriormente (fallo contradictorio e incongruencia). Se acusa en la absolución de los pedimentos 2.º, 3.º y 4.º de la súplica de la demanda *violación e interpretación errónea* de los artículos 45 y 46 del Código civil, a saber: el artículo 45, en su apartado 1.º, prohíbe el matrimonio al menor de edad que no haya obtenido la licencia; y el artículo 46 (en su texto anterior al recientemente reformado), en su párrafo primero, que dispone, con respecto a la licencia de que habla el número 1.º del artículo anterior, que debe ser concedida a los hijos legítimos por el padre, y faltando éste o hallándose impedido, corresponde otorgarla por su orden a la madre, a los abuelos paterno y materna y, en defecto de todos al Consejo de familia; y el párrafo tercero, que si se tratase de hijos adoptivos se pedirá el

consentimiento al padre adoptante y, en su defecto, a las personas de la familia natural a quienes corresponde.

La *violación* de los artículos 45 y 46 del Código civil, en los extremos indicados, se evidencia en la sentencia porque en ella se estima que, supuesta la inexistencia e invalidez de la adopción, no declarada judicialmente, el hijo adoptivo, es decir, con familia natural, con padre legítimo, no contrae matrimonio contra la prohibición establecida en esos preceptos si pide el consentimiento al padre aparentemente adoptante, en vez de hacerlo al padre legítimo.

Esos preceptos *prohíben* al hijo menor de edad contraer matrimonio sin la licencia del padre legítimo o del padre adoptivo, sin consideración a situaciones de *apariencia* ni de incapacidad para impugnar una adopción no anulada. Por lo cual la sentencia que declara que no ha habido infracción de esa prohibición, a pesar de que no se haya obtenido licencia del padre legítimo ni del padre adoptante (en adopción existente y válida), incide en *violación* de aquellas reglas civiles.

Si la sentencia mantiene su tesis referida, no por el sentido recto de los textos legales citados, sino buscando un sentido implícito, en virtud de una operación hermenéutica, incurre en *interpretación errónea*; porque donde la ley no distingue no es lícito distinguir; y la ley no se refiere para nada, en este caso, a situaciones de *apariencia*, sino que sus palabras deben ser interpretadas en el recto sentido de situación de adopción existente, válida y eficaz.

La tesis del tribunal *a quo*, incurra en el error *in iudicando* denunciado en este motivo, pretende apoyarse en la doctrina de la *apariencia* de los actos jurídicos y de su eficacia.

La *apariencia*, dice MENGONI, consiste en un juicio impersonal, es decir, objetivo, expresado por la generalidad de los terceros, e inherente o a una investidura formal, es decir, a una forma de publicidad de un derecho (real), reconocida por el ordenamiento jurídico, o simplemente a un comportamiento, correspondiente al contenido de una relación jurídica activa y objetivamente valorado, en el caso concreto, como índice de titularidad.

De esa definición, que recogemos de un autorizado tratadista italiano (a falta de definición legal en nuestro ordenamiento positivo), claramente se desprende que la apariencia sólo tiene eficacia respecto de *terceros*, y sólo en los casos en que expresamente se le atribuye por la Ley tales efectos. Nuestras leyes registrales, especialmente en Derecho inmobiliario, así lo estatuyen. Hay otros casos de apariencia en el Derecho civil español, relativos todos ellos a ejercicio de *derechos*, a *titularidades*. Siempre con eficacia respecto de *terceros* que tratan o negocian con el titular aparente. Pero esta doctrina es incompatible con el *Derecho institucional*, cual es el de personas y familia; y en ningún caso, en la adopción, la eficacia de una situación aparente afectaría a quienes no son *terceros* en la adopción.

La doctrina de la eficacia jurídica de las situaciones aparentes no puede recibirse como *principio general*. Y hay que aceptarla sólo en los casos en que una norma explícita así lo reconozca. A este propósito nos permitimos reproducir las siguientes

palabras de LADARIA, en su tesis *Legitimación y apariencia jurídica* (Barcelona, 1952), páginas 156 y 157:

«Se discute en la doctrina si los casos en que la apariencia prevalece sobre la realidad jurídica pueden reconducirse a una regla unitaria, constituyendo "un principio general del Derecho, algo que se manifiesta de manera uniforme y constante con propia unidad y autonomía", o bien si se trata de supuestos aislados o inconexos, "frente al principio general de que lo que se tiene en cuenta preferentemente para su tutela es la realidad, o sea, el derecho mismo y no la apariencia del derecho" (HERNANDEZ GIL). Niegan la existencia de un principio general de la apariencia jurídica, entre otros autores, ENNECCERUS, ASCARELLI, CARIOTA FERRARAS, ALANDRA, CICU, CORRADO Y MENGONI. Esta es también, a nuestro juicio, la solución que debe darse al problema de la protección de la apariencia en el Derecho español. Los casos en que la apariencia prevalece sobre la realidad tienen carácter excepcional; se trata de un concepto (es decir, un principio lógico), que informa algunas hipótesis singulares. La titularidad y la representación aparentes son fundamentos de legitimación extraordinaria, de carácter excepcional también (Cf. Artículos 1.160, 1.259, 464, 1.473 Y 1.738 del Código civil, 85 del Código de comercio, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, etc.). La teoría de la legitimación extraordinaria explica técnicamente los casos en que los actos realizados por el titular o por el representante aparentes son eficaces, pero no implica la existencia de un principio general de la apariencia jurídica.»

Hasta aquí, LADARIA. Reanudando nuestra argumentación, con respecto al presente motivo de casación, y aplicando esa doctrina a nuestro caso, como auxiliar de la interpretación de los artículos 45 y 46 del Código civil, nos encontramos con que, no existiendo en el Derecho español esa norma general en favor de la apariencia, hay que negar eficacia a una situación de filiación adoptiva aparente, pero que no responde a la realidad.

No puede asimilarse esta situación (de adopción y de licencia matrimonial) a algún caso de representación aparente en que nuestro Derecho reconoce eficacia a lo actuado por el representante (fallecimiento ignorado del mandante, etc.). Pues el padre adoptante, al dar o negar su consentimiento al matrimonio del menor, no ejerce funciones de *representación*, sino de *potestad*.

La sentencia recurrida, al atribuir eficacia a la situación de adopción *aparente* como si fuera *real*, viola e interpreta erróneamente los citados preceptos del Código civil.

MOTIVO CUARTO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, con carácter subsidiario por si no prosperan los motivos de casación primero y segundo.

Se acusa en la sentencia, en la absolución de los pedimentos 2.º, 3.º y 4.º de la súplica de la demanda, infracción de Ley, por *violación por inaplicación e interpretación errónea* del artículo 50 del Código civil, que establece las consecuencias del régimen de bienes del matrimonio para las personas que se casen contraviniendo la prohibición establecida en el artículo 45 del mismo Código.

La sentencia recurrida, en el supuesto de que se trate de una adopción nula, inválida o ineficaz, desestima la petición de que se apliquen las consecuencias de la infracción de consentimiento paterno, fundándose en que como la menor no puede impugnar la adopción hasta pasados cuatro años de llegar a la mayoría de edad, no debe recaer la sanción del artículo 50 del Código civil sobre quien, teniendo capacidad para gestionar la licencia, no la tenía para aquella impugnación.

Al argumentar de semejante forma la sentencia recurrida (siempre en la hipótesis que acepta, a efectos de discusión, de que la adopción sea ineficaz), olvida que las consecuencias de la falta de licencia paterna para contraer matrimonio, establecidas en el artículo 50 del Código civil (régimen de separación de bienes, etc.) han sido establecidas, no como un *castigo* por un acto *subjetivamente* ilícito y *culpable*, sino como medidas *preventivas y tuitivas*, de protección de intereses patrimoniales, en evitación de que una situación *irregular*, en el aspecto civil, aunque válida respecto de los *efectos personales*, no trascienda a los bienes, a su administración ni al juego de los preceptos sobre sociedad conyugal.

El fallo recurrido viola por inaplicación e interpretación errónea ese precepto del artículo 50 del Código civil, al atribuir relevancia a un elemento de la situación jurídica y a un aspecto del precepto legal -la imposibilidad en la menor de impugnar la validez de la adopción- que no resulta de la norma aplicable ni de su recta y escueta inteligencia.

Permítasenos recurrir a la doctrina kelseniana. Según ella, si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradúcese en una proposición en la cual se enlaza un acto coactivo *como consecuencia jurídica*, a un determinado supuesto de hecho o condición. A la manera de la ley natural -dice el profesor vienés-, hay aquí un específico enlace de dos elementos: la condición y la consecuencia. La ley jurídica dice: si *a* es, «debe ser» *b*.

Aplicando estos conceptos a la norma legal que reputamos infringida, por violación, por inaplicación e interpretación errónea, en este motivo de casación, es decir, el artículo 50 del Código civil, llegamos a esta proposición: si los contrayentes se casan, a pesar de la prohibición del artículo 45 -*condición*-, quedan sometidos a las siguientes reglas -*consecuencia*-, separación de bienes, retención del dominio y administración de los que les pertenecen, etc.

Estas consecuencias de aquel supuesto de hecho están pensadas, están puestas por el legislador, en términos absolutos; están referidas al cumplimiento de la condición de que dependen, en todo caso, sin excepciones ni paliativos. No en consideración a una conducta dolosa o culposa de los contrayentes, pues esta valoración de índole criminal comporta unas consecuencias jurídico-penales previstas en el Código punitivo (figura de delito del artículo 476 de dicho cuerpo legal). Se trata de una valoración de índole civil para cuyos efectos es indiferente que la menor haya podido o no impugnar la adopción aparente; porque la norma, esta norma civil, no tiene el objetivo de *castigar*, sino de señalar unas consecuencias patrimoniales que protegen a la menor contra la irregularidad de la cual puede ser responsable el otro contrayente mayor de edad, o que ha sido debida a la inconsciencia de la menor. Esta inconsciencia lo mismo puede provenir de inexperiencia o coacción que de error o creencia de que la persona que da el consentimiento tiene potestad para darlo.

Tampoco es desdeñable el aspecto contrario: la protección patrimonial del otro contrayente, del que es mayor de edad, y que, como consecuencia de una adopción aparente y de un consentimiento paterno aparente, puede implicarse en un régimen de sociedad de gananciales, en perjuicio suyo, sin culpa ninguna de la invalidez o ineficacia de ese consentimiento aparentemente legítimo.

El texto del artículo 50, por su sentido literal, por la *ratio legis* que lo informa, por el respeto a los derechos e intereses que se trata de amparar, no puede ser interpretado en la forma que pretende la sentencia recurrida. O hay contravención o no la hay. Si la hay, la consecuencia es ineludible. Es algo objetivo, frente a lo cual no cabe alegar excusas absolutorias. «Si a pesar de la prohibición... se casaren... los contrayentes quedarán sometidos a... » No dice: «a menos que ignorasen la prohibición» o «la ilicitud del acto» o «que no tuvieran lucro». Dice: si es *a* «debe ser» *b*; sin atenuaciones ni dispensas.

El fallo recurrido, al dejar de aplicar esa norma del artículo 50, o al interpretarla de modo erróneo, incide en la infracción de ley que denunciábamos subsidiariamente en este motivo de casación.

SUPLICO A LA SALA que, teniendo por formalizado el recurso de casación por infracción de ley, contra la sentencia de que se ha hecho mérito, excepto en lo que afecta a sus pronunciamientos primero y tercero que consentimos expresamente, se digna casar dicha sentencia en lo que respecta al pronunciamiento segundo, es decir, en cuanto absuelve a los demandados de los pedimentos segundo a quinto de la súplica de la demanda y réplica. Y en su lugar dictar otra sentencia por la cual se abstenga de resolver sobre el fondo de dichos pedimentos segundo a quinto, al igual que se hace con respecto al primero y sexto de la réplica; subsidiariamente se declare que no procede la absolución de los demandados con respecto a dichas peticiones segunda a quinta por las causas alegadas en la súplica de la demanda y de la réplica ni por otras causas que no han sido objeto de debate.

OTROSI DIGO: Aunque las sentencias de primera y segunda instancia no son conformes de toda conformidad, acompañamos, *ad cautelam* y por si se entendiera lo contrario, el resguardo de haber hecho el depósito en la Caja General, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.698 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SUPLICO A LA SALA se sirva tener por hecha esta manifestación y por constituido el depósito.

OTROSI SEGUNDO: A los efectos de lo prevenido en el artículo 1.721 de la Ley de Enjuiciamiento civil, solicito el testimonio acreditativo de haber formalizado ante esa Sala el presente recurso de casación dentro del plazo legal.

SUPLICO A LA SALA se digna acordar se libre y me sea entregado el testimonio de referencia.

Madrid, 7 de julio de 1960.