

La adopción

MARIANO FERNANDEZ MARTIN GRANIZO

Fiscal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. La adopción y el Derecho de Familia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. La adopción y el Derecho Sucesorio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. La adopción y el Derecho contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. La adopción y la responsabilidad extracontractual.

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

LA REFORMA DE LA ADOPCION BAJO EL PRISMA DEL DERECHO POSITIVO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- A) El relativo a la “capacidad” y demás requisitos personales para la validez de la adopción.
- B) El de las “prohibiciones” para adoptar; y
- C) El referente al “consentimiento” en la adopción.

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

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

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

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

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

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

I. Adoptantes; requisitos generales

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

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

- 1.º Hallarse en el ejercicio de todos sus derechos civiles.
- 2.º Tener 30 años cumplidos. Si adoptaren marido y mujer, será suficiente con que uno de ellos tenga dicha edad.
- 3.º Tener 16 años más que el adoptando. Respecto de los cónyuges, es de aplicación para el caso de adopción conjunta lo indicado en el número anterior.

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

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

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

- a) Como derechos que corresponden al individuo, en cuanto miembro de una Comunidad social (Estado, por ejemplo).
- b) Como sinónima de derechos privados, frente a los llamados públicos.
- c) Como equivalente a "capacidad de obrar".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Incapacidades que pueden originar dudas (28)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Otros requisitos personales de carácter general para adoptar.

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

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

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

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

Ello puede plantear estos problemas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Adoptantes: requisitos personales especiales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Que se trate de separación legal.

b) Que exista ejecutoria en la que se declare dicha inocencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Requisitos personales para ser adoptados:

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

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

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

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

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

4.º Fijar el concepto de “abandonado”.

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

6.º Prescindir del concepto “exposición”.

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

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

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

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

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

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

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

"Se considerará abandonado el menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias."

"La entrega del menor en una casa o establecimiento benéficos se considerará también como abandono en los siguientes casos:

a) Cuando el menor hubiere sido entregado sin datos que revelen su filiación.

b) Cuando, aun siendo conocida su filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor, manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores."

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

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

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

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

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

a) *Del "abandono" propiamente dicho.*

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

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

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

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

b) Del “abandono-exposición”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B) Las prohibiciones para adoptar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(40) Ob. cit., pág. 101, 102.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C) Problemática del "consentimiento" en la adopción (45).

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

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

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

Por lo que concierne al consentimiento, se han estimado oportunas algunas matizaciones. En la regulación propuesta son distinguibles tres grados o escalas. Hay un *consentimiento básico*, sin el cual carecería de sentido siquiera pensar en la adopción: el del adoptante y el del adoptando mayor de catorce años ... En *segundo lugar* aparecen ciertas *modalidades del consentimiento*, como el del cónyuge si la adopción no es conjunta, el de los padres del menor de edad y el del tutor, que técnicamente tendrían encaje, quizá, en la figura del asentimiento; si bien la falta en el Código civil de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo ... *El último grado* o escala la ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas...

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

(44) Ob. cit., pág. 427.

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

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

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

a) Consentimiento otorgado por un cónyuge al otro para que adopte o sea adoptado [art. 172-3.º y 173, A) y B) del C. c.].

b) Consentimiento del adoptante o adoptantes y del adoptando [art. 173, A) y B) del C. c.].

c) Consentimiento del padre o madre del adoptando menor de edad sujeto a la patria potestad [art. 173, C) del C. c.]

d) Consentimiento del tutor del adoptando sujeto a tutela [artículo 173, D) del C. c.].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.º Se encuentra establecida por la Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nos fundamos para mantener esta posición, en que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Entendemos, pues, que cuando ello acontezca será de aplicación lo dispuesto en el artículo 173, D), siendo sustituido el “consenti-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Que dicho “consenso”, puede ser otorgado separada o conjuntamente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.º Que la tutela esté constituida.

2.º Que el tutor, obtenga la autorización del Consejo de familia.

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

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

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

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

(68) Partimos de que para nosotros, el apartado B) del artículo 173 debe aceptarse. En consecuencia, la reforma deberá afectar sólo al apartado C), que para ponerlo en conexión con el anterior, podría, por ejemplo redactarse así: “El padre y la madre, conjuntamente o por separado, del adoptando menor de catorce años sujeto a patria potestad.”

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

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

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

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

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

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

(69) Ver el párrafo siguiente del artículo 173.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. IRREVOCABILIDAD Y EXTINCION DE LA ADOPCION

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

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

“Artículo 173. La adopción es irrevocable.

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

Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción:

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

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

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

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

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

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

(73) Sobre la cuestión, puede verse ROMANO SALIS, en “*Revoca degli atti giuridici privati*”; CARIOTA FERRARA, “*El negocio jurídico*”, Madrid, 1956; CARNELUTTI, “*Teoría General del Derecho*”, Madrid, 1953; CASTÁN TOBEÑAS alude a ella en su “*Derecho...*”, T. I, Vol. II, edic. 9.ª, págs. 680, 681 y 692, reco-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Con la adopción realizada por mera declaración verbal del adoptante al padre o madre del adoptando.

2. Con la adopción del menor abandonado, realizada antes de haber transcurrido 6 meses de su internamiento (art. 174-IV, C. c.).

3. Con la adopción del menor abandonado, cuya situación de tal no haya sido declarada por el Juez (art. 174-V, C. c.).

4. Con la falta de aprobación judicial de la adopción (artículo 173-I y 175-I, C. c.).

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

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

a) La realizada por alguna de las personas a quienes la Ley prohíbe tal acto (art. 172, núms. 1.º a 3.º, C. c.).

b) La adopción plena realizada por persona no comprendida en el artículo 178-I del Código civil.

c) La adopción plena de mayor de 14 años que no estuviere viviendo antes de alcanzar dicha edad en el hogar y en compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos (art. 178-II, C. c.).

d) La realizada sin intervención del Ministerio Fiscal (artículo 173-1.º, C. c.).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Criterio subjetivo

Pueden pedir la extinción de la adopción:

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

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

c) *El Ministerio Fiscal.*

Criterio objetivo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(93) Ver misma Exp. de motivos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

y muy especialmente si el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos" (97').

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

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

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

1) Perfección de la adopción

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

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

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

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

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

(99) Es el párrafo primero de este precepto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) *Requisitos previos:*

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

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

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

b) *Requisitos simultáneos:*

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

2.º Intervención del Ministerio Fiscal.

c) *Requisitos ulteriores:*

1.º Aprobación judicial de la adopción.

2.º Otorgamiento de la escritura pública.

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

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

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

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

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

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

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

a) Requisitos previos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y decimos que ello es interesante, por la enorme trascendencia que la omisión de dicho requisito o su cumplimiento viciado puede producir, al autorizar el artículo 177, número 2.º al padre o madre legítimos o naturales a ejercitar la acción de impugnación de la adopción, dentro de los dos años siguientes a la misma si "...no hubieren intervenido en el expediente...", "...ni prestado consentimiento, si probaren que fue por causa no imputable a ellos".

Porque, es evidente, que entre las causas que no pueden imputarse a dichos padres y, consiguientemente les legitiman para el ejercicio de la acción impugnatoria, se encuentra el no haber sido citados y el de no haber podido concurrir pese a la citación, por causas ajenas a su voluntad.

Mas ello, en nuestro modo de ver, constituye una cuestión puramente procedimental, por la que ha de velar fundamentalmente el Ministerio Fiscal (108) y que no creemos sirva para justificar la frase que hemos criticado.

Debe por tanto velarse, porque las citaciones se hagan debidamente, siempre que los padres sean conocidos. Caso de no serlo, deberá justificarse en forma este extremo (109). En cuanto a la no concurrencia, pese a las citaciones, por causas ajenas a su voluntad, es algo que en nuestra opinión corresponde probar a los propios padres, si en su día pretenden esgrimir la acción impugnatoria de que habla el artículo 177, número 2.º.

Y pasemos al párrafo V de este artículo, en el que directamente se alude a la "valoración del Juez".

De interés a los efectos de la misma en relación con las "...circunstancias de cada caso...", es lo relativo a "...si el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos", párrafo éste que no figuraba en el Proyecto enviado a las

(107) Con ello, el párrafo quedaría redactado en el sentido de que si no pudieren ser citadas las personas a que se refiere, o si citadas no concudiesen, podría prescindirse de ellos, solución esta más conforme con la idea que preside la Ley 7/1970, de que únicamente hay unos consentimientos básicos; los del adoptante y adoptando.

(108) En este sentido se manifiesta la Circular de la Fiscalía del T. S. a que nos hemos referido en nota 106, que establece respecto de este punto: "En estos casos de incomparecencia, el Fiscal en defensa del vínculo adoptivo, debe vigilar para que se cumpla con todos los requisitos que la Ley de Enjuiciamiento civil establece para las citaciones judiciales (arts. 269, 271 a 278 y concordantes)...".

(109) Ello puede hacerse por el Centro—Casa de Expósitos, establecimientos de beneficencia, etc.—donde esté acogido el adoptante, o por la Policía judicial a instancia del Juez o del Ministerio Fiscal.

Cortes y respecto del cual somos de la opinión que debe ser tenido muy en cuenta por el Juez cuando concurra (110).

2.º *Apreciación y declaración judicial del “abandono”*.—Se trata de un requisito previo, recogido en el artículo 174-IV, que como resulta de este epígrafe únicamente es necesario en los supuestos de adopción de un “abandonado”.

Es sin duda éste, uno de los aspectos de la adopción que más cambio ha experimentado, en cuanto la Ley de 1958 se refiere a los abandonados en relación con la adopción plena únicamente (artículo 178-II), no fijándose su concepto.

Creemos se trata de una modificación necesaria, que merece una crítica favorable, en cuanto ha ampliado considerablemente el campo de la adopción especialmente desde el punto de vista de los adoptandos.

En cuanto a los requisitos fundamentales para la apreciación y declaración del “abandono”, nos remitimos a lo indicado en su momento.

Supuesto que concurren, la apreciación y subsiguiente declaración de tal condición, corresponde al Juez a quien corresponda conocer del expediente de adopción. En nuestra opinión, y aún cuando la Ley nada dice expresamente en orden a este punto, creemos que como acontece con el artículo 173-IV y V, el Juez tiene amplias facultades para apreciar aquellos extremos que no constituyan requisitos esenciales; tal acontece, con la estimación de ese “...se *interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia.*”, que se contiene en el párrafo cuarto del artículo 174.

b) **Requisitos simultáneos**

1.º *Intervención del Ministerio Fiscal*.—En verdad, no incluimos entre los requisitos simultáneos la intervención del Ministerio Fiscal porque estemos plenamente convencidos de que sea éste su lugar adecuado, sino más bien, por estimar que ni la aprobación judicial ni la escritura pública tienen aquí su adecuado encaje y considerar, que esta intervención es previa a ellas razón por la cual no debe ser considerada como requisito posterior.

Por otra parte, no debe olvidarse, que la intervención del Fiscal representada en estos casos por su informe en orden a la conveniencia de la adopción para el adoptando menor o incapaz en cuanto no en vano tiene a su cargo proteger los derechos de los menores, incapaces, etc. (111), así como velar por la pureza del procedimiento adoptacional (112), es previa a la aprobación judicial.

(110) Somos de la opinión, en relación con este párrafo, que aun cuando la Ley no lo exija debería oírse a los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos, para así formarse una mejor opinión de la conveniencia o inconveniencia de la adopción.

(111) Artículo 2.º del Estatuto del Ministerio Fiscal.

A su vez y en relación con este requisito, hemos de indicar, que en nuestra opinión constituye un requisito simultáneo esencial. En consecuencia, la adopción será radicalmente nula si en el procedimiento no interviene el Ministerio Fiscal (113).

c) Requisitos ulteriores

1.º *Aprobación judicial de la adopción* (114).—Este requisito, que viene recogido en el artículo 173-I, ha experimentado algunas modificaciones más bien de corrección de estilo que sustanciales respecto de la reforma de 1958.

(112) Artículos 1.º y 2.º del referido Estatuto. En relación con esta facultad, hemos de recordar lo que indicábamos al tratar de las citaciones a que se refiere el artículo 172-IV.

Por otra parte, y en orden a su intervención, llamamos la atención sobre la ya citada Circular de la Fiscalía del T. S., que trata el tema desarrollando las diversas facetas que comprende que según la misma son además de las específicamente señaladas en la Ley, las siguientes:

a) Respecto del adoptante, procurar quede de manifiesto su arraigo, solvencia moral y económica, estado, si tiene hijos, etc.

b) En lo relativo al adoptando, procurar la protección y amparo de los menores e incapaces, especialmente si son abandonados.

c) Si el adoptante es extranjero, exigir la prueba de su capacidad para adoptar con arreglo a su legislación.

(113) Nos fundamos para mantener esta tesis de la nulidad radical en la imperatividad con que se exige su intervención en el artículo 173-I, al decir que "La adopción *requiere* la aprobación del Juez competente *con intervención del Ministerio Fiscal*".

Por otra parte, la intervención del Fiscal en este procedimiento ofrece cierta semejanza con el regulado en los artículos 213 y ss. del C. c., y especialmente con el artículo 215, en esencia igual al 177-3.º, en cuanto ambos facultan al Fiscal para interesar la incapacidad o el ejercicio de las acciones impugnatorias.

Pues bien, en el procedimiento sumario de los citados artículos 213 y ss. del C. c., la intervención del M. F. es preceptiva (vid. S. T. S., Sala 1.ª, 10 junio 1915 y S. Aud. Terr. Burgos, Sala de lo civil, de 21 mayo 1964 (en Rv. D. Jud., núm. 23/1965, pág. 16 de la última parte dedicada a las SS. Aud. Territoriales).

Lo mismo acontece con la intervención del Fiscal en el procedimiento sobre medidas provisionales en relación con la mujer casada (vid. S. Aud. Terr. de Madrid, Sala 1.ª de lo civil, de 16 octubre 1969, en Rv. Gral. Der., 1971, pág. 304).

Por último, hemos de hacer una referencia a la doctrina científica, en la que mantiene esta posición de nulidad radical por no intervención del Ministerio Fiscal en la adopción, CASALS COLLECCARRERAS, para la redacción anterior a la reforma de 1958. (ver su cit. ob., págs. 178-179).

Para la reforma de 1958 parece seguir la misma opinión, al menos de modo implícito, CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, en ob. cit., pág. 71, en cuanto al tratar de lo que llama "forma administrativa" de la adopción y aludir al artículo 176 del C. c., aplica la nulidad que el último párrafo de dicho artículo predicaba a la falta de todas las formalidades, incluida, por tanto, la intervención del Fiscal.

(114) Como hemos indicado en el texto, no faltan autores que incluyan la aprobación judicial como requisito previo del negocio de adopción; tal acontece, por ejemplo, con PUIG PEÑA, "Tratado...", cit., T. II, Vol. 2.º, págs. 131-132, y con DE LA VALLINA DÍAZ, en ob. cit., págs. 446 y ss.

Y lo primero que vamos a hacer respecto del mismo, es procurar justificar su inclusión entre los requisitos posteriores en lugar de entre los previos —como hacen algunos comentaristas—, o entre los simultáneos.

Nos hemos fundado principalmente para mantener tal criterio, en el significado del término “aprobación”, que significa tanto como “*dar por buena una cosa*” y consiguientemente, implica, que lo aprobado o dado por bueno existía ya.

Esta interpretación, tiene por otra parte su apoyo en la propia letra del artículo 175-I, que cuando nos dice: “*Aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura...*”, pone de relieve que lo “aprobado” es algo que ya se había realizado, bien que necesite de éste requisito para su efectividad (115).

Por otra parte, el problema fundamental que su estudio plantea, es en nuestro modo de ver el relativo a su carácter y consiguientemente, a sus efectos en orden a la validez y eficacia del negocio que aprueba.

“La adopción *requiere* la aprobación del Juez...”, dice el artículo 173-I, formula ésta de tan evidente imperatividad que no permite dudas; necesaria e ineludiblemente, el negocio adoptivo exige la aprobación judicial, lo que necesaria e ineludiblemente conduce a la consecuencia de ser éste uno de esos requisitos formales a los que la doctrina atribuye *valor constitutivo* o “*ad solemnitatem*” (116).

Estimamos, pues, que *es la aprobación del Juez competente el requisito constitutivo del vínculo adoptional, que surge en consecuencia a la vida del Derecho en general y del de familia en particular a partir de dicho momento*, aún cuando por las razones que más adelante indicaremos, no produce desde él la plenitud de sus efectos.

En cuanto a *la competencia del Juez*, nada dice el articulado del Código civil, no resolviendo tampoco nada la Exposición de motivos de la Ley 7/1970, que se limita a decir en orden a esta materia, que la competencia se confiere a la jurisdicción ordinaria.

Ello, puede plantear un problema de *competencia objetiva* por razón de la materia, en cuanto jueces son tanto los de 1.^a Instancia como los Municipales y Comarcales. Y que la cuestión no es a primera vista al menos tan sencilla como pueda parecer, lo acredita:

a) Que mientras del Preámbulo del Proyecto de Ley de Modificación del Capítulo V del título VII del Libro I del Código civil sobre adopción, contenía concretas referencias al Juez de 1.^a Instancia, la Exposición de motivos de la Ley 7/1970 se limita como

(115) Sobre el tema de la “aprobación”, “audiencia”, etc., es interesante el cit. trabajo de DE LA VALLINA DÍAZ, págs. 448-449, cuya lectura nos permitimos aconsejar, bien que no aceptemos plenamente su tesis.

(116) Ver sobre ello la cit. ob. sobre “El negocio...”, de DE CASTRO, págs. 278 a 280. En este sentido, concretamente, HERNÁNDEZ GIL, “Dictámenes...”, cits., I, pág. 18, y MANRESA, “Comentarios...”, T. II, pág. 63.

hemos dicho al hacer una genérica referencia a la jurisdicción ordinaria (117).

b) Que así como la reforma de 1958, aludía concretamente en su articulado al Juez de Primera Instancia (art. 178-IV), la de 1970 se limita a hablar del Juez, sin otra especificación.

Nos decidimos, no obstante, por la competencia de los Jueces de Primera Instancia, con base:

1.º En el Decreto de 24 de enero de 1947 sobre competencia de la Justicia Municipal, en relación con el Decreto de 21 de noviembre de 1952, que desarrolla la Base Décima de la Ley de 19 de julio de 1944 y la Ley 46/1966, de 23 de julio, sobre modificación de ciertos artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil (118).

2.º En el hecho de ser competentes para conocer, no sólo de los procesos que les estén especialmente atribuidos, sino también, por exclusión, de todos los ordinarios y *especiales* que la Ley no atribuya específicamente a los Municipales y Comarcales (119).

En orden a la *competencia territorial*, nos decidimos en principio por la del Juez del domicilio del adoptando, fundados principalmente en el hecho de que a partir de la reforma de 1958 y muy especial-

(117) Hemos de indicar en relación con este extremo, que mientras, como decimos en el texto, la Exp. de mot. de la Ley no contiene más que una genérica alusión a la jurisdicción ordinaria, en el Preámbulo del Proyecto enviado a las Cortes y publicado en el B. de las mismas de 6-II-1970, se contenía una clara referencia a este extremo cuando con ocasión de aludir a las Casas o Establecimientos benéficos en relación con el expediente de adopción de los abandonados decía: "... remitiendo su declaración, como siempre, al Juez de primera instancia".

(118) La Base Novena de la Ley de 19 de julio de 1944, especifica con criterio enumerativo las asuntos civiles cuyo conocimiento corresponde a los Jueces Municipales y Comarcales, criterio que corrobora el art. 4.º de la citada Ley 46/1966, al establecer:

"Art. 4.º Los Jueces Municipales o Comarcales serán competentes:

4.º De los demás procesos contenciosos o *actos de jurisdicción voluntaria* que en función propia o preventiva *corresponde su conocimiento a los Jueces Municipales con arreglo a la legislación vigente.*"

Nada hay en este número, ni en ningún otro de este artículo o en el C. c., que autorice a atribuir a los Jueces Municipales o Comarcales el conocimiento del procedimiento de adopción.

Pero es que hay más, y es ello que la citada Base Novena, en su letra B), apartado i), nos dice también que estos jueces son competentes para conocer:

"*De los actos de jurisdicción voluntaria* que atribuye la legislación especial al conocimiento de los Jueces Municipales dentro del territorio comarcal."

Pues bien, el procedimiento de adopción pertenece al grupo de los actos de jurisdicción voluntaria, y de éstos, cuando nada se determina en orden a su competencia, corresponde conocer a los Jueces de 1.ª Instancia, según se deduce, entre otros, de los arts. 1.935, 2.063 y 2.110 de la Ley de Enj. civil, y los 49 y 293 del C. c., que se cuidan de atribuir el conocimiento de los actos a que se refieren a los Jueces Municipales.

(119) Esta constituye la regla general, según claramente resulta de las disposiciones indicadas en la consideración anterior. (Vid. sobre ello, GUASP, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, DE LA PLAZA, LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA y SÁEZ JIMÉNEZ, etc.)

mente en la actual, la institución gira en torno a su persona y conveniencia (120).

2.º *El otorgamiento de escritura pública.*—Constituye otro de los requisitos que nos conducen a tipificar la adopción como negocio jurídico formal, debiendo hacerse constar, que frente a la reforma de 1958 que hablaba únicamente de escritura (art. 177), el actual artículo 175-1.º emplea el término “escritura pública”, lo que excluye la intervención de los particulares en su otorgamiento.

Otra reforma muy interesante, y creemos que trascendente, es la supresión de la frase “...expresando en ella las condiciones con que se haya hecho...”, que figuraba en el artículo 177 de la reglamentación derogada y es lógica consecuencia de la equiparación que la Ley/1970 establece entre los hijos adoptivos y los legítimos. No obstante, y respecto de la adopción simple, el artículo 180-II conserva bien que con otra redacción el párrafo III del anterior, estableciendo:

“En la escritura de adopción podrá convenirse la sustitución de los apellidos del adoptando por los del adoptante o adoptantes, o el uso de un apellido de cada procedencia, en cuyo caso se fijará el orden de los mismos.”

(120) No hacemos, sin embargo, cuestión de gabinete tal posición, que, como indicamos en el texto, nos limitamos “... *en principio*...” a mantener.

Por otra parte, tampoco consideramos el tema de la competencia territorial en extremo trascendente, en cuanto creemos que rara vez se planteará en la práctica.

Nos limitaremos, pues, a poner de relieve las razones en que apoyamos nuestra opinión en orden a la cuestión planteada.

Cierto que el art. 63, regla 16 de la Ley de Enj. civil establece la competencia del Juez del domicilio del adoptante.

Cierto, también, que en favor de ella puede alegarse el hecho de ser el lugar de residencia del adoptante donde mejor puede conocerse o investigarse su posición económica, conducta, personalidad, etc., datos todos ellos de gran interés para que el Juez pueda ponderar adecuadamente la conveniencia de la adopción para el adoptando.

Mas, frente a ello, puede también alegarse: a) Que la regla 16 del art. 63 de la Ley de Enj. civ., es anterior al C. c.; b) Que desde la promulgación de éste debió entenderse derogada dicha regla, entre otras consideraciones porque parte de una situación inexistente para el Código: la distinción entre adopción y arrogación; c) Que en la situación actual contrastan aún más la Ley de Enj. civil y el C., desde el momento que en éste lo que hoy se tiene en cuenta fundamentalmente es la conveniencia del adoptando; d) Que, además, y por las consideraciones que indicaremos al estudiar el procedimiento aplicable, el expediente de adopción, si bien constituye un acto de jurisdicción voluntaria, no viene regulado por la Ley de Enj. civil y sí por el Código, razón por la cual, viniendo referida dicha regla 16 al procedimiento contenido en el Tit. II, Libro Tercero, Primera Parte de dicha Ley, actualmente derogado en su totalidad, carece de aplicabilidad; e) Que en nuestro modo de ver, las únicas disposiciones de la Ley de Enj. civil aplicables al procedimiento de adopción son las de carácter general referentes a la designación de abogados y procuradores; forma de las citaciones; forma de las resoluciones que deben dictarse; sistema de recursos, etc., sin olvidar, claro es, las cuestiones de competencia, que en nuestro modo de ver podrían resolverse aplicando, no dicha regla 16, sino la regla 1.ª del art. 63.

Mas el tema principal que este requisito de la escritura plantea es sin duda el relativo a la determinación de su carácter, cuestión que a su vez nos sitúa ante un interesante problema; el de si se trata de un elemento con valor constitutivo, integrativo, probatorio o publicístico.

Procederemos al examen de la cuestión haciendo una breve y esquemática exposición de las posiciones doctrinales, que podemos clasificar en los siguientes grupos o tendencias:

a) La de quienes sostienen que es el requisito "*constitutivo*" por excelencia del negocio adoptcional (121).

(121) Así, para el régimen anterior a la reforma de 1958, podemos citar a PIÑAR LÓPEZ, "La adopción y sus problemas jurídicos", conferencia pronunciada en la Ac. Mat. Not. el 31 enero 1954 (en A. A. M. N. 1954, págs. 158 y ss.); PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN TOBEÑAS, en Comentarios a la ob. de Enneccerus, T. IV, Vol. II, § 191, pág. 166, en cuanto con ocasión a referirse a la aprobación judicial, después de afirmar que el Juez necesita para poder autorizar la adopción que conste el consentimiento del adoptando, agrega: "... *mas non por ello dispensa de la observancia de una forma contractual solemne ... pues el artículo 179 dice que "aprobada la adopción ... se otorgará escritura, expresando en ella las condiciones con que se haya hecho..."*".

A su vez, PUIG PEÑA, sin llegar a calificar de constitutivo este requisito, se inclina a otorgarle carácter preferente al decir: "Por eso, entendemos que siendo todo el proceso trascendente, es, sin embargo, la *formalización de la escritura la base de mayor enjundia en la adopción*". ("Las situaciones finales en la adopción", cit., pág. 1047, nota 5).

Para la reforma de 1958 mantienen este criterio: BONET RAMÓN, "Compendio...", cit., T. IV, pág. 676, que le otorga valor "*ad sustanciam*"; HERNÁNDEZ GIL (A), en sus cit. "Dictámenes", I, pág. 17 y especialmente en la 23, donde afirma concreta y específicamente el carácter constitutivo de la escritura; MADRUGA MÉNDEZ, ob. cit., pág. 759, para quien con sólo la aprobación judicial no puede decirse se haya perfeccionado la adopción, siendo la escritura el "*acto constitutivo*" de la misma; DE LA VALLINA DÍAZ, en ob. cit., págs. 453-454. También, PERÉ RALUX, en "Derecho del Registro civil", Madrid 1962, T. I, página 480, bien que la califique de "... *formalidad absolutamente innecesaria...*". A su vez, CASTRO LUCINI, en "Algunas consideraciones...", cit., página 272, dice que la adopción se constituye mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

Para la reglamentación vigente, podemos citar entre los que mantienen este criterio a CHICO ORTIZ, ob. cit., pág. 1437. Incluso, acaso podría apoyarse esta posición actualmente, en la Exp. de mot. de la vigente Ley, cuando nos dice que: "No se han introducido modificaciones sustanciales en la consideración de la adopción como un acto, a la vez, consensual y *formal, que requiere indispensablemente el concurso de ... y el otorgamiento de escritura pública, todo ello con igual valor constitutivo*".

Por otra parte, hemos de indicar que hay una serie de juristas además de los aquí citados, que aluden al tema y son incluidos por algún comentarista de la cuestión entre los que sustentan esta posición; tal acontece con LACRUZ VERDEJO y SANCHO REBULLIDA, en ob. cit., pág. 429; con SANCHO REBULLIDA, en "Notas sobre perfección y forma en la adopción", R. C. D. I., 1965, páginas 109 a 113; con de CASTRO, en "Compendio...", Madrid, 1969, pág. 219, y "Derecho civil...", T. II, pág. 78 (estas obras y citas de de CASTRO están tomadas del autor que estima sigue esta posición).

No creemos que a ninguno de ellos se le pueda incluir en este grupo. Así, ni SANCHO REBULLIDA ni LACRUZ VERDEJO hacen otra cosa que poner de relieve la posición de la doctrina española en orden al tema e indicar cuál es la más generalizada, mas sin llegar a tomar posición sobre él, a menos que

b) La de los que estiman que la adopción se “constituye” por virtud de la aprobación del Juez y no por la “escritura” (122), posición ésta dentro de la que caben a su vez los siguientes matices:

a) La aprobación judicial es el “requisito constitutivo”, viniendo a ser “la escritura” un requisito necesario para que la adopción surta efectos civiles (123).

b) La “escritura pública” es un acto meramente formal, con efectos meramente publicitarios (124).

c) Los que consideran que la “escritura” constituye “...una duplicidad formalista...”, cuyo mantenimiento en la reforma de 1958 es sólo fuente de dudas en orden al perfeccionamiento de la adopción (125).

Nuestra posición en orden al tema.—Estimamos, a la vista del vigente Derecho positivo, que en el negocio jurídico de adopción sólo dos requisitos merecen el calificativo de esenciales constitutivos o “ad sustanciam”:

pueda estimarse como tal el decir: “La opinión más extendida—últimamente Piñar y Madrugá Méndez—entiende que se perfecciona con el otorgamiento de la escritura, erigida en forma *ab sustanciam*...”, lo que no creemos (vid. ob. cit., pág. 429).

A su vez, el profesor de CASTRO no alude para nada a la cuestión ni en su “Compendio...” ni en el “Derecho...”; y si bien es cierto que en “El negocio jurídico” cit., págs. 279-280, con ocasión de estudiar los negocios formales incluye entre ellos la adopción, no lo es menos que no alude para nada a la escritura como forma “*ad sustanciam*” y que en el mismo apartado, después de decirnos que la forma es requisito necesario para la existencia del negocio formal en general, agrega que: “No tiene la forma valor constitutivo”, sino que “... tiene simple valor integrativo”.

(122) Esta posición sustentada primordialmente por CAMY SÁNCHEZ-Cañete, en “La adopción...”, cit., págs. 42 y ss.

(123) Así, MANRESA, en sus “Comentarios...”, T. II, Madrid, 1890, página 63, para la primitiva redacción del Código civil, donde nos dice: “El acto se considera celebrado legalmente, cuando media la aprobación judicial, pero no basta para que surta efectos civiles, ni menos para que pueda alegarse contra terceros. Será preciso todavía su elevación a escritura pública, y la inscripción de ésta en el Registro civil”.

(124) En este sentido parece manifestarse RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, en “La adopción y sus problemas...”, cit., págs. 95 y ss. La posición de este jurista no está, sin embargo muy clara, en cuanto distingue entre *actos esenciales de fondo* y *actos esenciales de forma*, como la escritura pública y la inscripción de la misma en el Registro del estado civil, estimando que mientras los primeros dan lugar a la perfección del contrato, los segundos producen su consumación.

(125) Cabe incluir aquí a ESPÍN CÁNOVAS, en “Manual...”, T. IV, Madrid, 1963, pág. 340, donde nos dice: “La escritura, una vez prestado el consentimiento ante el Juez, necesariamente, parece una duplicidad formalista que la reforma de 1958 ha conservado como estaba, dando lugar a la duda de si el acto de adopción se perfeccionará por el consentimiento prestado ante el Juez, con la aprobación posterior de éste, o si la perfección del acto no tiene lugar hasta el otorgamiento de la escritura, por ser ésta un requisito sustancial”.

El autor se limita a apuntar el tema sin adoptar posición respecto del mismo.

1.º El “consentimiento” del adoptante o adoptantes y del adoptando, requisito éste de carácter sustantivo, sin el cual la adopción por su naturaleza negocial no podría existir.

2.º La “aprobación judicial”, requisito “*ad substantiam*” de carácter formal que culmina y consuma el ciclo constitutivo de dicho negocio jurídico-formal.

No podemos por menos que hacer una referencia a la generalizadísima posición que otorga únicamente a la escritura pública el carácter de elemento constitutivo.

En nuestro modo de ver y a la vista de la reglamentación actual, tal posición carece de justificación, viniendo a constituir una muestra de inmovilismo jurídico a la vez que de anacrónico mantenimiento de la idea que acaso inspiró al legislador de 1889 cuando redactó el articulado de la adopción y posiblemente también al de 1958, pero no al actual.

En efecto, no negamos que el examen de nuestro Derecho histórico muestra una cierta tendencia hacia el formalismo escriturario, si bien sólo a partir del Proyecto de 1851.

Así, prescindiendo del Derecho romano y limitándonos al Real de España, nos encontramos con que, hasta Las Partidas, ningún requisito formal se incorpora a la adopción.

A su vez, en ese monumento jurídico que son Las Partidas, se distingue entre la “*arrogatio*”, que se operaba ante el Rey, quien *debe dar su carta* al adoptado (126); y la “*adopción*”, ante el Juez, que requería ser el adoptante mayor que el adoptado, libre y varón (127), si bien para adoptar —porfijar decían Las Partidas— mozos menores de siete años, se exigía un requisito formal: *que el Rey otorgase carta hecha por mano de escribano público*, haciendo constar que si el mozo muriese antes de los 14 años deberían entregarse sus bienes a quienes tuvieren derecho a ellos (128).

Vemos, pues, que el requisito de la escritura solamente se exige en concretos supuestos y siempre para hacer constar en dicho documento alguna circunstancia o requisito especial (129).

A su vez, el Proyecto de 1851 exige efectivamente la “escritura pública” en su artículo 139, mas ha de tenerse en cuenta:

a) Que la adopción, en dicho Proyecto, no se aprobaba por el Juez que ninguna intervención tenía en dicho negocio, sino que se verificaba mediante la presentación del adoptante, adoptado y demás personas que debieran prestar el consentimiento, ante el Alcalde.

(126) Partida IV, tít. VII, Ley VII.

(127) Partida IV, tít. XVI, Ley II.

(128) Misma Partida y tít. de nota anterior, Ley IV.

(129) Concretamente, en el caso contemplado por la Partida IV, tít. XVI, Ley IV, la razón de ser del otorgamiento de esa escritura la estimamos “para-adoptiva”, en cuanto iba dirigida a asegurar los derechos sucesorios de la familia por naturaleza, si la tuviere, del adoptando.

En consecuencia, no creemos mereciere dicho requisito el carácter de constitutivo.

b) Que dicho consentimiento sólo podía hacerse constar en la referida escritura pública.

c) Que, según el artículo 140 de dicho Proyecto, si el adoptado quisiera usar con su apellido el del adoptante, debería ello hacerse constar en la escritura pública.

Vemos, por tanto, que la escritura en el referido Proyecto tenía un valor más bien constitutivo que integrativo, entre otras consideraciones, por la ausencia de quien como el Juez está hoy facultado para aprobarla, y la necesidad de conferir al acto un formalismo y solemnidad que la mera presencia del Alcalde no podía dar (130).

Y llegamos al Código civil y la reforma de 1958. Tanto en su primera edición de 1889 como en la reformada, la escritura debía contener o expresar:

a) En general, “...*las condiciones con que se haya hecho...*”.

b) Tratándose de la adopción menos plena (131), los derechos sucesorios que se pactaren, únicos que tendrá el adoptado.

Pese a tal redacción de sus preceptos legales, nos inclinamos a considerar que la escritura pública no tenía ni en la primitiva redacción del Código ni en su reforma de 1958 el carácter de requisito constitutivo, mereciendo, sin embargo, la condición de requisito esencial dotado de un *valor integrativo* o “*ad solemnitatem*”, cuya ausencia producía la nulidad o ineficacia del negocio; y ello, porque si bien bastaban el consentimiento y la aprobación del Juez para que la adopción quedare definitivamente constituida, se necesitaba el requisito de la escritura para lograr su eficacia, en cuanto era en ella donde debían consignarse las condiciones de la misma.

Mas en la actualidad, la escritura pública carece de contenido verdadero, en cuanto los derechos de los adoptados y adoptantes vienen específicamente determinados en la propia ley, tanto por lo que se refiere al derecho de familia como al sucesoral, no siendo ya necesario el pacto sucesorio contractual que la Ley de 1958 establecía. Y buena prueba de ello es que frente a la frase “...*se otorgará la escritura expresando en ella las condiciones con que se haya hecho...*”, que se contenía en los artículos 179 y 177 de las anteriores redacciones, el actual artículo 175 se limita a decir: “...*se otorgará escritura pública...*”; sin olvidar tampoco lo dispuesto en el artículo 176-I, a tenor del cual: “*En todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo*”, declaración ésta que no se contenía en la reforma de 1958 ni en la redacción del original del Código civil, y permite con mayor motivo prescindir de la escritura.

(130) Todo ello sin perjuicio, claro es, de ofrecer una garantía a los intervinientes en el negocio de adopción para sus respectivos derechos, dado que el acto que contempla el artículo 139 del citado Proyecto tiene un carácter más bien administrativo que jurisdiccional.

(131) Esto, únicamente para la reforma de 1958 (art. 180-IV, C. c.).

Y si bien tratándose de la adopción simple, "...podrá convenirse la sustitución de los apellidos del adoptando..." (art. 180-II, inciso primero, C. c.), no debe olvidarse que ello es simplemente potestativo, en cuanto "A falta de pacto expreso, el adoptando conservará sus propios apellidos" (mismo artículo y párrafo, inciso segundo), lo que pone una vez más de relieve el carácter no esencial ni básico de la escritura.

Estimamos, pues, que la conservación de este requisito no tiene hoy otra razón de ser, que un mal entendido respecto a una parte de nuestro Derecho histórico y sobre todo, de la redacción originaria del Código civil, respetada con cierto fundamento por la reforma de 1958, pero sin ninguna motivación sólida en la actual (131 bis).

Carece pues la escritura de valor constitutivo, carácter éste que en nuestra opinión y por las razones indicadas no tuvo nunca en nuestro Código civil. Y carece también hoy, en nuestro modo de ver, de valor integrativo por las consideraciones dichas.

¿Qué carácter pues otorgamos a dicho requisito en el negocio jurídico adoptivo? El de elemento o requisito de publicidad a la vez que probatorio del estado civil, en cuanto al amparo de lo dispuesto en el artículo 175-I, es la escritura y no la resolución del Juez aprobando la adopción y en consecuencia constitutiva de la misma, la que debe inscribirse (132).

Sin embargo, tal como en la reglamentación actual se encuentra regulada la adopción, no podemos por menos que dirigir un reproche a la subsistencia de dicho requisito, incluso bajo su carácter meramente publicitario y "ad probationem", en cuanto ello podía haberse logrado igualmente, imponiendo la inscripción de la resolución judicial aprobando la adopción en el Registro del Estado civil (133).

Propugnamos por tanto para una ulterior reforma de la adopción, la eliminación del requisito de la escritura y su sustitución:

a) Por la necesidad de inscribir la resolución judicial aprobatoria de la adopción.

b) Por la necesidad de que en dicha resolución, se contengan con la debida precisión todos los datos y alcance de la adopción, incluido en los supuestos de la simple el cambio de apellidos indicado en el artículo 180-II, inciso primero.

En orden al contenido de la escritura pública.—De la contemplación de los artículos 175-I y 180-II, extraemos la consecuencia, de que salvo en el supuesto recogido en el último de dichos preceptos

(131 bis) Reiteramos aquí lo dicho por ESPÍN CÁNOVAS, en orden especialmente a ser fuente de dudas (ver nota 125).

(132) Artículo 23-I de la Ley del Registro del estado civil de 1957 y artículo 81 de su Reglamento.

(133) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 82 del Reglamento del estado civil de 1958, que incluye entre los documentos inscribibles las sentencias y resoluciones firmes.

esta escritura se limitará a transcribir la resolución judicial aprobatoria de la adopción, lo que acredita una vez más su superfluidad.

3. *La inscripción de la escritura pública de adopción en el Registro del estado civil de las personas.*—Constiuye éste el tercero de los requisitos posteriores al acto de adopción, siendo el lógico complemento del otorgamiento de la escritura. Y decimos esto, porque en nuestra opinión, en ambos requisitos se compendia hoy el “valor publicitario” y el “probatorio” de negocio jurídico adoptcional.

La escritura, en cuanto es el único instrumento apto según el artículo 175-I para operar la inscripción; *ésta*, por constituir medio idóneo para lograr el acceso de la adopción al Registro del estado civil, que a su vez, constituye el medio de prueba más idóneo de los hechos en él inscritos (134).

En orden a su eficacia, nos inclinamos a considerar que es la puramente *publicitaria* y *probatoria* (135).

Con la inscripción, por tanto, se cierra el “*iter*” negocial de la adopción, que puede condensarse así:

a) *Requisitos con valor constitutivo* (“*ad substantiam*”):

1.º Consentimiento del adoptante o adoptantes y adoptando mayor de 14 años.

2.º Aprobación judicial de la adopción.

b) *Requisitos con valor integrativo* —“*ad solemnitatem*”.—Edad de 30 años en el adoptante o adoptantes (salvo en los supuestos del artículo 172-III, inciso segundo y 172-IV); diferencia de 16 años entre adoptante y adoptando, salvo si se trata de hijos naturales reconocidos (art. 172-IV); intervención del Ministerio Fiscal.

c) *Requisitos con valor publicitario* y “*ad probationem*”.—La escritura pública y la inscripción de la misma en el Registro del estado civil de las personas.

(134) Artículos 325 y 327 del Código civil y 1 y 2 de la Ley de 8 junio 1957.

(135) Algún autor patrio, como SCAEVOLA, para la redacción originaria del artículo 179, se inclinó a considerar que la falta de inscripción de la escritura daba lugar a que ésta no produjera efectos civiles de ninguna clase (“Código civil...”, T. II, pág. 469), tesis que, en cierto modo al menos, parece compartir MANRESA (ob. y T. cits., pág. 63), al considerar que para que la adopción produzca efectos civiles es precisa la inscripción de la escritura.

Frente a esta tesis, SÁNCHEZ ROMÁN (ob. T. y Vol. cits., págs 1089-1090), estima que los efectos civiles de la adopción son independientes de su inscripción en dicho Registro.

Por su parte, BONET RAMÓN, en ob. y t. cits., pág. 676, considera que la falta de inscripción no produce la nulidad de la adopción, lo que implica no la considera como elemento constitutivo ni esencial.

II. LA ADOPCION DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCEDIMENTAL

Procederemos a hacer una serie de distinciones en orden al aspecto procesal de la adopción, en cuanto a la vista de su actual reglamentación creemos podrían distinguirse los siguientes temas de estudio:

a) Procedimiento para adoptar; b) Procedimiento para declarar la situación de "abandono"; c) Otras manifestaciones procesales.

a) *En orden al procedimiento para realizar la adopción.*—Como indicábamos al comienzo de este Capítulo, viene regulado el aspecto procesal de la adopción en los artículos 173, 174 y 175 del Código civil, que transcribimos en parte, preceptos éstos en los que se entremezclan al igual que en otros de dicho Cuerpo legal conceptos de derecho sustantivo con otros de claro matiz procesal.

La casi totalidad de nuestra doctrina científica, tanto anterior a la reforma de 1958 como posterior a ésta y a la de 1970, se manifiestan en el sentido de considerar que es de aplicación al aspecto procesal de la adopción la Ley de Enjuiciamiento civil (136), discrepando únicamente en orden a ciertos aspectos o matices, cual son, el no estimar de aplicación la totalidad del Título II del Libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento civil y sí solamente alguno o algunos de sus preceptos además del Código civil (137), llegándose incluso a afirmar, que dicha *Ley Rituaria es "...una regulación supletoria..."* siendo sus preceptos aplicables únicamente en cuanto no se opongan al Código civil (138).

Así delimitados los términos de la cuestión, el problema que nos planteamos es el de si será o no la jurisdicción voluntaria, la forma procesal adecuada para llevar a cabo el negocio de adopción.

(136) Así se pronuncian, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, ob., T. y Vol. cits.; MANRESA, ob. y T. cits.; MUCIUS SCAEVOLA, ob. y T. cits.; VALVERDE, "Tratado...", T. IV, pág. 476; todos ellos para la reglamentación primitiva del C. c.

Para después de la reforma de 1958, entre otros, CASALS COLLDECARRERAS, VOZ "Adopción", cit.; LACRUZ VERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ob. cit. A su vez, PUIG BRUTAU, en ob., T. y Vol. cits., si bien no se manifiesta específicamente en este sentido, no rechaza la posibilidad de aplicar la Ley de Enjuiciamiento civil; BONET RAMÓN, ob. cit., etc.

Después de la reforma de 1970 se inclinan a considerar de aplicación la Ley de Enj. civil en orden al procedimiento a seguir, CHICO ORTIZ, ob. cit., páginas 1431 y ss., y especialmente en pág. 1431, y la Fiscalía del T. S., en su cit. Circular 1/1971.

(137) Así, por ejemplo, PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN TOBEÑAS, en sus Comentarios a la cit. ob. de Ennecerus, T. IV, Vol. II, § 91, pág. 167, aluden a los artículos 1.825, 1.826 y 1.829 a 1.831, estimando que con ellos *se complementa el artículo 178 del C. c.* A su vez, HERNÁNDEZ GIL (A), en sus "Dicámenes", cits., I, pág. 20, limita la vigencia de dicha Ley a su artículo 1.826, reconociendo que algunos preceptos de la misma *"... fueron modificados por el Código civil"*, no así el citado, que en su opinión, *"... se halla en plena armonía con lo dispuesto en el Código"*.

(138) Tal acontece con CASTRO LUCINI, en "Algunas consideraciones...", cit., pág. 282, para quien el artículo 1.832 de la Ley de Enj. civ. está derogado.

Contemplando el articulado de la Ley de Enjuiciamiento y el Código civil, llegamos a una conclusión negativa. En nuestro modo de ver el procedimiento adecuado para llevar a cabo la adopción no es otro que el clara y específicamente establecido en el Capítulo V, título VII del Libro primero del Código civil, y muy especialmente en su artículo 173 en relación con los 174 y 175. Procederemos pues, a exponer las razones en que apoyamos esta opinión.

I) *El específico examen de los artículos 1.825 a 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento civil.*—En efecto; el artículo 1.825, carece de aplicación en lo que a su párrafo primero se refiere, por estar su contenido resuelto en el Código civil, artículos 46, 47 y especialmente en la Disposición transitoria 11, en la que se dice:

“Los expedientes de adopción ... seguirán su curso con arreglo a la legislación anterior, a menos que los padres solicitantes de la gracia desistan de seguir este procedimiento y prefieran el establecido por el Código civil.”

Vemos, pues, cómo en dicha Disposición, se otorga una facultad de opción, no entre la legislación anterior y la Ley de Enjuiciamiento civil, sino entre la legislación precedente (dentro de la cual figuraba dicha Ley rituaría) “...y el procedimiento... establecido por el Código”.

En cuanto a su párrafo segundo, referido al aspecto probatorio del nacimiento, edad del adoptante y adoptado, etc., viene específicamente reglamentado en el artículo 172-III del Código civil, que al requerir una edad de 30 años en el adoptante y una diferencia de 15 con el adoptando, es evidente exige la prueba de estos extremos, prueba ésta que viene también regulada en el propio Código civil, artículos 325 y ss. en relación con la Ley y Reglamento del Registro del estado civil de las personas y 1.214 y ss. del Código civil.

El artículo 1.826, que en opinión de algún jurista patrio sigue vigente, lo estimamos también carente de aplicación, en cuanto su contenido viene actualmente recogido en el artículo 173-II, C) y III del Código civil.

Artículo 1.827.—También sustituido por el citado artículo 173-III del citado Cuerpo legal.

Artículo 1.828.—Este precepto, forma igualmente parte del actual artículo 173 del Código civil, salvo en lo referente a los testigos. Mas es ésta una prueba no necesaria según los artículos 172 a 175, y que en todo caso, el Juez, al amparo de esa libertad que le concede la Ley para estimar las circunstancias de cada supuesto, puede interesarla “*per se*” o a instancia del Ministerio Fiscal.

Artículo 1.829.—Su contenido, forma parte integrante del actual artículo 173-I del Código civil.

Artículo 1.830.—Este precepto, en nuestra opinión, ha sido superado por el actual artículo 173-I y IV del Código civil, que no sólo autoriza al Juez para realizar con gran amplitud una valoración

de las circunstancias acreditadas —o probadas— en cada caso, sino que además, al no imponerle límite de fechas le permite dictar su resolución en plazo inferior a los cinco días que señala este artículo.

Artículo 1.831.—Sustituido por el 175-I del Código civil.

Artículo 1.832.—Sin aplicación desde la promulgación del Código civil.

II) *En la circunstancia, de ser muchas las normas procesales e incluso procedimientos no comprendidos en la Ley de Enjuiciamiento civil y sí en cuerpos de derecho sustantivo.*—No queremos con esto defender esta multiplicidad de procedimientos rituariamente extravagantes; al contrario, lo criticamos. Mas ello no la elimina; y así, además de la mera cita de los procesos regulados en la L. A. U., L. A. R., Ley Hipotecaria, etc., hemos de hacer específica mención de uno en extremo interesante a los efectos aquí contemplados; nos referimos, al regulado en los artículos 213 y siguientes del Código civil para declarar la incapacidad de los locos y sordomudos.

En efecto, pese a su clara reglamentación, es lo cierto que durante mucho tiempo, concretamente hasta 1949, la doctrina tanto científica como jurisprudencial vino dudando entre dos tipos de procedimientos; el de la jurisdicción voluntaria y el interdictal. Mas en la actualidad, y principalmente a partir de la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1949 tanto una como otra se inclinaron a considerar que ese procedimiento sumario que se mencionaba en el artículo 218 del Código civil, no era otro que el regulado en dicho cuerpo legal en sus artículos 213 a 219.

Pues bien, ¿qué diferencias procesales existen entre esos preceptos y los artículos 172 a 175, y especialmente los 173, 174 y 175 del Código civil?; ¿por qué no va a haber suficiente con ellos, si reúnen las condiciones necesarias para acreditar todos los extremos que los preceptos sustantivos exigen para que la adopción se lleve a cabo? Y sobre todo, ¿por qué acudir a unas normas derogadas y en desuso, como son las de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando el propio Código civil en la Disposición transitoria 11, ya citada, establece que en lo sucesivo se ajustará la adopción al *procedimiento* en dicho Código establecido?

A) *Naturaleza del procedimiento regulado en el Código civil.* Supuesto, como hemos indicado, que las normas procesales a aplicar en la adopción son las del Código civil, queda por solventar el tema de la naturaleza del procedimiento en dicho cuerpo legal establecido, cuestión ésta que en nuestro modo de ver tiene una única solución; se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, opinión que apoyamos en las siguientes consideraciones:

1.^a La propia denominación legal. Téngase en cuenta, que aún cuando la actual reforma ha eliminado la frase "*La adopción se autorizará previo expediente...*", en la que se apoyó sin duda la doctrina para justificar la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento

civil, es lo cierto que no prescindió en absoluto del término “*expediente*”, conservado en el último párrafo del artículo 174.

Dicha denominación, es propia de la jurisdicción voluntaria, nunca de la contenciosa (139).

2.^a Ser varios los actos de jurisdicción voluntaria rituariamen- te extravagantes; tal acontece, por ejemplo, con los expedientes de dominio regulados en la Ley Hipotecaria; con el expediente para la celebración del matrimonio civil o para la adveración del testa- mento ológrafo, regulados en el Código civil (140); con los actos de documentación del Registro del estado civil (141).

3.^a Reunir los caracteres del procedimiento de jurisdicción vo- luntaria regulado en la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto:

a) Pesc a la intervención en los expedientes de adopción del Ministerio Fiscal y Juez de 1.^a Instancia, es lo cierto que tienen como los de la Ley Rituaria un claro matiz administrativo.

b) En ellos no hay nunca contención, pues si se opone, o mejor dicho no consiente el adoptando, no puede haber adopción y a su vez, la negación del consentimiento por los padres, tutores, etc., no la impide.

c) La resolución del Juez aprobando la adopción, debe revestir la forma de auto.

No obstante y para concluir este apartado hemos de indicar, que el procedimiento o más bien expediente de adopción, si bien perte- nece al campo de la jurisdicción voluntaria, tiene en nuestro modo de ver una más fuerte matización administrativa que los actos de la misma naturaleza regulados en la Ley de Enjuiciamiento civil.

B) *El “consentimiento” en el procedimiento de adopción.*—Exa- minado en otro lugar el aspecto sustantivo del “consentimiento” en sus diversas manifestaciones, vamos a contemplar aquí el problema de su forma de emisión en el ámbito del expediente de adopción.

Grandes diferencias separan en nuestro modo de ver la legisla- ción derogada y la actual, en lo que al tema de la emisión formal del “consentimiento” se refiere, en cuanto mientras en la reforma de 1958 se estableció que en el expediente de adopción “...*necesaria- mente se manifestará a la presencia judicial el consentimiento del adoptado mayor de edad...*” (art. 176-I), la actualmente vigente, se limita a indicar quiénes deben prestar “consentimiento” (art. 173-I y II, C. c.) y quiénes deben ser oídos (art. 173-IV), mas sin precisar en modo alguno ante quién o quiénes deba prestarse o por quién deben ser oídos.

A la vista de la actual redacción de los artículos 173 a 175 del Código civil, somos de la opinión, que el “consentimiento” puede

(139) Así aparece en los artículos 1.817, 1.819, 1.823, etc., de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(140) Artículos 86 y ss. y 689 y ss.

(141) Regulados en la Ley de 8 junio 1957 del Registro del Estado civil de las personas y en su Reglamento de 14 noviembre 1958.

perfectamente ser emitido tanto a la presencia del Juez competente para conocer del expediente de adopción, como de notario hábil, supuesto este último en el cual, la escritura pública en la que conste dicho "consentimiento" o su negativa, deberá incorporarse al expediente para que a su vista el Juez pueda decidir "*lo más conveniente para el adoptando*". Lo mismo decimos del "ser oídos".

Por otra parte, esta posición no contradice el espíritu ni la letra del párrafo IV del artículo 173, en cuanto somos de la opinión que lo relativo a la no citación o no concurrencia del citado viene limitado a los supuestos en que por no presentarse la escritura notarial en el oportuno expediente de adopción, el Juez venga obligado a cumplir lo indicado en dicho párrafo, dado que si dicha escritura se presentare —y es evidente que nada en el articulado regulador de la adopción lo prohíbe—, es obvio que el Juez no tendrá que resolver sobre la posibilidad de citar, ni sobre la de no concurrencia del citado (142).

Por último, hemos de indicar en favor de la tesis que propugnamos, que el "consentimiento" obrante en escritura pública vendrá sujeto a lo prevenido para estos documentos en los artículos 1.218 y siguientes del Código civil.

b) *El procedimiento para declarar la situación de "abandono"*. No se trata, en realidad, de un procedimiento especial ni por tanto distinto del que acabamos de contemplar. Constituye, simplemente, un específico matiz del procedimiento adoptacional, en cuanto sobre la base de acomodarse a las normas procedimentales señaladas en el epígrafe anterior, requiere un especial pronunciamiento; el de que la situación de "abandono", sea apreciada y declarada por el Juez competente para conocer del expediente de adopción previamente a la aprobación de esta última, lo que a su vez requiere la concurrencia de los específicos requisitos sustantivos que hemos contemplado en otro lugar.

En cuanto a la forma de esta declaración, somos de la opinión que deberá adoptarse la de auto, lo mismo que la que aprueba la adopción.

c) *Otras cuestiones procedimentales de la adopción.*

1.º *En orden a la forma de las citaciones del artículo 173-IV del Código civil.*—Aunque ya hemos tratado de estas citaciones al contemplar el expediente de adopción, lo hacíamos bajo otro punto de vista, ya que la cuestión a contemplar aquí es la relativa a la forma en que deberán ser hechas.

Nada dice ni nada tenía que decir el Código civil sobre ello, en cuanto ya bastante hace con contener las reglas de derecho formal a que deben acomodarse los expedientes.

(142) Parece seguir este criterio, la cit. Circular núm. 1/1970 de la Fiscalía del T. S., cuando dice: "Especialmente cuando los padres no comparecieren y se aporte documento fehaciente en el que conste el consentimiento de los mismos".

En consecuencia, estimamos, que las citaciones a las personas a quienes se refiere al artículo 173-IV, deberán acomodarse a lo prevenido en los artículos 270 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Por otra parte y con objeto de evitar la posibilidad de impugnar la adopción por las causas prevenidas en el artículo 177, número 2.º, nos inclinamos a considerar que tanto el Ministerio Fiscal en su papel de custodio de la legalidad, como el propio Juez, deberán velar porque las citaciones se hagan en forma y conteniendo los requisitos del artículo 272-I de la Ley de Enjuiciamiento civil (143).

2.º *En orden a competencia para instruir el expediente de adopción.*—Hemos examinado en otro lugar el tema de la competencia tanto objetiva como territorial para conocer de los expedientes de adopción, decidiéndonos por la del Juez de 1.ª Instancia del domicilio del adoptando.

Se trata ahora, de contemplar un aspecto de la cuestión no tocado por la reforma de 1970, frente a la posición sustentada por la de 1958. Nos referimos, al hecho de haberse prescindido del párrafo segundo del artículo 176 tal y como quedó redactado después de dicha reforma de 1958 en el que se facultaba a la Administración de las Casas de Expósitos y otros Establecimientos de beneficencia, para tramitar los expedientes de adopción de los acogidos en las mismas, máxime cuando dicho párrafo iba en el artículo 174-VI del proyecto presentado por el Gobierno, e incluso se trataba de ello en la Exposición de motivos del mismo.

A la vista, pues, de la actual redacción del artículo 174; de la del 173-III cuando habla de que “*Deberán simplemente ser oídos... la persona que estuviere ejerciendo la guarda del adoptado*”; y de las discusiones habidas en la Comisión de las Cortes encargada del estudio de dicho Proyecto sobre estos extremos (144), nos inclinamos a considerar:

a) Que en la actualidad, sólo la Jurisdicción ordinaria y concretamente el Juez de Primera Instancia, es competente para la instrucción de estos expedientes;

b) Que la función de las administraciones de las Casas de Expósitos y Establecimientos de Beneficencia, parecen quedar reducidas a “...*ser oídas...*” en dichos expedientes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 173-II, D) del Código civil.

c) Que éste parece ser el espíritu de la Ley 7/1970 en lo que a esto se refiere, en cuanto incluso ha prescindido en su Exposición

(143) Sobre esta necesidad de velar por el cumplimiento del requisito de las citaciones previstas en el artículo 173-III, inciso primero, se pronuncia la Circular de la Fiscalía del T. S. núm. 1/1971.

(144) Merece citarse especialmente en orden a este extremo, la intervención del Procurador señor PIÑAR LÓPEZ (ver B. C. cit., 11 junio 1970, pág. 8).

de motivos de toda referencia a la intervención de dichos establecimientos (145).

Mas como estimamos no muy acertada esta posición de la vigente reglamentación, por considerar beneficioso para los menores abandonados acogidos en dichos establecimientos que su adopción sea promovida e incluso en parte preparada por la Administración de los mismos, y fundados en el carácter esencialmente administrativo de estos expedientes de jurisdicción voluntaria, no creemos sea radicalmente rechazable la idea apuntada por la Fiscalía del Tribunal Supremo en su Circular de 2 de mayo de 1971, de permitir a la Administración de esas Instituciones realizar lo que pudiéramos llamar primeras diligencias, recogiendo los datos e información conducente a formar la opinión del Juez, todo lo cual podría a la vez que incorporarse al expediente servir para su iniciación o apertura, completándose caso de existir defectos con las diligencias que el Ministerio Fiscal o el Juez estimaren necesarias tanto desde el punto de vista estrictamente procesal como para que éste último pueda formar su juicio.

VI. LA ADOPCION Y EL DERECHO SUCESORIO (146)

Es ésta, como casi todos los temas de la adopción, materia muy discutida y discutible. Mas como de la crítica de esta cuestión nos hemos ocupado en otro lugar, sin perjuicio de formular ciertos juicios sobre ello, procederemos fundamentalmente al examen de los concretos problemas que los artículos 179 y 180 del Código civil plantean en orden a la sucesión en la adopción.

A) *Principios fundamentales de la sucesión adoptiva.*—Sobre la base de distinguir entre la adopción plena y la simple, podemos establecer a los efectos sucesorios dos grandes grupos de principios; el integrado por las que pudiéramos llamar declaraciones generales, y el de las especiales.

Declaraciones generales.

Para la adopción plena:

1.º Equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos (artículo 179-I).

2.º Equiparación de los padres adoptantes a los legítimos (artículo 179-II).

(145) Por el contrario, en la Exp. de m. del Proyecto indicado figuraba.

(146) Sobre el tema, merecen destacarse los siguientes trabajos: GARCÍA CANTERO, "Aspectos sucesorios de la nueva Ley de la Adopción", en Estudios sobre la adopción, Madrid, 1970, págs. 87 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, "Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970", en A. D. C., Fasc. III, 1970, págs. 601 y ss.

3.º Eliminación de los padres por naturaleza en la sucesión por ministerio de la Ley (art. 179-III).

Para la adopción simple:

1.º Equiparación de los hijos adoptivos a los naturales reconocidos (art. 180-III).

2.º Equiparación de los adoptantes a los padres naturales (artículo 180-III).

Declaraciones especiales.—Vienen referidas únicamente a la adopción plena y son las siguientes:

1.º En concurrencia con hijos legítimos únicamente y en la sucesión testamentaria, no pueden recibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido (art. 179-1.^a).

2.º Si concurriese con hijos naturales reconocidos no pueden recibir más porción que ellos (art. 179-2.^a).

B) *Examen del artículo 179 del Código civil* (146 bis).—Lo primero que llama en él nuestra atención es la general declaración contenida en su párrafo primero, equiparando a efectos sucesorios los hijos adoptados plenamente con los legítimos.

Y decimos que llama nuestra atención por cuanto lo que en realidad hace el legislador en este párrafo, es una pseudo-equiparación de derechos sucesorios, continuación sin duda de la no menos ilusiva que se contiene en el artículo 176-I, desde el momento que el propio artículo que estamos contemplando se cuida de establecer a renglón seguido una serie de limitaciones que dejan el citado párrafo primero sin apenas contenido.

Por otra parte y como muy bien apunta GARCÍA CANTERO (147), extraña el término “particularidades” empleado en éste precepto para designar lo que según dicho jurista no son otra cosa que excepciones o limitaciones al principio de equiparación que sanciona el párrafo primero de este artículo.

Y como no son sólo éstas las cuestiones que el estudio del precepto plantea, procederemos al estudio de las en nuestra opinión más interesantes, que son:

1.^a *Posible contradicción u oposición con el artículo 840 del Código civil.*

Contemplemos los posibles motivos de colisión entre ambos preceptos:

a) Concurrencia con hijos legítimos (art. 179-1.^a).

b) Concurrencia con hijos naturales reconocidos (art. 179-2.^a).

c) Concurrencia con hijo legítimo e hijo natural reconocido (artículo 179-1.^a y 2.^a).

a) *Concurrencia de hijo adoptado plenamente con hijos legítimos.*

(146 bis) Es muy interesante el estudio que de la discusión en las Cortes de este artículo hace GARCÍA CANTERO, en ob. cit., págs. 90 y ss. Merece también consultarse el B. O. de las Cortes, núm. 66/1970, págs. 15 y ss., donde se contiene la discusión de este precepto.

(147) Ob. cit., págs. 107-108.

En este supuesto no hay contradicción con el artículo 840, en cuanto este precepto sólo contempla la concurrencia de hijos legítimos, a los que están equiparados los adoptados plenamente.

Pueden, sin embargo, plantearse los siguientes problemas:

a) El relativo al alcance de la frase "...no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido". ¿Quiere ello indicar que la limitación establecida en este párrafo afecta únicamente a lo que los hijos adoptados plenamente puedan percibir por mejora "*stricto sensu*", o que en ningún caso pueden aquéllos percibir más que el hijo legítimo menos favorecido?

Nos decidimos por la primera de estas interpretaciones. En consecuencia creemos perfectamente posible con vistas al artículo 179-1.^a, que el hijo adoptado plenamente pueda percibir por título de herencia más que un hijo legítimo.

Mas supuesto lo que antecede, subsiste otro problema, cual es el de si esa limitación viene referida a lo que los hijos legítimos puedan percibir por legítima, por mejora o en general con cargo a la sucesión del padre.

Nos decidimos por esta última solución al no establecer el artículo que estamos contemplando especificación alguna.

b) El relativo al alcance del concepto "mejora", que en esta limitación 1.^a del artículo 179 emplea el legislador.

Nos decidimos, como ha podido observarse, al contemplar el anterior supuesto, por el más técnico, o sea, el fijado en los artículos 823 y siguientes del Código civil.

Mas volvamos al supuesto anterior. La Exposición de motivos de la Ley que estamos estudiando, dice en relación con el aspecto sucesorio de la adopción:

"El no poder recibir, por vía de testamento, el hijo adoptivo más que el legítimo menos favorecido, *no es límite propiamente dicho*, sino más bien la consecuencia de la estricta equiparación, que de lo contrario resultaría desbordada."

Estimamos, existe una contradicción entre lo que sugiere el transcrito párrafo y el artículo 179-1.^a del Código civil.

Y decimos esto porque, de acuerdo con lo indicado en el supuesto comprendido bajo la designación a'), es lo cierto que el citado número del indicado precepto autoriza al testador, si no para mejorar al hijo adoptado plenamente más que al legítimo menos favorecido (148), si para beneficiarle más con cargo al tercio de libre disposición. En consecuencia, puede un hijo adoptivo percibir por vía de testamento más que uno legítimo.

Ello puede observarse claramente a través de los siguientes ejemplos:

(148) Empleamos aquí el término "mejora" en su sentido técnico de tercera parte del "as" hereditario.

Herencia, cifrada en un módulo económico de 90 unidades. Corresponden: a *legítima estricta*, 30 unidades; a *mejora*, 30 unidades; a *tercio de libre disposición*, 30 unidades.

Primer supuesto: concurre un hijo legítimo y un hijo adoptado plenamente.

Hijo legítimo: por *legítima estricta*, 15 unidades; por *mejora*, 15 unidades. Total percibido, 30 unidades.

Hijo adoptado plenamente: por *legítima estricta*, 15 unidades; por *mejora*, 15 unidades; por *tercio libre disposición*, 30 unidades. Total percibido, 60 unidades.

Segundo supuesto: concurren dos hijos legítimos y un hijo adoptado plenamente.

Primer hijo legítimo: por *legítima estricta*, 10 unidades; por *mejora*, 0 unidades; por *tercio libre*, 0 unidades. Total, 10 unidades.

Segundo hijo legítimo: por *legítima estricta*, 10 unidades; por *mejora*, 20 unidades; por *tercio libre*, 0 unidades. Total percibido, 30 unidades.

Hijo adoptivo: por *legítima estricta*, 10 unidades; por *mejora*, 10 unidades (149); por *tercio libre*, 30 unidades. Total percibido, 50 unidades.

b) *Concurrencia con hijos naturales reconocidos*.—De conformidad con la particularidad 2.^a del artículo 179, cada uno de los hijos naturales reconocidos no podrá percibir menos que el adoptado plenamente (150). Con ello se evidencia una clara contradicción entre dicha particularidad y los artículos 809 y 840 del Código civil, como puede comprobarse a través del siguiente ejemplo:

Herencia, cifrada en un módulo económico de 90 unidades. De ellas corresponden: a *legítima estricta*, 30 unidades; a *mejora*, 30 unidades y a *tercio libre disposición*, 30 unidades.

Concurren en esta sucesión un hijo natural reconocido y un hijo adoptado plenamente. Este último por virtud de lo prevenido en el párrafo primero del artículo 179, está equiparado a los legítimos:

(149) Otorgamos al hijo adoptivo 10 u. de "mejora", frente a ninguna el primero de los legítimos, por entender que, habiendo recibido éste, que es el menos favorecido, 10 u. con cargo a la legítima estricta, se cumple con ello la idea contenida en la frase "... no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido", que figura en la particularidad 2.^a del artículo 179.

(150) Constituye esta particularidad una muestra más de lo extrañamente contradictoria que resulta la Ley 7/1970 en materia de sucesión y equiparaciones, ya que concretamente en este supuesto, o se rebaja la condición del hijo adoptado plenamente a la del natural reconocido, o se entiende, por el contrario, que se eleva la de éste equiparándole a aquél.

<p><i>Aplicando el artículo 840 en relación con el 808-1 del C. c.:</i></p> <p>Hijo adoptivo 2/3 herencia 60 u.</p> <p>Hijo natural reconocido 1/2 hijo legítimo ... 30 u.</p> <hr style="width: 50%; margin-left: 0;"/> <p>Total "as" hereditario. 90 u.</p>	<p><i>Aplicando el artículo 179-2.^a del C. c., exclusivamente:</i></p> <p>Hijo adoptivo 45 u.</p> <p>Hijo natur. reconoc. ... 45 u.</p> <hr style="width: 50%; margin-left: 0;"/> <p>Total "as" hereditario. 90 u.</p>
--	--

Por último, cabe una tercera solución tan contradictoria como las indicadas pero aún más extraña; la que resultaría de combinar la particularidad 2.^a del artículo 179 con el principio legitimario que se sanciona en el artículo 809 del Código civil. De dicha combinación de preceptos resultaría la siguiente participación hereditaria:

Hijo natural reconocido	60 u.
Hijo adoptivo	60 u.

TOTAL 120 u., esto es,
30 u. más que el caudal hereditario (151).

En orden a unas posibles soluciones.—No creemos haya ninguna plenamente aceptable. Así, tanto para la sucesión testamentaria como para la legítima, podría optarse por una aplicación conjunta del artículo 179 párrafo primero y particularidad primera y el 840, entendiéndose que el hijo adoptado plenamente, al merecer la consideración de legítimo, debe tener los derechos sucesorios que le otorga el artículo 808 en relación con los 840, 931 y 942 del Código civil, para la sucesión testamentaria y legítima, derechos los concedidos en estos preceptos, que deben predominar sobre los del artículo 179-1.^a en cuanto son los que regulan específicamente el régimen sucesorio. Esta interpretación podría apoyarse en el principio interpretativo de que la norma especial debe prevalecer sobre la general.

Mas a ello puede oponerse que la actual regulación de la adopción, aun cuando comprendido en el Código civil, ha sido promulgada por Ley de 4 de julio de 1970, muy posterior en el tiempo al referido Código, razón por la cual y por virtud de lo prevenido en el artículo 5.^o del mismo, si se opusieran o fueran incompatibles con el artículo 179, deberían entenderse derogados los artículos 808, 840, 931 y 942.

Podrían, además, alegarse otras consideraciones en favor o en contra de cualquiera de esos dos contradictorios preceptos, el 179 y el 840 en relación con el 808 principalmente, mas no lo consideramos conveniente. Y no lo creemos, por estimar que la actual re-

(151) Aguda y dura crítica a esta particularidad 2.^a del artículo 179, se contiene en el cit. trabajo de VALLET DE GOYTISOLO, sobre "Los derechos sucesorios...", pág. 603.

gulación de la adopción muestra tales imperfecciones, sobre todo en materia sucesoria, que la única solución procedente sería redactar otra nueva.

Concluimos pues el examen de estos extremos proponiendo como solución para una futura modificación de la adopción y en vista de la en nuestra opinión insalvable contradicción entre los artículos 179-2.^a, 809, 840, 931 y 932 del Código civil, redactar aquel precepto en forma más o menos parecida a la siguiente:

“El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante o adoptantes la misma posición que los hijos legítimos.”

“Cuando concurra con hijos naturales reconocidos o cónyuge viudo se estará a lo dispuesto en los artículos 834 y 840.”

“Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de los padres legítimos.”

c) *Concurrencia con hijos legítimos y naturales reconocidos.*— Partiremos aquí del mismo supuesto de hecho propuesto en los apartados anteriores:

Herencia, de 90 unidades económicas; 30 unidades de *legítima estricta*; 30 unidades de *mejora* y 30 unidades de *tercio de libre disposición*.

Concurren en ella un hijo legítimo, un hijo natural reconocido y un hijo adoptado plenamente.

I) *Aplicación del artículo 179-I, particularidades 1.^a y 2.^a.*— Como según el párrafo primero de este artículo, los hijos adoptados plenamente están equiparados a los legítimos y, según la particularidad 2.^a, los naturales reconocidos no pueden percibir menos que el adoptado, nos encontramos con la siguiente solución:

Hijo legítimo ...	30 u.	} Constituyen los dos tercios de legítima larga. (tercio libre disposición).
Hijo adoptivo ...	30 u.	
Hijo natural rec.	30 u.	

II) *Aplicación del artículo 840.*—Si concurren hijos legítimos con naturales reconocidos, éstos percibirán la mitad de la cuota que corresponda a cualquiera de los legítimos no mejorados. A su vez, el artículo 179-I, identifica a los hijos adoptados plenamente con los legítimos, extremo éste que, al no estar contenido en el artículo 840, hay que comprender aquí.

A la vista de lo que acabamos de exponer nos encontraríamos con esta solución:

Hijo legítimo ...	30 u.	(mitad de la legítima amplia).
Hijo adoptivo ...	30 u.	(mitad de la legítima amplia).
Hijo natural reconocido ...	15 u.	(mitad de cuota de los legítimos no mejorados).

Como puede comprobarse, la discordancia entre ambos preceptos es obvia en cuanto si se aplica al 179, los hijos legítimos y los naturales se equiparan con infracción de lo dispuesto en el artículo 840. Mas si se aplica éste, al percibir los hijos naturales menos que el adoptado plenamente, se infringe aquél en cuanto les otorga los mismos derechos.

Posibles soluciones.—Todas discutibles por las mismas consideraciones que indicábamos al estudiar el supuesto de concurrencia de hijos naturales reconocidos y adoptivos.

Sólo cabe, pues, la reforma del precepto en la forma aproximada que en dicho epígrafe recogíamos.

d) *Concurrencia con cónyuge viudo e hijos legítimos y naturales reconocidos.*—No está prevista entre las particularidades del artículo 179 la concurrencia del hijo adoptivo con el cónyuge adoptante supérstite.

En consecuencia, parece evidente que cuando ello acontezca se aplique lo dispuesto en el artículo 834 del Código civil, desde el momento que por expresa disposición del párrafo primero del citado artículo 179 los hijos naturales adoptados plenamente se equiparan en orden a los derechos sucesorios a los legítimos.

No acontece lo mismo, sin embargo, cuando el hijo adoptado plenamente concorra además de con el cónyuge adoptante supérstite, con hijos legítimos y naturales reconocidos del adoptante causante.

Y decimos esto porque a los ya indicados problemas de concurrencia con los hijos legítimos y naturales reconocidos, derivados de la contradicción que existe fundamentalmente entre los artículos 179 y 840 del Código civil, se une el motivado por la presencia del cónyuge superviviente.

En efecto, cuando se opere esta concurrencia, la cuestión ofrecerá las siguientes posibilidades:

1.^a *Aplicando del artículo 179, en relación con el 834, sobre la base de un "as" hereditario de 90 unidades económicas, tendremos la siguiente distribución:*

Hijo legítimo	30 u.	}	Legítima y mejora.
Hijo adoptivo	30 u.		
Hijo natural reconocido ...	30 u.		

Total a repartir 90 u. que integran la totalidad del caudal hereditario.

A su vez, el cónyuge supérstite tiene derecho *en usufructo* al tercio destinado a mejora, equivalente a 30 unidades (art. 834 C. c.).

Como dicho tercio está atribuido a los hijos legítimo y adoptivo, es evidente que cada uno de ellos, mientras subsista el cónyuge, recibirá 15 unidades en propiedad plena y las otras 15 en nuda propiedad.

2.^a *Aplicando el artículo 840 en relación con el 834 y sobre las mismas bases económicas que el supuesto anterior nos encontramos ante la siguiente situación:*

Hijo legítimo	30 u.	} Legítima y mejora. = Tercio libre disposición.
Hijo adoptivo	30 u.	
Hijo natural reconocido ...	15 u.	
<hr/>		
Total repartido	75 u.	
Total caudal hereditario.	90 u.	
<hr/>		
Sobran	15 u.	

Al cónyuge supérstite le corresponde el tercio destinado a mejora, representado por 30 unidades.

Así centrada la cuestión, el problema se plantea aquí en la siguiente forma:

a) Las 15 unidades que sobran del total "as" hereditario corresponden al tercio de libre disposición.

b) En consecuencia, y en pura técnica jurídica, no pueden ser atribuidas al cónyuge supérstite en usufructo, ya que su parte ha de detraerse del tercio de mejora.

c) Consiguientemente, seguirán correspondiendo en propiedad plena a cada hijo (legítimo y adoptivo) 15 unidades de las 30 que a que tienen derecho, siéndoles atribuidas las otras 15 u. en nuda propiedad.

Mas, ¿cómo se repartirá ese sobrante? En nuestra opinión, podría seguirse para su distribución el mismo criterio que marca el artículo 840, atribuyendo en consecuencia al hijo legítimo y al adoptivo doble cuota que al natural reconocido. De acuerdo con ello, la distribución de 15 unidades sobrantes podría realizarse así:

Hijo legítimo	6 u.
Hijo adoptivo	6 u.
Hijo natural reconocido	3 u.
<hr/>	
Total	15 u.

Por último y para concluir este tema, hemos de decir que damos por reproducido lo indicado precedentemente en orden a la contradicción entre los artículos 179 y 840 del Código civil, contradicción que se pone igualmente de relieve en el supuesto de concurrencia de los hijos tanto legítimos como adoptados plenamente y naturales reconocidos con cónyuge viudo.

Derechos sucesorios de los adoptantes.—La primera cuestión que el párrafo segundo del artículo 179 ofrece es la relativa a la dife-

rencia que ofrece el tratamiento sucesorio concedido a los padres adoptantes frente al que se otorga en el párrafo anterior a los hijos adoptivos, dado que, mientras los derechos de estos últimos son objeto de cortapisas ante o frente a los supuestos que contemplan las llamadas "particularidades", los derechos sucesorios de los adoptantes no vienen sujetos a tales limitaciones (152).

Entendemos de aplicación a estos casos los artículos 809 y 810. En cuanto al artículo 807-2.º, deberá serlo por virtud de lo dispuesto en el 179-II, si bien creemos deberían haber sido incluidos los padres adoptivos en dicho número 2.º.

Sin embargo, el problema más interesante que el estudio de los derechos sucesorios de los adoptantes presenta es, en nuestro modo de ver, el que puede surgir de la aplicación del artículo 812 del Código civil.

En efecto, ¿entrará en juego la *reversión* que este precepto establece cuando el hijo adoptivo, que ha recibido varias cosas del adoptante, muere dejando a su vez uno o varios hijos adoptados plenamente?:

1. *Inaplicabilidad del principio de reversión.*—En favor de esta tesis puede alegarse, como principal consideración, que en el supuesto contemplado falta un requisito esencial para que los bienes dados por el ascendiente adoptante puedan *revertir* a él, ya que su hijo adoptivo no ha muerto "...*sin posteridad*".

Téngase en cuenta a estos efectos, que el hijo adoptado viene equiparado por el artículo 176-I a los legítimos, y que según las más generalizada doctrina científica, el artículo 812 viene referido únicamente a la familia legítima.

2. *Aplicabilidad del principio de reversión.*—Las razones en pro de esta posición, son fundamentalmente las siguientes:

a) El art. 176-II habla del "...*adoptado y sus descendientes...*", frase ésta bajo la cual entendemos únicamente comprendidos a los legítimos y en todo caso los naturales, mas no a los adoptados por ese descendiente.

b) En el orden sucesorio el artículo 180, siguiendo un criterio más restrictivo, parece limitar las relaciones sucesorias al adoptante y adoptado, quedando fuera de ellas a los hijos de este último, tanto si son legítimos y naturales como adoptados plenamente.

A la vista de lo expuesto, nos decidimos por esta última posición, no sin reconocer que la primera cuenta también con un interesante fundamento jurídico-positivo.

Consideramos, que la limitación que el legislador de 1970 establece en orden a los vínculos familiares derivados de la adopción,

(152) Esto ha sido apuntado y criticado por GARCÍA CANTERO en su cit. ob., páginas 112-113.

hace que en el supuesto fáctico que hemos contemplado —hijo adoptado plenamente que muere dejando descendencia adoptiva—, como ésta “...posteridad”..., queda fuera del ámbito familiar creado por la adopción, no puede impedir que entre en juego el principio de reversión que dicho precepto regula.

Derechos sucesorios de los parientes por naturaleza.—El último párrafo del artículo 179, es concluyente en lo que a este extremo se refiere.

“Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptando, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812 del Código civil.”

Aunque este párrafo sea una consecuencia lógica del régimen adoptivo instaurado por la Ley 7/1970, hemos de poner de relieve lo extraño que resulta ver esencialmente alterados los artículos 807-2.º, 809, 810, 813 y 935 a 955 del Código civil por el párrafo que acabamos de transcribir, máxime cuando en ninguno de estos preceptos tan profundamente alterados se contiene la más mínima referencia o alusión a la adopción.

Mas dejando a un lado este aspecto crítico, entremos en el estudio del párrafo transcrito.

¿Qué derechos tendrán los parientes por naturaleza (153) en la sucesión del adoptando?; únicamente los que éste quiera y pueda concederles por testamento. Y decimos quiera y pueda, en cuanto al quedar sin efecto respecto de dichos parientes todo el sistema de legítimas del Código civil, es evidente deberá respetar los derechos legítimos de sus padres adoptivos, pudiendo disponer únicamente de la parte de libre disposición, que en estos casos entendemos vendrá determinada por la aplicación del artículo 809, dada la equiparación de aquéllos a los padres por naturaleza.

A su vez, el estudio de este párrafo, nos plantea un interesante problema; el relativo al destino de la herencia del hijo adoptado plenamente, que muera sin testamento y habiéndole premuerto sus padres adoptivos.

En efecto, de acuerdo con el párrafo que estamos comentando, los padres y colaterales por naturaleza “...no ostentarán derechos por ministerio de la Ley...”.

Por otra parte, los derechos sucesorios derivados de la adopción plena corresponden únicamente a los adoptantes y adoptados y sus descendientes. En consecuencia, si después de muertos los padres adoptantes muriese el hijo adoptivo sin descendencia y sin haber dispuesto de sus bienes por testamento, aplicando las normas de la sucesión legítima la sucesión correspondería al Estado.

Ante tan ilógica consecuencia, que parece romper el sistema legítimo de nuestro Código civil, cabe inquirir si en este concreto

(153) Sobre el concepto de “parientes por naturaleza”, merece destacarse el cit. trabajo de GARCÍA CANTERO, págs. 113 y ss.

supuesto no podrán prevalecer sobre el artículo 179-III los 807-2.º, 809 y fundamentalmente los 935 a 938 y 946 y siguientes del Código civil. Mas, en nuestra opinión, cualquier solución que pretenda darse al problema bajo la actual reglamentación de la adopción, la estimamos forzada. En consecuencia, entendemos, que la única solución adecuada consistirá en modificar el párrafo que estamos contemplando, otorgando a los parientes por naturaleza derechos legitimarios en la herencia del adoptando plenamente, cuando carezca de descendientes legítimos y los padres adoptivos le hubieren premuerto (153 bis).

Por otra parte y dada la redacción del citado artículo 179-III, entendemos con GARCÍA CANTERO (154), que esta limitación de derechos sucesorios de la familia por naturaleza, afecta a los otorgados "*por ministerio de la Ley*".

En cuanto a la sucesión testamentaria, estimamos que únicamente afectará al adoptado la limitación del artículo 179-II en relación con el 176-III, que al equiparar los padres adoptivos a los legítimos impone la obligación de respetar sus derechos legitimarios.

En consecuencia, entendemos, que el adoptado podrá disponer por testamento en favor de su familia por naturaleza, de todo cuanto exceda de esa legítima (155).

Otros problemas de derecho sucesorio en la adopción plena.— Son muchos y muy variados los que la actual reglamentación de la adopción plena ofrece. Así y sin propósito exhaustivo, haremos referencia a los siguientes:

a) *Derechos sucesorios del adoptando en su familia natural.*— ¿Conserva algún derecho? La Ley 7/1970, parece guardar silencio sobre la cuestión, lo que induce a una contestación negativa.

Téngase en cuenta a estos efectos, que frente a la reforma de 1958 cuyo artículo 179-II establecía expresamente esta conservación de derechos sucesorios, el actual artículo 179 ha prescindido de dicha declaración, y ello, pese a que la misma iba comprendida en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno lo que en nuestro modo

(153 bis) Fueron varias las enmiendas presentadas al artículo 179 del Proyecto del Gobierno sobre la Ley de adopción. La generalidad de ellas, cuando se referían al último párrafo, centraban su atención en lo relativo a la configuración del principio de reversión consagrado en el artículo 812 del C. c., que luego recogió la Ponencia cristalizando en el actual párrafo, último de dicho precepto (es interesante sobre estas enmiendas el trabajo cit de GARCÍA CANTERO, págs. 90 y ss.).

Ninguna de ellas contempló la posibilidad que aquí indicamos. Podríase, sin embargo, en una ulterior reforma de la adopción completarse este párrafo del artículo 179, en forma parecida a ésta:

"Si los padres adoptantes hubieren premuerto al adoptado, podrán aplicarse a los parientes por naturaleza los artículos 936 y siguientes de este Código".

(154) Ob. cit., pág. 115.

(155) Téngase en cuenta a estos efectos que el párrafo a que nos estamos refiriendo, dice "*Al adoptado no le serán exigibles...*", lo que implica que puede (respetando los derechos legitimarios de sus padres adoptivos) disponer por testamento de la parte de libre disposición en favor de su familia por naturaleza.

de ver ha de interpretarse en el sentido de que los hijos adoptados no conservan derechos sucesorios en su familia por naturaleza (156).

En cuanto a la razón de esta omisión, la situamos en el deseo del legislador de 1970 de fortalecer los vínculos adoptivos a costa del consiguiente debilitamiento de los de la familia por naturaleza, criterio que en principio al menos, alabamos.

Por otra parte, estimamos, que este silencio en orden a los derechos sucesorios en la familia natural, afecta únicamente a la sucesión legítima. En cuanto a la testamentaria, entendemos, que los padres por naturaleza desde el momento que la adopción ha extraído de su familia natural al hijo adoptado, podrán dejar a éste por disposición testamentaria el tercio de libre disposición, mas no la legítima, que vienen obligados a conservar en favor de sus hijos legítimos no adoptados.

b) *En orden a si será aplicable a los casos de adopción plena, la reserva de los artículos 968 y siguientes del Código civil.*—Dios son por lo menos las situaciones que aquí pueden contemplarse:

1.^a La del viudo o viuda que teniendo un hijo adoptado plenamente durante su matrimonio, contraiga segundas nupcias.

2.^a La del viudo o viuda que teniendo algún hijo legítimo, adopte plenamente en estado de viudez.

1.^o *Contraer segundas nupcias, teniendo un hijo adoptado plenamente durante el primer matrimonio por ambos cónyuges.*—Somos de la opinión, que son de aplicación a este supuesto los artículos 968 y siguientes del Código civil, desde el momento que el artículo 179-I equipara a los efectos sucesorios los hijos adoptados plenamente a los legítimos.

En consecuencia, estimamos, que si al disolverse el primer matrimonio por muerte de uno de los cónyuges quedare únicamente un hijo y éste fuese adoptivo, con adopción plena, nos hallaremos ante el mismo supuesto que dicho artículo 968 contempla, debiendo por tanto el cónyuge supérstite reservar en favor del mismo la propiedad de los bienes que hubiere adquirido del premuerto por testamento, sucesión intestada, etc.

2.^o *Viudo o viuda que teniendo hijos legítimos, adopte plenamente en estado de viudez (157).*—Se trata, de una hipótesis no prevista por el legislador de 1889, ni regulada en consecuencia en los

(156) Mantienen esta posición para la actual situación, GARCÍA CANTERO, ob. cit., págs. 113-115, y CHICO ORTIZ, ob. cit., pág. 1468. Se opone a ella VALLET DE GOYTISOLO, en "Los derechos sucesorios...", cit., pág. 610, estimando que los mismos "... debe entenderse que son mantenidos vigentes".

(157) Apunta el tema aquí planteado VALLET DE GOYTISOLO, en su cit. ob., sobre "Los derechos...", pág. 602, planteando la cuestión de si será aplicable al mismo el artículo 980 del C. c., bien que no se enfrente directamente con el problema, ni, por tanto, decida sobre su solución, cuestión ésta, por otra parte, difícil y comprometida, como lo son todas las que plantea el tema sucesorio en la nueva Ley sobre la adopción, lo que aconseja, como venimos indicando reiteradamente. su nueva reforma.

artículos 968 y siguientes del Código civil, en cuanto debido a la inspiración sucesoria de dicho Cuerpo legal, resultaba imposible que en estado de viudez pudiera darse otra situación de reserva que la específicamente prevista en su artículo 980.

Mas con la nueva regulación de la adopción, y especialmente, con la equiparación de los hijos adoptados plenamente a los legítimos, el problema se plantea, desde el momento que resulta posible hallarse en la situación que contempla el artículo 968 sin necesidad de contraer segundas nupcias, o en el que regula el 980 sin tener hijos naturales.

Ante ello, cabe inquirir, si en tales supuestos podrán o no ser aplicables, al menos por analogía dichos preceptos, en beneficio de los hijos legítimos del matrimonio disuelto por la muerte de uno de los cónyuges.

Nos decidimos por la solución afirmativa, estimando deberá hacerse aplicación analógica de ambos preceptos, otorgando preferencia a la letra del 968 y al espíritu del 980.

c) *La adopción plena y el derecho de representación.*—Dos son también los supuestos que aquí pueden comprenderse:

1.º El relativo al derecho de representación recogido en los artículos 807-2.º en relación con los 924 y 932; y

2.º El del adoptado respecto del adoptante.

En cuanto al primero de estos casos, es evidente, que si el hijo adoptado plenamente muriere dejando hijos legítimos, éstos sucederán al adoptante por *derecho de representación* al amparo de lo previsto en los citados artículos 807-2.º, 924 y 931 a 933 del Código civil.

Tenemos en cuenta a estos efectos, que el vínculo adoptivo surgido entre el adoptante y el adoptado, no se interrumpe en los hijos de éste, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 176-II, inciso primero, a tenor del cual:

“La adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra...”

Otra cosa acontece en el segundo de los supuestos apuntados, toda vez que no se trata ya de la sucesión del adoptante sino de la de un ascendiente o descendiente por naturaleza suyo, causantes éstos que nada tienen que ver con el adoptado, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 176-II, inciso segundo, que dice así:

“... pero no respecto de la familia del adoptante...”

Creemos, por ello, que no se dará en estos casos el derecho de representación y en consecuencia, que en la sucesión de los padres o descendientes legítimos del adoptante, si éste hubiere premuerto, sus derechos sucesorios no pasan al adoptado.

d) *La colación y la adopción.*—¿Son de aplicación a los hijos

adoptados plenamente los artículos 1.035 y siguientes del Código civil?

Creemos que sí. Fijémonos a este respecto, que el artículo 1.035, primero de los que regulan la “colación”, exige para que ésta pueda darse como requisito subjetivo, que se trate de “herederos forzosos”, carácter éste que tienen los adoptados plenamente al estar equiparados a los hijos legítimos (158).

En cuanto al artículo 1.038, lo entendemos aplicable en la medida o sentido que hemos expuesto al tratar del “derecho de representación”.

e) *El derecho de acrecer.*—Estamos de acuerdo con GARCÍA CANTERO en el hecho de que el “derecho de acrecer” es aplicable a los hijos adoptados tanto plena como simplemente (159).

C) **Examen del artículo 180-III del Código civil.**—Dice así este párrafo:

“El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos. El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural.”

Mientras el artículo 179 consagra la equiparación de los adoptados plenamente a los hijos legítimos, este párrafo sanciona la de los hijos naturales y los adoptados simplemente, realizando análoga operación con los adoptantes que vienen equiparados a los padres naturales.

Damos por reproducido aquí todo lo que indicábamos respecto de la sucesión en la adopción plena, siempre que sea aplicable. Procederemos, no obstante, al examen de ciertas peculiaridades cual son:

1.º A los hijos adoptados simplemente, le son aplicables los artículos 939 a 944 del Código civil. En consecuencia, entrará en juego el derecho de representación en la forma prevista en los artículos 940 y 941 de dicho cuerpo legal.

No es sin embargo aplicable a los adoptados simplemente, o al menos esa es nuestra opinión, el artículo 945, en cuanto al igual que indicábamos respecto de la adopción plena, esta filiación genera vínculos familiares entre adoptantes y adoptados y sus descendientes, únicamente.

2.º Estimamos de aplicación a los hijos adoptados simplemente, el artículo 840-II del Código civil.

3.º Análogamente, creemos será aplicable al hijo adoptado simplemente por una persona en estado de viudez que tenga hijos legítimos del matrimonio disuelto por muerte de su consorte, el artículo 980.

4.º En orden a los derechos del adoptado en su familia natu-

(158) Admite la colación GARCÍA CANTERO en su cit. ob., pág. 106.

(159) Misma ob. y pág. de nota anterior.

ral, y los de ésta en la sucesión de aquél, hemos de hacer las siguientes indicaciones:

a) En cuanto al adoptado, somos de la opinión que no conserva derecho sucesorio alguno respecto de su familia por naturaleza, al menos en lo que a la sucesión legitimaria hace, por las mismas razones que dábamos al tratar del tema respecto de la adopción plena (160).

b) Respecto de los derechos sucesorios de la familia natural del adoptado en la sucesión de éste, constituye uno de los temas más discutible de la Ley de adopción.

En efecto, téngase en cuenta, que mientras en el artículo 179-IV, dedicado a la adopción plena, se sanciona el principio de que los parientes por naturaleza *"no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado"*, no existe pronunciamiento alguno de esta naturaleza en el artículo 180, único que regula la especialidad de la adopción simple.

Por otra parte, sentado lo que antecede, es evidente que aplicar a los parientes por naturaleza del adoptado simplemente el criterio sucesorio restrictivo que marca dicho artículo 179-IV, implica en nuestro modo de ver hacer uso de una interpretación extensiva en perjuicio de dichos parientes, que no está permitida.

Mas, frente a estos argumentos en favor de la tesis de que los parientes por naturaleza mantienen derechos sucesorios legitimarios en la herencia del adoptado plenamente, pueden a su vez alegarse los siguientes:

a) La contradicción que supone atribuir a los parientes por naturaleza de los adoptados simplemente, una mejor posición sucesoral que a los de los adoptados plenamente.

b) El hecho, también contradictorio, de que los adoptados tanto simple como plenamente, no conserven derechos sucesorios legitimarios en sus familias por naturaleza.

La solución, no es realmente fácil. Y buena prueba de ello la tenemos en las frases de GARCÍA CANTERO, que con ocasión de estudiar el problema nos dice: *"en cuanto a los ascendientes y colaterales por naturaleza, lo dispone así el párrafo final del artículo 179 para la adopción plena, quedando la duda de si rige idéntica regla para la adopción simple"* (161).

Sin embargo, a la vista de la reglamentación legal que de la sucesión en la adopción simple hace el artículo 180, en relación con la que el 179-IV, nos inclinamos a considerar que los parientes por naturaleza de los adoptados simplemente, conservan derechos legitimarios en la sucesión de aquéllos (162).

(160) En este sentido se pronuncia también GARCÍA CANTERO, ob. cit., página 115.

(161) Ob. cit., pág. 115.

(162) Parece ser ésta la posición que mantiene VALLET DE GOYTISOLO en su cit. ob., págs. 610-611, cuando, con ocasión de contemplar el artículo 180-III,

Por último y para concluir este tema, hemos de manifestar nuestra crítica a este precepto, fuente de dudas y discusiones de difícil solución mientras no se modifique.

D) Desheredación y preterición.

1.º *Desheredación.*—La equiparación de padres e hijos legítimos y naturales a los adoptantes y adoptados plena o simplemente a los efectos sucesorios, es causa de que les sean aplicables a unos y otros las causas de desheredación que el Código civil contiene (163).

En consecuencia y por lo que a la desheredación de los hijos adoptivos se refiere, serán de aplicación los artículos 848 a 853 en relación éste último con el 756 así como el 856 del Código civil.

En cuanto a los padres adoptantes, son aplicables los artículos 848 a 852 y 854 y 856 en relación con el citado 756.

El único problema que podría plantear la desheredación en la adopción, es el relativo a la posibilidad de aplicar el artículo 857. Estimamos que sí, en cuanto como hemos venido indicando a lo largo del presente trabajo, la adopción genera vínculos de familia entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes. Consiguientemente, en el supuesto contemplado en el citado artículo 857, sucederán por virtud del derecho de representación los hijos del adoptando que hubiere sido desheredado.

Otra cosa acontecería si el desheredado fuese padre o madre adoptante, toda vez que de conformidad con lo indicado al hablar del derecho de representación, mereciendo en estos casos los adoptantes la condición de extraños respecto de la sucesión del causante

dice, refiriéndose a la posición del padre adoptivo en la sucesión del adoptado simplemente:

“Pero, en este caso, ¿queda pospuesto a los ascendientes legítimos en el sentido de que sólo es legitimario a falta de estos?; ¿concorre con ellos en cuotas distintas?; ¿se les antepone excluyéndolos pese a su cuota más reducida?”.

“No hay precedentes en la legítima de los padres naturales, puesto que jurídicamente no puede haberlos si hay ascendientes legítimos. Parece que, al poder concurrir ascendientes legítimos y padres adoptantes, ambas legítimas deben ser también concurrentes”.

“¿*Quid* si concurren con el padre o madre naturales? ¿Posponen éstos a aquéllos, o viceversa?; ¿concurren como legitimarios unos y otros?, ¿en la misma cuota o en otra igual? Nos inclinamos por esta solución, que parece avalada por el artículo 180, § 3.º, Código civil, al señalarles una porción equivalente.”

Por nuestra parte, y para reforzar la posición que sustentamos, hemos de indicar que acaso uno de los motivos en que pueda apoyarse este diverso tratamiento sucesorio de los padres por naturaleza en la adopción plena y simple, radique en que tal y como aparece regulada en el aspecto sucesorio, la plena produce una mayor desvinculación familiar-sucesoral que la simple y consiguientemente está, un menor desasimio con la familia por naturaleza.

(163) Admite la desheredación de los hijos adoptivos, GARCÍA CANTE-RO, ob. cit., pág. 106.

—ascendiente del adoptante—, no pueden entrar por derecho de representación en el “*as*” hereditario del mismo.

2.º *Preterición* (164).—Tan evidente como la desheredación, es la preterición en el sistema sucesorio derivado de la adopción. Será pues de aplicación a ella, lo dispuesto en el artículo 814, así como en los 815 a 817 en orden a la reducción de los derechos legitimarios y los pactos sobre legítimas futuras.

El nuevo régimen de la adopción

Gabriel GARCIA CANTERO

SUMARIO: I. *El proceso de elaboración legislativa del nuevo régimen de adopción en el Código Civil.*—1. Líneas directrices del proyecto del Gobierno (PG.).—2. Las Enmiendas al proyecto del Gobierno.—3. El Informe de la Ponencia (IP.), de 22 de mayo de 1970.—4. La discusión del proyecto en la Comisión de Justicia durante los días 9, 10, 11 y 12 de junio de 1970.—II. *Caracteres de la Ley de 4 de julio de 1970.*—1. Aspectos formales.—2. Líneas directrices de la nueva Ley.—III. *El nuevo régimen de la adopción en el Código Civil.*—1. Clases de adopción.—2. Requisitos generales.—A) *Quién puede adoptar.*—a) Tener 30 años cumplidos. b) Hallarse en el ejercicio de todos los derechos civiles. c) Prohibiciones para adoptar.—B) *Quién puede ser adoptado.*—a) La adopción de niños abandonados. b) La adopción de parientes.—C) *La diferencia de edad entre adoptante y adoptado.*—D) *La pluralidad de adoptantes y de adoptados.*—a) La pluralidad de adoptantes. b) La pluralidad de adoptados. c) Pluralidad de adoptantes y de adoptados.—3. *Requisitos especiales de la adopción plena.*—A) *Quién puede adoptar plenamente.*—B) *Quién puede ser adoptado de manera plena.*—4. *Requisitos de la simple adopción.*—5. *El negocio jurídico adoptacional.*—A) *Caracteres del negocio jurídico adoptacional.*—B) *Momento perfectivo de la adopción.*—C) *Formación del negocio adoptacional.*—a) Fase judicial. b) Fase notarial. c) Fase registral.—6. *Efectos de la adopción.*—A) *Efectos en general.*—B) *Efectos de la adopción plena.*—a) Sucesión testamentaria: a') Concurrencia con hijos legítimos. b') Concurrencia con hijos naturales. c') Otros supuestos de concurrencia.—b) Sucesión abintestato. c) Derechos sucesorios de los padres adoptantes en la herencia del adoptado.—C) *Efectos de la adopción simple.*—D) *Derechos sucesorios en relación con la familia de origen del hijo adoptivo.*—7. *Ineficacia y extinción del negocio jurídico adoptacional.*

I. EL PROCESO DE ELABORACION LEGISLATIVA DEL NUEVO REGIMEN DE ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL

El texto aprobado por la Ley 7/1970, de 4 de julio (*B. O. del E. del 7 de julio*), no puede ser plenamente comprendido si no se tienen en cuenta las diferentes etapas del *iter* legislativo que han concurrido al mismo.

La Ley de 1958, al modificar el régimen de la adopción, produjo