

# La adopción y figuras similares ante la nueva regulación

SUMARIO.—I *La adopción: historia, concepto, caracteres y clases.*—Consideraciones históricas. Concepto, caracteres y clases.—II *Elementos de la adopción.*—Elementos personales.—A) *El adoptante.*—B) *El adoptado.*—Elementos formales.—A) *Requisitos previos.*—B) *Requisitos coetáneos.*—C) *Requisitos posteriores.*—III *Efectos de la adopción.*—Efectos con relación a las personas. Efectos con relación a los bienes.—A) *Usufructo.*—B) *Administración.*—C) *Enajenación.*—Efectos con relación a los derechos sucesorios.—A) *Sucesión forzosa.*—B) *Sucesión intestada.*—C) *Sucesión testada.*—D) *Sucesión contractual.*—IV *Extinción de la adopción.*—A) *Nulidad.*—B) *Anulabilidad.*—C) *Rescisión.*—D) *Restantes causas de extinción.*—V *El prohijamiento y el acogimiento familiar.*—Prohijamiento. Acogimiento familiar.

## CAPÍTULO I.

### LA ADOPCION: HISTORIA, CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES

#### CONSIDERACIONES HISTÓRICAS.

Los albores de la Edad Antigua nos muestran dos regiones privilegiadas asociadas ambas a caudalosos cursos de agua: de una parte, el Nilo, y de otra, el Eufrates y el Tigris. Es aquí, y precisamente por esos ríos, donde las civilizaciones puede decirse que

nacen, pues si bien los territorios de laderas o mesetas pueden dar asiento a estados prósperos, son solamente los de ríos los que en aquella remota época pueden originar estados ricos.

De esas dos regiones, la más activa, la de mayor intercambio humano, y, en definitiva, cultural, es la Mesopotamia. Rodeada de montañas y desiertos, poblada por pueblos de muy distintos orígenes, que se repartían por ella y su periferia: asiáticos, semitas, sumerios, protohititas e hititas, alcanzó pronto un alto grado de civilización, que no se mantuvo estática, sino en continuada transformación hasta su decadencia y estancamiento, preludio inmediato de su absorción, provocada por aquel gran mezclador de pueblos e instituciones que fué el macedonio Alejandro. En esa región fué donde nació la institución que nos ocupa, y precisamente con unos caracteres más humanos de los que se le fueron atribuyendo con posterioridad.

Los primeros datos que tenemos sobre esta institución nos la muestra ya pasado ese periodo de evolución propio de toda institución jurídica. Es en la aurora del segundo milenio antes de Jesucristo y al través del Código de Hammurabí y de otros varios documentos, cuando podemos formarnos un cuadro casi completo de la misma.

Sus caracteres nos la revelan ya como un medio de asegurar la continuidad de la familia para aquellos matrimonios carentes de hijos, pero sin que sea ese «beneficio» del adoptante la única finalidad que con ella se persigue, sino también el de favorecer al adoptado. Vemos así, que a las prostitutas profesionales, no a las sagradas, no se les permitía educar a sus hijos, y estos hijos eran confiados a una familia para su educación, acudiéndose para ello a este instituto de la adopción, con lo que se revela su finalidad de beneficiar al adoptado, e incluso se la estimaba como un medio de aumentar los derechos de determinada clase de hijos, pues a los de las concubinas no se les concedía ningún derecho en la herencia del padre, a no ser cuando poseyesen «tablilla de adopción», según dice G. Contenau al resumir la doctrina del citado Código, en su obra *Historia del antiguo Oriente*. Como dato curioso de aquella legislación, hemos de citar que, según una disposición penal contenida en el referido cuerpo legal, era sancionado con la mutilación de la lengua el hecho de renegar de sus

padres adoptivos por el hijo de prostituta, castigándose así su ingratitud, bien que en la forma despiadada propia del primer tiempo de la Edad Antigua.

Esos prístinos caracteres de la institución fueron sufriendo una lenta desviación en el curso de su evolución entre los pueblos que se fueron sucediendo en el auge político de la región, y, más aún, al pasar a las civilizaciones griegas y romanas.

Limitándonos a esta última, en esta referencia a la Edad Antigua, por ser la que más influyó en nuestro ordenamiento jurídico actual, tenemos que señalar que la característica del mundo romano, sus especiales conceptos religiosos y la ineludible existencia de matrimonios sin descendientes, bien por esterilidad o bien por la elevada mortandad infantil propia de todos los pueblos hasta tiempos bastante recientes, hicieron necesaria la institución que nos ocupa, con la que, sustituyendo artificialmente el fruto inexistente del matrimonio, se lograse la continuidad de la estirpe, que a su vez era la condición necesaria para la continuidad del culto a los antepasados. Así, pues, no era la idea de un beneficio para el adoptado la que campeaba ya en la adopción romana, sino, por el contrario, la de evitar para el adoptante la catástrofe que suponía la extinción de ese culto familiar. Por ello, la adopción era un contrato más, que implicaba el característico «*do ut des*»; el adoptante «*daba*», entre otros, los deberes de guarda de la persona del adoptado y le transmitía su herencia, a cambio de que éste adquiriese las «obligaciones» religiosas referentes a su nueva familia.

Esta concepción «tan mercantilista» sólo podía durar lo que durasen esas creencias religiosas, y es precisamente aquel carácter y esas creencias lo que había de motivar el desfavorable juicio de la institución por la posterioridad, el cual se arrastró largo tiempo, plasmándose en el olvido, consciente de ella, por bastantes Códigos. Pero la adversión era infundada. Despejada la adopción de su primitiva finalidad, aún le quedaba un contenido y finalidad de más importancia, el cual fué oscurecido en su regulación por el derecho romano; finalidad, también bilateral, pero ya de un orden espiritual, consistente en llenar el vacío de esa especie que se producía en los matrimonios sin descendientes y en dotar de una paternidad a quien carecía de ella, o bien el

sustituirla por otra que se estimaba más beneficiosa para el adoptado. Y con esta finalidad será cada día mayor el auge que haya de tomar la institución, pues si bien es cada vez menor el número de hijos en cada matrimonio, es, por el contrario, mayor el deseo de tenerlos por todos, aunque ello se consiga mediante esta u otra paternidad ficticia.

Nuestro derecho es fiel reflejo de esa evolución en el derecho romano. Desconocida casi en un principio, el renacer de aquél llevó consigo su regulación en las Partidas, pese a lo cual no consiguió arraigar en nuestra patria, en la que fué casi olvidada en la práctica, en tal forma, que fué rechazada su admisión en el proyecto de Código de 1851, y sólo consiguió ser admitida en virtud de la opinión manifestada por un vocal, hijo de Andalucía, de que en su región se daban algunos casos de ella, como anecdotícame cuenta García Goyena.

Este precedente y la inspiración de nuestros legisladores en el Código Civil francés, que la había admitido tras varias vicisitudes, hicieron que fuese regulada en el nuestro de 1888. No obstante, la finalidad apuntada antes en segundo lugar, no constituía aún una idea madura, y por ello la regulación de esta institución en dicho Código se resiente de esa situación, dando lugar a los reproches que a ella se le hacen en la exposición de motivos de la vigente ley reformadora del Código, en éste y otros extremos.

Se dice, atinadamente, por ella: «El Código Civil, influido por las tendencias entonces dominantes, concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos. Situó a los adoptados entre dos círculos parentales, sin adscripción clara a ninguno de ellos. Esta insuficiencia de la hasta ahora vigente ordenación legal se muestra más acusada ante la muy frecuente adopción de expósitos, donde al fallar los vínculos afectivos propios de la generación, se acrecientan los derivados de la convivencia entre adoptante y adoptado, siempre expuestos al riesgo de que la familia natural, invocando pretendidos derechos cuyos deberes correlativos no afrontó, rompa los afectos nacidos de la adopción y arranque al adoptado del ambiente familiar y social en que se formó.»

Esas razones han motivado el que uno de los objetivos perseguidos por la reciente reforma del Código Civil, llevada a efecto

por la ley de 24 de abril de 1958 (*B. O.* del 25), haya consistido en la sustitución del articulado del Código en esta materia, por nuevos preceptos imbuidos de una orientación también nueva. Pero lo que no dice la exposición de motivos, aunque si lo apunta con bastante claridad, es la oportunidad del momento para llevar a efecto la reforma. La adopción se ha revelado como institución capaz de restañar algunas de las heridas espirituales que las guerras traen consigo, pero la regulación del Código dejaba insatisfechos a los que, habiendo encontrado el medio para ello, buscaban dar a éste una forma legal. Unicamente nos parece que faltan en la presente regulación algunas disposiciones transitorias, que habrán de ser suplidas por los Tribunales, si bien lo será tras la angustia y malestar que esa intervención presuponen.

#### CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES.

Esta institución jurídica, como casi todas las del derecho de familia, se comprende mejor por intuición que por definición. Ninguna definición puede reflejar los matices espirituales que constituyen su verdadero contenido, y ha de limitarse únicamente a describir su aspecto jurídico, lo que a su vez llevarán a efecto utilizando términos vagos y vagas metáforas.

Colin y Capitán la definen como el «acto judílico (generalmente un contrato) que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de parentesco y de filiación.» Para Navarro Amandi es «un acto por el que se recibe como hijo al que no lo es naturalmente». El Código de Guatemala dice a su vez: «La adopción o prohijamiento es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante.» Y en sentido análogo, a las definiciones expuestas, podríamos citar bastantes más (Castán, Puig Peña, etc.), en todas las cuales se pone de relieve su cualidad de acto jurídico.

El otro grupo de definiciones, si bien es de contenido similar, difiere en estimarla como un contrato y no como un acto jurídico. Así lo hace el Código Civil alemán (art. 1.471) y el suizo (art. 269), y en nuestra patria, Ortega Lorca (*Mucius Scévola*, t. 3.<sup>o</sup>, ed. 1942), que añade, además, la idea de que «el contrato también es acto, como toda determinación de voluntad».

No podemos menos de lamentar el que pueda atribuirse a la adopción la calificación de contrato. Hoy, en que abundan más que nunca los contratos y en que la forma jurídica ha tomado un desarrollo práctico que no se podía prever, se ha iniciado una reacción en contra de la tendencia a estimar como regla general la de que todas las actuaciones jurídicas son contratos. El estudio de los matices ha permitido perfilar mejor el campo de los actos jurídicos, negocios, contratos, etc., reservando la denominación de contratos para el campo jurídico económico-obligacional, y aun dentro de él, se trata de desglosar un sector que no encaja en el concepto tradicional de contrato, cual es el de las sociedades, del cual afirma Garrigues que en él ni existen partes contratantes ni hay declaración de voluntades que se entrecruzan, sino que, por el contrario, lo que existe es una pluralidad de personas que emiten declaraciones de voluntad paralelas (t. 1.<sup>o</sup> de sus *Commentarios a la Ley de S. A.*).

Pasando a nuestro Derecho, ¿cómo encajaremos la adopción dentro del contenido del art. 1.254 de nuestro Código? Si para él «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio», ¿podríamos hablar de «dar» el hijo adoptivo, o de «prestar» los servicios de padre y de hijo? Esto sería empequeñecer y desvirtuar la institución, sin que nos resolviese problema alguno el encuadrarla forzadamente entre los contratos, lo que nos llevaría, por el contrario, a conseguir unos efectos que ni pueden ni deben ser admitidos. Por ello, la nueva regulación no utiliza nunca la palabra contrato, sino que, al tratar de la forma, había sólo de expediente y de escritura, y al referirse a los derechos sucesorios, si bien utiliza la palabra «pacto», lo hace con el calificativo de sucesorio, limitando así a lo indispensable las cuestiones que, derivadas de la adopción, pueden ser objeto de pacto y dejando la casi totalidad de ellas dentro de un derecho necesario, aunque el acto de la adopción, que constituye la puesta en marcha de esas normas de derecho necesario, subsista, como no podía menos, con un carácter de plenamente voluntario.

Podríamos definir la adopción, en vista de todo lo expuesto y desde el punto de vista jurídico: como el acto jurídico irrevocable, que, realizado en forma solemne, hace surgir entre dos

personas, generalmente extrañas, los dos vínculos y relaciones de la filiación, en una mayor o menor amplitud, según su clase. Pudiéndonos servir igualmente la anterior definición para el caso de que lo que pretendiésemos definir fuese la institución y no el acto en que ella consiste.

De esa definición, así como del contenido propio de la institución, podemos señalar los caracteres siguientes:

1.º El de ser una simple declaración de voluntad. Resulta así que queda al arbitrio individual el realizarla o no, pero sin que posteriormente a esa declaración pueda apenas entrar en su contenido.

De este carácter se derivan a su vez varias consecuencias. Fundamentalmente debe considerarse, que si bien puede llevar aneja una nulidad, como toda manifestación de voluntad, especialmente cuando no se cumplan los requisitos de capacidad necesarios para ella, tanto los generales, como los especiales señalados por la misma ley; a diferencia de otras manifestaciones de voluntad, no puede emitirse con ninguna clase de mediatizaciones, o sea que tendrá que ser siempre pura y simple, sin quedar afectada por condición, término o modo, ya que el intervenir cualquiera de ellos, se produciría el efecto de estimarse la declaración de voluntad, como no realizada. Quedan así limitadas las facultades discrecionales del adoptante a lo referente al uso de sus apellidos por el adoptado y a la determinación de los derechos sucesorios del mismo, cuando se trate de adopciones menos plenas, y sólo a estos últimos, en cuanto excedan del mínimo señalado por la ley, cuando la adopción sea plena; pero en uno y otro caso, con las limitaciones que después expondremos.

2.º Ser irrevocable. Como se deduce de su misma naturaleza y que será objeto de un estudio más detallado en otro capítulo del presente.

3.º El requerir que la emisión de voluntad revista ciertas solemnidades pre establecidas por la ley. Las cuales no están encaminadas a un fin de publicidad del acto, o sea de la declaración misma, sino a la protección del adoptado, en atención a lo delicado de las relaciones nacidas del vínculo que se constituye.

4.º Constituir un vínculo entre dos personas, en el que son éstas y su actuación la parte fundamental del mismo, sin que afecte para nada a este postulado, el que ese vínculo origine, con carácter accesorio, ciertos efectos patrimoniales. Esta dualidad no desaparece ni, aun en el supuesto de adopción conjunta por dos cónyuges, pues entonces existirá más bien una concurrencia de obligaciones y derechos, que una solidaridad, salvo algún supuesto dudoso en los casos de adopciones plenas.

5.º Que hace surgir los vínculos y relaciones de la filiación. Pues si bien es cierto que no podrá existir una equiparación entre la filiación natural y la adoptiva, esto sólo lo es desde el punto de vista humano, terreno éste en el que el derecho no puede entrar. Por ello, el afecto paternal y sus derivados, que es donde radica la diferencia entre ambas filiaciones, ha tenido que quedar fuera de la órbita jurídica, habiéndose limitado la ley, en cuanto a estas dos filiaciones, a plasmar derechos y obligaciones, que si bien son una secuela de él, son forzosamente extrañas al mismo y están basados sólo en hechos y actuaciones frente a los cuales no puede hacerse distinción entre una u otra clase de filiación.

Determinados los caracteres esenciales de la institución, el abordar una clasificación nos origina nuevas dudas. Parece que la finalidad de la institución es opuesta a cualquier género de clasificación, y así lo es, efectivamente, en su aspecto interno y humano, pero, como ya dijimos, el derecho rehuye acertadamente la intromisión en ese orden de ideas y se limita a regular la plasmación de las mismas. Y aquí sí cabe ya atribuir más o menos derechos y obligaciones al vínculo que en cada caso se constituya, con lo que tendremos una base firme en que fundar cualquier clasificación.

En nuestra patria, y atendiendo más a la finalidad de la institución que a la institución misma, podríamos considerar como clases distintas: el prohijamiento, el acogimiento familiar y la adopción. A su vez podremos dividir esta última según los términos del art. 172 del Código Civil: en adopción plena y adopción menos plena, ya que se dice por el mismo, que «la adopción por sus requisitos y efectos puede ser plena y menos plena». Pero no con ello agotamos la clasificación, sino que en la menos plena y, atendien-

do al mismo Código, tendremos que subdistinguir a su vez: la general de la especial, teniendo lugar esta última sólo en el caso de que el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante.

La distinción entre los diferentes términos de esa clasificación, si bien está motivada en circunstancias personales del adoptado, radica fundamentalmente en sus efectos. Y esto que puede parecer poco ético, no es otra cosa que una réplica a lo estudiado por la generalidad de las legislaciones respecto a la postura y situación del derecho frente a las distintas clases de hijos en la familia natural, cuya distinta clasificación y regulación, si criticada en detalle, es admitida como axiomática por todos.

## CAPÍTULO II

### ELEMENTOS DE LA ADOPCION

#### ELEMENTOS PERSONALES.

Los elementos personales en la adopción son sólo el adoptante y el adoptado. No obstante, en el momento de su constitución, es necesaria la intervención de otras varias personas, lo cual constituye uno más de los requisitos de forma de los varios exigidos por el Código para su validez, pero que estudiaremos al tratar de la misma.

#### A) *El adoptante.*

El art. 173 del Código, en la nueva redacción efectuada por la Ley de 24 de abril de 1958, es una copia casi exacta de los anteriores 173 y 174, salvo en cuanto a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, que la ha elevado de quince a dieciocho años. Cifra ésta tan arbitraria como la anterior, y que restada a la edad mínima para adoptar no da como resultado ninguna de las edades típicas del Código; doce, catorce, diez y ocho, veintiuno, etc.,

sin que tampoco pueda decirse que se trata de imitar con ella a la naturaleza, en cuanto a la edad probable de la paternidad, ya que tampoco coincide con la edad mínima para contraer matrimonio, con la que existe tal disparidad, que no admite ni la más ligera comparación.

Dice el párrafo 1.<sup>o</sup> del citado artículo: «Pueden adoptar quienes se hallen en pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de treinta y cinco años. El adoptante ha de tener, por lo menos, dieciocho años más que el adoptado». Cuyo párrafo, y pese a su sencillez, requiere algunos comentarios.

La expresión de que el adoptante se halle en el pleno uso de sus derechos civiles, excluye el que puedan utilizar esta institución los que se encuentren comprendidos en el art. 32 del Código, y, por tanto, no podrán adoptar: los menores de edad, los dementes o imbeciles, los sordomudos, los pródigos y los interdictados. Aunque la minoría de edad no requería el que la incluyésemos, ya que hemos visto que el art. 173 exige como requisito especial el que el adoptante tenga treinta y cinco años cumplidos.

En la interpretación de este extremo se muestra muy preciso Mucius Scévola, que expresa respecto a la indicada frase. «Se encuentran en este caso los que son capaces para todos los actos de la vida civil; patria potestad, administración de los bienes de la sociedad conyugal, facultad de ser tutor, protutor o individuo del consejo de familia, libre disposición de sus bienes por actos *intervivos* (donándolos, vendiéndolos, permutándolos, arrendándolos, imponiendo sobre los mismos derechos reales de usufructo, servidumbre, censo, hipoteca, etc.), facultad de disponer *mortis causa* y de suceder por título universal o singular y recibir por donación intervivos.

¿Quedará esta primera condición incompleta (sigue diciendo), si alguna de las facultades que hemos enumerado faltasen? No. Según nuestro criterio, la restricción de la capacidad jurídica ha de proceder de un estado de la persona, que afecte de un modo general a su determinación como individualidad de derecho en las relaciones de la vida civil».

Queda aún una cuestión a tratar en cuanto al punto que comentamos, y es la de determinar qué efectos producirá el que alguna de las aludidas causas de incapacidad sobrevengan después

de efectuada la adopción, lo cual involucra la de si la familia natural podrá o no recobrar la patria potestad.

Es evidente, que en el caso de tratarse de una adopción conjunta por dos cónyuges, en defecto del que ejerza la patria potestad sobre el hijo adoptivo, pasará ésta al otro cónyuge; pero si la adopción fuese por una sola persona, o si tratándose de dos cónyuges sólo quedase uno de ellos, la solución del problema de la incapacidad del adoptante sobrevenida con posterioridad a la adopción, será distinta según la clase de que se tratase.

Si se tratase de la menos plena, dice al efecto el Código en el párrafo 2.º de su art. 180: «En defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza». Con ello, y siempre que el supuesto no llevase consigo la extinción de la patria potestad, deberemos entender que ésta se encuentra suspendida en su ejercicio, pero no extinguida, ya que la extinción sólo procede en los casos de que después trataremos y la suspensión permite la recuperación de aquella patria potestad sobre el hijo adoptivo, una vez que haya desaparecido la incapacidad de que se trate.

Si la adopción fuese plena, el supuesto contemplado dará lugar a la formación del organismo tutelar, ya que el contenido del artículo 47, referente al matrimonio, es lo suficientemente expresivo al efecto, y teniendo que ser entendido como de aplicación general, y sin que lo sea sólo para el supuesto de la prestación del consentimiento para el matrimonio del hijo adoptivo. Dice dicho artículo, en su párrafo 2.º, refiriéndose a la licencia para contraer matrimonio: «Si se tratare de hijos adoptivos, se pedirá la licencia al adoptante. En su defecto, si la adopción es plena, se solicitará al consejo de familia; si es menos plena, antes que a ésta se pedirá a las personas de la familia natural, a quien corresponda». Estando de acuerdo la interpretación que realizamos de ese precepto, con la efectuada por la Exposición de Motivos de la misma ley, como posteriormente tendremos ocasión de tratar.

El requisito de que el adoptante ha de tener al menos treinta y cinco años cumplidos, no tiene ninguna explicación, como ya decíamos antes, por ello tampoco se la da la la Exposición de Motivos, la cual se limita a indicar el que se ha disminuido a esa edad la de cuarenta y cinco años, que antes se fijaba por el Código, porque ese plazo resultaba «en extremo dilatado». No lo compren-

demos. Si de lo que se trataba era de que entre adoptante y adoptado existiese una diferencia de edad que permitiese el que pudiera surgir el respeto que ella presupone, coadyuvándose al fin a que se encamina la adopción, holgaba el preocuparse de la edad del adoptante y si únicamente de la diferencia de edades entre éste y el adoptante, que incluso hubiera sido conveniente el fijar en veintiún años, que es la de la mayoría de edad; pero si no es esa la finalidad, no podemos encontrar ninguna otra que con mayor o menor aproximación justifique la fijada por la ley, que parece haberlo sido completamente al azar.

Todos los requisitos expuestos son los generales para toda clase de adopción, pero si se tratase de adopciones plenas, se exigen además otros por el art. 178 del Código. Se expresa por éste en su párrafo 1.º: «Sólo podrán adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos, procedan de consumo y lleven más de cinco años de matrimonio. También podrán hacerlo las personas en estado de viudedad».

El contenido de ese párrafo es, en general, bastante comprensible, siendo muy plausibles las razones alegadas en su justificación por la Exposición de Motivos. La finalidad de llegar a una analogía casi total con la filiación legítima, explica el que sólo pueda utilizarse esta forma de adopción por los cónyuges de consumo o por persona viuda. Igualmente la de evitarse adopciones precipitadas durante los primeros años de matrimonio, justifica a su vez el que los cónyuges hayan de llevar casados cinco años al menos. La única frase de difícil interpretación es la referente al requisito de que los cónyuges «vivan juntos», y de ella pasamos a tratar con mayor detenimiento.

Que el buen ejemplo es uno de los deberes inherentes a la patria potestad, lo demuestra el mismo Código Civil, al hablar en su articulado de «ejemplos corruptores», de causas que afecten «a la formación moral de los hijos», etc.; por ello, la separación de los cónyuges no puede estimarse como un hogar propicio para que el nuevo hijo adquiera esa formación moral que la ley y la ética propugnan, y queda justificado el voto que ese hecho ha de poner al ejercicio de la adopción plena. Entendido así, y no creemos que pueda serlo en otra forma, se comprende que en la citada frase tenga que ir incluida, no sólo la separación legal, sino incluso la

de hecho. Es cierto que esta última es más difícil de precisar, pero la amplitud de facultades que parece concedérsele al Juez en esta materia, como ponen de relieve los artículos dedicados a la forma y a la impugnación de la adopción, permitirán un análisis de la situación especial de cada uno de los casos planteados, que permitan el decidir concretamente sobre la procedencia o no de la adopción solicitada.

Todas las circunstancias que acabamos de enumerar y que podríamos denominar positivas, no son las únicas exigidas para la validez de la adopción, sino que se exigen otras varias circunstancias negativas o prohibiciones que no pueden concurrir para la existencia de dicha validez, o sea que producen el mismo efecto de impedir el que la adopción pueda realizarse. Están recogidas por el mismo art. 173, al disponer: «Se prohíbe la adopción:

- 1.<sup>º</sup> A los eclesiásticos.
- 2.<sup>º</sup> A los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos.
- 3.<sup>º</sup> Al tutor, respecto a su pupilo, hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas.
- 4.<sup>º</sup> Al cónyuge sin el consentimiento de su consorte. Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, y fuera de este caso nadie puede ser adoptado por más de una persona.»

La claridad de estos puntos es más aparente que real, y obligan a una exégesis detallada de cada uno. En primer lugar, el término «eclesiásticos» mereció ya diversas interpretaciones en la antigua redacción de estos preceptos. En Mucius Scévola, la interpretación literal de la palabra, o sea la de referirse al que está ordenado y admitido en el número y Orden de la Iglesia, es la preferente, aunque termina diciendo, que si bien las numerosas instituciones religiosas en que sus miembros no han recibido Ordenes mayores, no están comprendidas en la prohibición, el efecto es el mismo, por estásela vedada por sus reglas particulares. Concluye, pues, sentando el mismo criterio, que como después veremos, siguen la generalidad de los tratadistas patrios.

Este criterio general, que estimamos muy acertado y que es el seguido por De Buen, Manresa Puig Peña, De Diego, etc.; entiende

que ese término hay que interpretarlo en armonía con el mismo Código, concretamente con lo dispuesto por el art. 83, en el que se prohíbe el matrimonio a «los ordenados *in sacris* y los profesos en una orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente licencia canónica». A este respecto nos parece acertada la opinión sustentada por Sánchez Román, de que la prohibición parece estar fundada en el deseo de «evitar que la adopción pueda ser fórmula que quebrante en la apariencia el rigor del principio del celibato eclesiástico, o que facilitara a las personas investidas de este carácter, medio para lograr una situación civil para prole sacrilega, habida con infracción de aquella ley canónica». A lo que podemos añadir con Manresa, que era «preciso evitar que cualquier hecho sirva de base a juicios temerarios que cedan en menoscabo de honra», pues en este extremo creemos que debe ser aplicado el ya clásico aforismo sobre la «mujer del César».

La finalidad de la segunda prohibición es evidente y no requiere comentario, únicamente hay que señalar, que al haberle añadido en la presente reforma el que tampoco podrán tener hijos naturales reconocidos, se han hecho desaparecer las únicas dudas que surgían en la interpretación de ese número en la anterior redacción del precepto. También se resuelve en la nueva el problema de la supervivencia de hijos, en el sentido de que ello no afectará a la adopción ya realizada, la cual continuará subsistente. Se demuestra este extremo por el contenido del art. 174, al decir que el pacto sucesorio entre adoptante y adoptado se entiende «sin perjuicio de los derechos legitimarios», y con mayor precisión aún, cuando expresa en otro de sus párrafos, que en orden a la tutela, etc., adoptante y adoptado serán considerados como padre e hijo, «pero los hijos legítimos y los hijos naturales reconocidos, si existiesen, serán preferidos a los adoptivos». Y al estimar como irrevocable la adopción en el art. 175, se comprueba esta causa entre las de revocación.

La prohibición del núm. 3.<sup>o</sup> es tan ineludible que, habiendo sido omitida en algunos códigos, como en el del Uruguay, ha sido reconocida y reconocida por la jurisprudencia de dicho país, pues como dice Sofía Alvarez (citada por Puig Peña), la obligación de rendir

cuentas es de orden público. Igualmente se manifiesta Vosari, que precisa aún más esa obligatoriedad al comentar el contenido del art. 107 del Código Civil italiano.

El último de los números transcritos tiene como especialidad la de recoger a la vez una prohibición y una autorización. La prohibición se deriva de la peculiar idiosincrasia de la institución, que al crear deberes familiares y de convivencia, no lo haría en una forma viable, ni permitiría el que se produjese el resultado apetecido, si adoptando uno sólo de los cónyuges, no diera su conformidad para ella el otro cónyuge.

Esa misma consideración es la que posibilita y aconseja la autorización de que hablamos, de admitirse la adopción conjunta por ambos cónyuges. Único caso, como dice la ley, en que una persona puede ser adoptado por otras dos. No hay que olvidar en este punto, que esa circunstancia permisiva se da sólo para las adopciones menos plenas, ya que en las plenas, es por el contrario la regla general ineludible la de que la adopción sea conjunta por ambos cónyuges, contra la cual no se admite más excepción que la de ser viudo el adoptante (art. 178).

Cuestión distinta a la planteada, aunque análoga a ella, es la de la adopción sucesiva, o sea cuando extinguida una adopción, el hijo adoptivo pase a ser adoptado ahora por otra persona. Este supuesto es plenamente admisible y no puede estar comprendido en la prohibición señalada por el Código, ya que al referirse a que nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo el supuesto que en el mismo se prevé, sólo puede referirse a la adopción coetánea, nunca a la sucesiva. Si se admitiese aquélla, existirían dos titulares activos de patria potestad; admitiéndose ésta, habrá una sola patria potestad, ejercida sucesivamente por dos personas distintas.

El supuesto de la adopción conjunta por dos cónyuges, admitido por el Código, aún nos plantea otros problemas, cual es el de determinar qué efectos producirá en esa adopción la declaración de nulidad del matrimonio de los adoptantes, que a nuestro juicio será el de provocar también la nulidad de la adopción por ellos realizada, a cuyo respecto es bastante claro el apartado final del número cuarto que venimos comentando. Si nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo cuando se trate de cónyuges, y

éstos resultaran no serlo, faltaria el requisito primordial contemplado por el Código y entraríamos de lleno en la prohibición que en él se prevé.

Mucius Scévola, que es uno de los pocos que se plantean el problema, adopta una solución intermedia, basándose en el contenido del art. 69 del Código, y estima que sólo será nula la adopción cuando hubiese intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges.

Sentimos disentir de él en esta materia. Nos basta para ello con plantearnos el supuesto de que el cónyuge en quien haya recaído la patria potestad sobre el hijo adoptivo contraiga nuevo matrimonio, y en su vista considerar lo que se dice por el citado núm. 4.<sup>º</sup> del art. 173 y por el art. 178 respecto a la adopción plena, y a su vez estimar la finalidad perseguida por esos preceptos. ¿Se le iba a permitir al nuevo cónyuge el que adoptase al hijo que ya lo estaba por su consorte? Nadie puede serlo por más de una persona, o por dos si se tratase de cónyuges, pero en ningún caso por tres. ¿Se le prohibiría esa adopción por estarlo ya por dos personas que estaban unidas por matrimonio en el momento de realizarla? Entonces se motivaría la anomalía, de que los cónyuges actuales no podrían utilizar la adopción conjunta, que es la que se trata de favorecer, por estar adoptado ya en esa forma por dos personas que en ese momento no se encuentran ligadas con vínculo matrimonial de ninguna clase. Llegar a esas conclusiones por pretender aplicar de una manera forzada la doctrina del art. 69, referente a los efectos de la nulidad del matrimonio, no nos parece criterio acertado, y más cuando la nulidad de la adopción, fundada en la del matrimonio adoptante, no impide otra posterior por uno u otro de los cónyuges, aunque se trate de una adopción menos plena, o por alguno de ellos y el nuevo cónyuge con el que haya contraído matrimonio, con lo que puede llegarse incluso a una adopción plena, si la declarada nula fué de esta clase.

Si sólo se tratase de la separación, la cuestión es distinta. El vínculo sigue subsistiendo, e incluso mediante la reconciliación, puede reconstituirse de nuevo la vida en común de los esposos. Siendo así, no encontramos precepto en qué apoyarnos para estimar que la adopción deba quedar sin efecto en virtud de la separación. Es más, el supuesto que planteamos para contradecir la

subsistencia del vínculo adoptivo en los casos de nulidad de matrimonio del de los adoptantes, no podrá darse en el presente. Todo lo cual nos lleva a estimar, que la separación no produce por sí misma la nulidad de la adopción, salvo que las causas de la separación lo sean también de extinción de la adopción y de las cuales trataremos con posterioridad, pero en cuyo caso, la separación no sería la motivadora de la extinción de la adopción, sino que la causa que dió motivo a la separación, lo sería también de esa extinción.

Efectivamente, si uno al menos de los cónyuges es inocente, a éste pasará la patria potestad, según se dispone en el art. 72 del Código, por lo que no se planteará problema alguno. Si ambos fuesen culpables, al no poder admitir la solución adoptada para la familia natural por el citado precepto, tendremos que adoptar dos distintas soluciones, según el caso que pueda plantearse: 1.º Que la causa de separación afectase a la moralidad de los hijos. En este caso, y según dijimos anteriormente, ella obligará a que se inicie y declare judicialmente la extinción de la adopción, conforme a lo dispuesto en el art. 175. 2.º Que la causa de separación fuese cualquier otra, y al acordarla el Juez estimase que deberá de proveerse de tutor a los hijos, el caso, respecto a los adoptivos nos obliga a subdistinguir de nuevo; si la adopción es menos plena, la patria potestad de éstos deberá pasar a la familia natural, de conformidad con lo dispuesto por el párrafo 2.º del art. 180, y si la adopción es plena, se constituirá el organismo tutelar, como dispone el art. 72, y del que hablamos al tratar de la incapacidad del adoptante sobrevenida con posterioridad a la adopción.

Complementando algunas de las conclusiones expuestas, hemos de indicar que, siempre que se produzca una extinción de la adopción, tendrá que aplicarse lo dispuesto por el párrafo 2.º del artículo 175, en el que se expresa que, «en los casos en que se declare extinguida la adopción, quedará sin otros efectos que los ya consumados». Norma clara, de la que posteriormente hemos de tratar con mayor detenimiento.

**B) *El adoptado.***

Pocos requisitos exige el Código en cuanto a la persona del adoptado, y aún éstos, son negativos. No obstante, los problemas más importantes son precisamente aquellos que la nueva regulación ha omitido, siguiendo en ello la misma tónica de la antigua, quizá por estimar que se sobrentenderían, o por no haberlos previsto al desarrollar la presente institución en el articulado.

El primero de los requisitos, que lo es también respecto al adoptante, y que por otra parte es el único que exige el Código, expresamente respecto a las dos formas de adopción, es el que entre adoptante y adoptado medie al menos dieciocho años de edad.

Los requisitos especiales en las adopciones plenas, se recogen por el párrafo 2.<sup>o</sup> del art. 177, al decir: «Únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes». La redacción del precepto no ha sido muy afortunada, pero parece ser que, en todo caso, habrán de llevar más de tres años en la situación de expósitos o abandonados, y, además, tener menos de catorce años, o que en caso de tener más de esa edad, hayan sido prohijados por los adoptantes antes de haberla cumplido.

Es evidente que si faltasen algunos de esos requisitos no significaría ello el que fuese imposible toda clase de adopción, sino únicamente la plena, e igualmente estimamos que si por no haberse cumplido los tres años de abandono o exposición hubiese de utilizarse la forma de adopción menos plena, transcurridos los mismos no habrá inconveniente legal alguno en poderla transformar en otra plena, ya que ésta atribuye mayores beneficios al adoptado, lo cual es una de las finalidades perseguidas por toda adopción en cuanto que sean compatibles con otros varios intereses igualmente legítimos.

Queda aún por aclarar un extremo de ese precepto, que es el referente a si en el término prohijamiento que el mismo utiliza, está o no comprendido el acogimiento familiar. Nos inclinamos por la opinión negativa, que a nuestro juicio está fundada, no sólo en que el término es claro y deberá ser entendido literalmente, sino tam-

bien en que el acogimiento familiar se permite respecto a menores en una situación de abandono relativo (puede verse el apartado final del art. 3.<sup>o</sup> de la Orden de 1 de abril de 1937), lo cual estaría en desacuerdo con el contenido de todo el precepto.

La anterior regulación sobre esta materia hizo surgir dos problemas, de los cuales uno está resuelto claramente en la nueva regulación y el otro lo está en forma indirecta. Consisten dichos problemas en la determinación de si podían ser adoptados las mujeres casadas y los hijos ilegítimos.

El primero de ellos está resuelto en el párrafo 2.<sup>o</sup> del art. 176. Efectivamente, al determinar los requisitos formales de la adopción, y concretamente en cuanto a las personas que deben prestar su consentimiento para ella ante el Juez, expresa, «y si fuera casado, el de su cónyuge», refiriéndose desde luego al del adoptado. Resulta así, que hoy no sólo pueden ser adoptadas las mujeres casadas, sino que se establece como regla general el requisito de que si fuese casado el adoptado, y sea cualquiera su sexo, se exige para su adopción el consentimiento del otro cónyuge.

En cuanto a los hijos ilegítimos, el problema es más arduo y está relacionado con la cuestión de si pueden o no ser adoptados las restantes clases de hijos, sin que podamos entrar en su solución, en tanto que no desentrañemos previamente algunas de las finalidades de la adopción.

No puede haber duda de que la adopción se propone dotar de una filiación, con todos los efectos a ella inherentes, a aquellos que carecen de ella, o bien sustituir la filiación que poseía el que va a ser adoptado, por otra que se estima mejor para el mismo, e igualmente es evidente que para conseguir esa finalidad se prohíbe todo aquello que podría hacer surgir una oposición entre dos patrias potestades distintas, que, aunque no fuesen coetáneas, podría suponer una duplicidad, aunque solamente fuese parcial; pero también lo es, que no ha podido siquiera pasar por la mente del legislador, el que esta institución pueda ser utilizada para hacer nacer entre dos personas relaciones familiares y económicas, ¡de una categoría inferior a las ya existentes entre ellas por imperativo legal!

Tenemos así que sostener, que no pueden ser adoptados por una persona sus mismos hijos legítimos, legitimados o naturales

reconocidos. Ello es tan opuesto a esta institución, tan antinatural y antijurídico, que no requería el ser consignado expresamente en la misma ley, pero a pesar de ello lo ha sido, ya que el núm. 3.<sup>º</sup> del art. 173 prohíbe la adopción a los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, sin que en ese precepto se distinga sobre si estos hijos tienen o no que ser personas distintas a aquella de cuya adopción se trata.

Problema distinto es el de determinar si esos hijos pueden ser adoptados por el cónyuge de su padre o madre, el cual sólo tendría con ellos, en su defecto, el leve lazo que supone el parentesco por afinidad. Aquí la adopción tendrá una finalidad y un contenido propio, pudiendo servir incluso para robustecer los lazos matrimoniales entre el padre o madre y el cónyuge adoptante. La única cuestión que se planteaba era la anomalía que suponía el que en el caso de ser la esposa la adoptante, pasase a ella la patria potestad de los hijos que su esposo hubiere tenido en anterior matrimonio, y precisamente de unos hijos cuyo padre continuaba siendo el jefe de la sociedad conyugal. Esa anomalía ha sido elegantemente resuelta, con un sentido práctico y humano por el párrafo 1.<sup>º</sup> del art. 180, que establece para este supuesto el principio de que la patria potestad se atribuya a los dos esposos por el orden general determinado por el art. 154, o sea al padre, y, en su defecto, a la madre, sin distinguir entre ellos si se trata del natural o del adoptivo.

Hasta aquí no han surgido verdaderas dificultades interpretativas en cuanto al problema de que tratamos, pero hemos de preguntarnos: y respecto a los hijos naturales no reconocidos, o respecto a los demás hijos ilegítimos, ¿podrán ser adoptados por sus padres o estarán excluidos de este beneficio? Creemos que no existe obstáculo legal alguno para ello. La prohibición del art. 173 antes referida no comprende a estos hijos. La referencia que realiza el también citado párrafo 1.<sup>º</sup> del art. 180 a los hijos legítimos, legitimados y naturales reconocidos, no puede siquiera ser citada como argumento en contra, ya que lo que se trata de solucionar en ese párrafo es los problemas que pueden surgir entre dos patrias potestades de hecho, aunque el derecho sólo reconociese una, en tanto que, respecto a los hijos de que tratamos, no existe ninguna, no ya de derecho, sino bastantes veces ni aun de hecho. Esas

mismas razones impiden el sostener la duplicidad de patria potestad en una misma persona, como razón contraria a la admisión de la adopción del hijo ilegítimo por sus padres. De otra parte, al conseguirse al través de la adopción unos derechos y obligaciones entre el padre y el hijo de los que antes carecían y los que mediante esta fórmula permite el que surjan sin «escándalo público» (valga la frase), es ya suficiente razón para aconsejar la utilización de esta institución, y precisamente en estos casos. Podemos añadir aún que sería verdaderamente absurdo el que se permitiese adoptar plenamente a un expósito cuando fuese hijo ilegítimo de un tercero, y prohibirlo cuando se tratase del propio. Por todo ello, y siguiendo el principio de «ubi lex voluit dixit, ubi non voluit tacuit», hemos de admitir sin reservas estas adopciones.

Nos queda por señalar, por último, en cuanto a la cuestión de que venimos tratando, el caso tan finamente planteado por Mucius Scévola, del hijo natural no reconocido a quien en el momento de realizarse la adopción se le califica de tal por el adoptante, que es a la vez su padre. En cuanto a él, nos encontramos con un reconocimiento, mejor dicho, con un escrito indubitable bastante para obtener la cualidad de natural reconocido, que al transformar su situación le haría quedar excluido de la adopción iniciada, lo que le haría quizás perder más derechos que los que el mismo Código le concede como tal natural reconocido. La cuestión entendemos que no afecta a los principios, sino al derecho adjetivo. Mientras no se dén los requisitos formales para que el reconocimiento sea pleno, la declaración del padre podrá servir para poderle obligar a reconocerlo; pero, entre tanto, no hay inconveniente en mantener la validez de la adopción, que podrá evolucionar a un estado de derecho más favorable al hijo mediante el reconocimiento posterior, bien sea éste voluntario o forzoso.

¿Queda alguna limitación más? Aparentemente hemos de contestar que no, y así resulta desde el punto de vista civil. Pero como los problemas económicos tienen cada vez mayor importancia en la vida real, y la legislación fiscal afecta directamente a esos problemas, el requisito exigido por la legislación del Impuesto de Derechos reales, de que para poder gozar de los tipos beneficiosos dictados para las herencias y donaciones entre adoptantes y adoptados será indispensable el que en las adopciones realizadas con-

posterioridad al 1 de abril de 1945, el adoptado tenga menos de treinta años de edad en el momento de realizarse su adopción, resulta de hecho una limitación para bastantes adopciones, ya que, pasada esa edad, quedaba poco contenido real a la adopción. Hoy, después de la nueva regulación de la adopción, esta limitación fiscal no tendrá tanta influencia, ya que los posibles derechos sucesorios serán objetivo bastante para tratar de dar estado legal a una situación real de afecto, ayuda y respeto, similar a una filiación, y que de no tener otra finalidad, sería difícil el que fuese asegurada mediante esta institución, que traerá consigo más complicaciones y formalidades que el simple estado de hecho, similar, no obstante, a ella en cuanto a sus efectos reales.

#### ELEMENTOS FORMALES.

Aunque ya de tan repetidos y sabidos resultan olvidados, no podemos omitir el señalar ciertos precedentes en esta materia, si quiera sea con la finalidad de evitar el que alguien pueda confundir con un ser dotado de vida a la casi cadavérica Ley de Enjuiciamiento Civil, y se pregunte qué significado puede tener el epígrafe de su título II del Libro III, que lleva como rúbrica «De la adopción y de la arrogación». Para ello tendremos que remontarnos al Derecho Romano, y si cierto tufo tradicionalista es consustancial al Derecho, ya que es más fácil para la humanidad el cambiar en su modo de vida que en sus pensamientos y formalismos jurídicos, el caso de nuestra Ley de Enjuiciamiento pasa de lo tradicional para caer de lleno en lo arcaico.

Resulta paradójico al respecto el que en la misma fecha en que se aprobó la reforma del Código Civil, de que en parte estamos ocupándonos, se aprobase también la correlativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil motivada en aquélla, pero sin que alcance al título reseñado. Quizá se pensase por el legislador que si bien algunos de los artículos de ese título estaban ¡muertos!, ello no impediría la vigencia de los restantes; pero esto es sólo cierto en una primera aproximación, pues si bien ellos no ¡matan! a los restantes, casi les producen la ¡asfixia! En descargo de esta postura legislativa, puede alegarse que ese reproche es igualmente

aplicable a casi todas las demás secciones de la ley; pero deberá tenerse en cuenta que no por ser cierta esa afirmación podrán mejorarse los reproches que a ese título pueden hacérsele.

Si en el Derecho Romano los padres eran en cierto modo dueños de los hijos de familia, en tanto que el *sui juris* resultaba ya completamente libre, la adopción del primero, o adopción propiamente dicha, era con toda propiedad un contrato entre el adoptante y el padre del adoptado, en tanto que la del segundo, o arrogación, tenía ya un carácter completamente distinto. Las Partidas nos transmitieron esa distinción y exigieron para la adopción la autorización del Juez, en tanto que para la arrogación fijaba el otorgamiento del rey, cuya distinción ha pasado a nuestra Ley de Enjuiciamiento, y si bien en el momento de publicarse la misma estaba justificada su subsistencia, porque había de considerarse vigente aquella ley, desde entonces han pasado muchas leyes ¡por el dintel de la aprobación!, e incluso lo han sido en un apresurado tejer y destejer sobre una misma materia, sin que esto haya impedido el que continuasen vigentes las disposiciones sobre la arrogación, tan fáciles de sustituir, aprovechando cualquiera de esas ocasiones.

Limitada la reseña histórica a estas breves indicaciones, hemos de concluir señalando que hoy, y en virtud del contenido de los artículos reformados del Código Civil, especialmente del 176 y del 177, así como de los correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la parte en que están vigentes, la parte adjetiva de la presente institución hemos de considerarla dividida en tres grupos: requisitos previos a la misma, requisitos coetáneos y requisitos posteriores, en cuyo orden los estudiaremos.

#### A) *Requisitos previos.*

Esta serie de requisitos que constituyen el grupo de los necesarios para la iniciación del acto formal de la adopción, no son otra cosa que la existencia de todas aquellas circunstancias personales exigidas para poderse llevar a efecto, además de la inexistencia de todas aquellas prohibiciones determinadas por el Código. Pero como todas esas circunstancias, positivas y negativas, han queda-

do expuestas al tratar de los elementos personales, omitiremos aquí su repetición, que resultaría redundante e innecesaria.

B) *Requisitos coetáneos.*

Este es el grupo más importante y trascendental de los elementos formales de la presente institución, que están recogidos en el art. 176 del Código Civil y en los correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esos dos grupos de preceptos se deduce la existencia de dos clases de adopción en atención a sus formalidades, la que podríamos denominar judicial y la administrativa. La primera constituye la regla general, en tanto que la segunda es aplicable solamente a las adopciones de las personas recogidas o tuteladas en Casas de Expósitos u otros establecimientos de Beneficencia.

1.º *Forma judicial.*

Esta forma está recogida fundamentalmente por el párrafo 1.º del art. 176 del Código. Se dice en el mismo: «La adopción se autorizará previo expediente, en el que necesariamente se manifestará, a la presencia judicial, el consentimiento del adoptado mayor de edad; si fuera menor o incapaz, el de las personas que debieran darlo para su matrimonio, y si fuere casado, el de su cónyuge.» Añadiéndose a ello por el párrafo 3.º: «Será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos.»

La preocupación que parecen haber tenido los redactores del nuevo precepto de corregir en él las deficiencias del anterior, los ha llevado a olvidarse de consignar el que el expediente se tramitará ante el Juez, o bien simplemente el que la autorización para la adopción tendría que darla dicho funcionario, limitándose a decir, y como de pasada, que el consentimiento de las personas aludidas se prestaría ante dicho funcionario. No es que ello pueda motivar un grave problema de hermenéutica, pues resulta claro el que este expediente sólo podrá ser judicial, no ya sólo por deducirse del mismo contexto del precepto, especialmente de su párrafo 3.º, sino también porque en el artículo siguiente se manifiesta que la aprobación se llevará a efecto por el Juez, además de que en la Ley de Enjuiciamiento es éste el tema central de toda la regulación llevada a efecto por su articulado; pero, a pesar de ello,

hubiese costado poco trabajo el dejar sentado este extremo con la suficiente claridad.

Aún hemos de señalar, en relación con esta forma, que sólo podrá ser aplicable a algunas adopciones menos plenas, ya que las adopciones de los acogidos en las Casas de Expósitos u otros establecimientos de Beneficencia, únicas que pueden revestir la forma de plenas, y que incluso podrán también serlo menos plenas, se rigen por el expediente administrativo, del que después trataremos.

El expediente judicial se inicia en virtud de solicitud del adoptante dirigida al Juez de primera instancia del domicilio del adoptado (art. 1.825 y regla 16 del art. 63, ambos de la LEC), en la que será potestativo para el solicitante valerse de abogado y procurador (núm. 4.<sup>o</sup> del art. 10 y núm. 7.<sup>o</sup> del art. 7.<sup>o</sup> de la LEC.).

El contenido de esta solicitud consistirá en una exposición de las razones que tenga el adoptante para llevarla a efecto, además de expresar el que concurren los requisitos legales necesarios para que ésta sea posible, o sea los que hemos indicado como previos para la adopción (art. 1.875 de la LEC.). Entre las razones que deberán constar en la solicitud, estarán comprendidas las referentes a la utilidad que la adopción que se solicita puede reportar para el adoptado, las cuales serán objeto de una información durante la tramitación del expediente, y en esa frase de tan amplio contenido hemos de entender que deberá estar comprendido todo lo relativo a los derechos que el adoptante se proponga conceder al adoptado en relación con su herencia, así como lo referente al uso de sus apellidos, ya que por la naturaleza e importancia de esas cuestiones las indicaciones a ellas referentes podrán servir para inclinar el ánimo del juzgador en favor de la procedencia de la adopción que se solicita, pues serán numerosos los supuestos en los que la indiferencia entre la situación del adoptado en su familia natural y la que pueda tener en la adoptiva, radicará casi únicamente en esos derechos, y más concretamente en cuanto al primero de los aludidos.

Continúa diciendo el art. 1.825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su párrafo 2.<sup>o</sup>: «Se acompañarán al escrito las partidas de bautismo o certificaciones de nacimiento del adoptante y adoptado, y los demás documentos que sean pertinentes, y se ofrecerá

la información sobre los extremos que no puedan justificarse con documentos, y sobre la utilidad de la adopción para el adoptado.\* Finalmente, no habrá inconveniente en que este escrito vaya firmado también por el padre o la madre, bajo cuya potestad esté la persona que se trata de adoptar, pero sin que pueda conservarse a ese requisito el carácter de alternativo que le daba el art. 1.826 de la Ley de Enjuiciamiento, o sea de que esas personas podrían, o bien firmar el escrito de solicitud, o bien prestar su consentimiento ante el Juez, ya que el art. 176 del Código es lo suficientemente preciso al efecto, y la no observancia de sus disposiciones acarrearía la nulidad de la adopción. Por ello podríamos decir, en resumen: que el consentimiento deberá prestarse ineludiblemente ante el Juez, pero que no hay inconveniente legal alguno en que además pueda firmarse la solicitud por el padre o madre.

Como trámite siguiente se determina en el art. 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento: «Cuando el adoptado sea mayor de siete años, el Juez le hará comparecer para explorar su voluntad, consignándose también en los autos si está conforme con la adopción, o no la contradice.» Este requisito no ha resultado afectado por las nuevas disposiciones del Código, por lo que deberá mantenerse su vigencia, aunque con un carácter de elemento informativo para la decisión judicial; pero sin olvidarse que si el adoptado es mayor de edad y no está incapacitado, tendrá que prestar su «consentimiento» para la adopción en presencia del Juez, sin que baste el utilizar para ello cualquier fórmula más o menos vaga, como la de «no contradecirla», aunque esté apoyada en el artículo transscrito de la Ley de Enjuiciamiento, ya que el Código es preferente en este extremo y no autoriza ambigüedades en la expresión. En este momento de la tramitación es cuando procederá el que se recojan en el expediente las prestaciones del consentimiento para la adopción de todos aquellos que deban darlo, según los casos, y cuya manifestación se hará precisamente ante el Juez. Como personas que tendrán que prestar el consentimiento, según dispone el Código Civil, están: el adoptado, cuando es mayor de edad y no está incapacitado; su cónyuge, en todo caso, y las personas que deban prestar su consentimiento para el matrimonio según el orden establecido por los arts. 46 y 47 del Código, si el adoptado fuese menor de edad o estuviese incapacitado.

Surge aqui el problema de determinar quiénes deberán dar el aludido consentimiento cuando se trate de menores de edad que hayan sido emancipados por matrimonio, concesión del padre o de la madre o habilitados de edad; mejor dicho, el decidir si en esos supuestos bastará el consentimiento del adoptado, como si se tratarse de un mayor de edad, o si es necesario el de las personas que deben prestarlo cuando éste es menor. Cuya cuestión reviste gran importancia, en vista de la amenaza de nulidad que envuelve el incumplimiento de cualquiera de las circunstancias expresadas en el párrafo 1.<sup>o</sup> del referido art. 176 del Código.

Mucius Scévola, uno de los pocos que se plantean la cuestión, aunque lo hace parcialmente, concluye manifestando que el fundamento del consentimiento solicitado al padre, etc., radica «en la incapacidad del menor para regir su persona y obligarse», y siendo la adopción un contrato que, afectando a la posición legal de las personas, no origina ninguno de los actos y contratos señalados en el art. 317 del Código Civil, no será, por tanto, necesario el consentimiento del padre o de las personas que deban darlo para su matrimonio.

Realmente resulta engoroso este afán de encuadrar todo en el ámbito contractual, que culminó en el ya anticuado Contrato Social de Rousseau, del que ya sólo puede hablarse desde un punto de vista histórico. ¿Contratos en los cuales figura como contenido el respeto, la obediencia, el amor filial, el cuidado paternal, las buenas costumbres?, etc. Un poco más de seriedad, ya que resulta hasta inelegante, el tratar como un vulgar contrato a cuestiones tan íntimas y delicadas. Y si no consideramos la adopción como un contrato, ¿qué queda para apoyar la opinión de la capacidad del emancipado, respecto a poder prestar su consentimiento para la adopción? Nada.

No puede negarse que el que ha sido emancipado por alguna de las causas antes indicadas, tiene, o se le supone, un mayor grado de raciocinio que cualquier otro menor de edad, y que sería ilógico el que se pudiese efectuar su adopción en contra de su voluntad; pero esto no lo autoriza nunca la ley, ya que, como hemos visto, al ser mayor de siete años, tendrá que manifestar ante el Juez si está conforme con la adopción, o no la contradice (art. 1.827 de la LEC.), y si lo que hace es oponerse a ella, el Juez no podrá con-

tinuar la tramitación del expediente (art. 1.828 de la LEC.). Esos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento, no derogados por el Código, ni aun con su actual redacción, impiden el que la voluntad del menor, sea cualquiera su edad, y siempre que sea superior a siete años, pueda ser menospreciada; pero también revelan, que no le ha bastado al legislador esta voluntad favorable del adoptado, para aplicar sin más la procedencia de la que se solicita, sino que ha apelado también al consentimiento del padre, etc.

Aparte de los razonamientos expuestos y de los que omitimos para no desmesurar el problema, nos encontramos hoy con el texto mismo del art. 176 del Código, no sólo en cuanto a lo preciso de sus términos, que distinguen con toda nitidez entre adoptado «mayor de edad» y el «menor o incapacitado», sino fundamentalmente en cuanto a su párrafo 3.<sup>o</sup>, en el que sin ninguna clase de sutilezas declara nulas las adopciones en que no se cumplan los requisitos señalados en el precepto. Por ello podremos decir en conclusión, que deberá estimarse como una causa de nulidad, el que tratándose de un menor de edad, sea cualquiera su clase en orden a la capacidad, se preste sólo por él el consentimiento para su adopción, sin que figure en el expediente el de las personas que debieran darlo para su matrimonio.

Continuando la exposición de la tramitación del expediente, hemos de señalar que, con las referidas prestaciones de consentimiento, se inicia la verdadera actuación del Juez. En ese instante admitirá la información que fué ofrecida en la solicitud, con citación del Ministerio Fiscal, para la que deberán concurrir, al menos, tres testigos, que si no fuesen conocidos del Secretario serán identificados con otros dos de conocimiento (art. 1.828 de la LEC.). No se dice nada, ni por el Código ni por la Ley de Enjuiciamiento, sobre los extremos que deberán ser objeto de esta información, antes al contrario, al hacerse la reforma del Código Civil, se ha suprimido incluso la frase de que la adopción sería aprobada «si la cree conveniente al adoptado», pues apenas puede considerarse como tal, la exigencia de la Ley de Enjuiciamiento, de que mediante la información se acreditarán los extremos del escrito que no tengan confirmación documental, a la vez que la «utilidad de la adopción para el adoptado» (art. 1.825); pero esta parquedad concede una mayor libertad al Juez para indagar todas las cir-

cunstancias físicas y morales, que, según el caso planteado, puedan afectar al desenvolvimiento favorable de la adopción solicitada, y es precisamente en este punto en el que puede resultar más importante la intervención judicial para el mismo adoptado, mejor dicho, para el que se trata de adoptar. Por ello, sigue siendo válido el afirmar con Planiol y Ripert, que el juzgador tiene un poder discrecional para apreciar si la adopción está o no justificada y para reflejar su opinión en la decisión que adopte.

Llegada a este punto la tramitación del expediente, es cuando se exige por la Ley de Enjuiciamiento Civil, el que se pasa éste al Ministerio Fiscal durante un plazo de seis días, «para que emita dictamen sobre si se han justificado en forma los requisitos legales para la adopción, o se subsane algún defecto en el procedimiento en el procedimiento (art. 1.829). La necesidad de este requisito no la vislumbramos, y así le ocurre al tan citado Mucius Scévola, que al llegar a la misma conclusión dice al respecto (Tomó III): «En definitiva, ¿a qué se reduce la intervención del Ministerio público? A dar su dictamen. ¿Dónde se dejan entonces las condiciones de ciencia y pericia del Juez, por cuyo realce deben mirar las leyes? ¿Se le ha de escuchar sobre el fondo del asunto o sobre la forma y solemnidades del mismo? ¿Por ventura no tiene el Juez los autos a su vista? La intervención fiscal es un mero trámite del expediente, de todo punto ineficaz, porque la fuerza que puede aportar por la mayor solemnidad que presta, la pierde por su inutilidad notoria, sobre todo cuando discrepan Juez y Fiscal». A lo que podemos añadir nosotros, a la vista ya del flamante Reglamento de ese Ministerio, y concretamente de su art. 1.<sup>º</sup>. ¿Qué representación del Gobierno existe en este acto? ¿Se cumple mejor la misión encomendada al Ministerio Fiscal por ese Reglamento, de cuidar de que la justicia se «administre pronto», al exigir una dilación de seis días en la tramitación de estos expedientes para no añadirles nada con ella?

Finalmente, según el art. 1.830 de la referida Ley de Enjuiciamiento: «Devuelto el expediente por el Promotor Fiscal, y subsanados los defectos u omisiones que hubiere notado, el Juez llamará los autos a la vista, y dentro de los cinco días dictará auto con la resolución que estime procedente». A lo que se añade por el párrafo 1.<sup>º</sup> del art. 1.831: «Si el Juez estimare que procede la adop-

ción según derecho, y que es útil al adoptado, concederá la autorización y licencia judicial para que se lleve a efecto, mandando que se libre y entregue a los interesados el oportuno testimonio para el otorgamiento de la correspondiente escritura».

## 2.º Forma administrativa.

La forma administrativa de la adopción estaba regida por la Ley de 17 de octubre de 1941, que ha sido derogada, salvo en cuanto a su art. 7.º, por el art. 5.º de la Ley de 24 de abril de 1958 reformadora del Código Civil, y siendo sustituida su regulación por las disposiciones de los párrafos 2.º y 3.º del nuevo art. 176 del mismo. Esta forma será la única admisible cuando se trate de adopciones plenas, ya que según el art. 178, sólo pueden ser adoptados plenamente los abandonados o expósitos que, llevando más de tres años en esta situación, tengan menos de catorce años, o si siendo mayores de esta edad, han sido prohijados antes de ella por los mismos que tratan de adoptarlos. Igualmente será admisible esta reforma para las adopciones menos plenas de dichos expósitos o abandonados, cuando no se reúnan los requisitos señalados para la plena.

En cuanto al expediente y la forma en que debe ser tramitado, son bastantes escasas las normas. El Código se limita a manifestar en los párrafos citados del art. 176, que: «Si el adoptado estuviere sometido a la tutela de una Casa de Expósitos u otro Establecimiento de beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado, si tuviere suficiente juicio, y a sus más próximos parientes, si fueren conocidos. El expediente se elevará al Juez, quien en el plazo de ocho días, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan.

Será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos.

A su vez, el art. 7.º de la Ley de 17 de octubre, único que se declara subsistente, aunque interesante para esta materia, no añade nada que desarrolle el procedimiento en sí, ya que se limita a manifestar: «Ninguno de los funcionarios que intervengan en estos procedimientos percibirá derecho ni retribución alguna por su intervención, extendiéndose todas las diligencias y escritura en papel de oficio».

Pese a esta carencia de normas, será evidente la necesidad de que en esos expedientes se cumplan ciertos requisitos de tramitación, además de los que son aludidos por el precepto, o sea los de las comprobaciones, audiencia del adoptado, de sus más próximos parientes y aprobación judicial.

Si los extremos referentes al adoptado deberán constar en la Administración del Establecimiento de que se trate y tendrán que ser transcritos, o referidos, en el expediente en forma suficiente para poder indagar si se dan o no los requisitos exigidos para la adopción de que se trate, no ocurre así con los del adoptante, y éstos son igualmente indispensables para poder determinar la procedencia de la adopción y, por ende, para que ésta sea aprobada por el Juez.

En vista de ello, el adoptante tendrá que aportar al aludido expediente, los documentos necesarios para justificar que reúne las cualidades exigidas por la ley para la adopción plena, o menos plena, de que él sea objeto. Pero no debemos olvidar, que siendo la adopción un acto voluntario en cuanto al adoptante, aun cuando este carácter resulte más esfumado respecto al adoptado en ciertos supuestos, no podrá iniciarse ningún expediente sin que conste la petición del adoptante en ese sentido. Siendo de todo punto indiferente el que esta petición pueda revestir la forma de comparecencia, o la de solicitud que se exige para la judicial.

En su tramitación hemos de estimar que la frase utilizada por el Código de que se hará por parte de la Administración del Establecimiento «las comprobaciones necesarias», no puede referirse a las de los documentos justificativos de que concurren los requisitos legales para la misma, ya que para tan corta interpretación, se requiere, el que, aunque hubiese sido mediante una ligera alusión, se expresa en ese sentido el mismo artículo. Ese silencio obliga a dar a esta frase una interpretación amplia, la mayor posible, con lo que podrán estar comprendidos en la misma: la aludida comprobación de los documentos; la de la averiguación de la moralidad y honradez del adoptante a que se refería el art. 2.<sup>o</sup> de la ley derogada; así como cualquiera otras que se refieran a la utilidad de la adopción para el adoptado, a que hace referencia el art. 1.825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y entre las que ocupará un lugar preferente, como allí dijimos, los ofrecimientos del

adoptante respecto a los derechos que en su herencia conceda al adoptado, así como lo referente al uso de sus apellidos, bien que si se tratase de una adopción plena, ésta última es innecesaria, por estar determinado taxativamente este extremo por la misma ley, y en cuanto a la primera, lo será sólo en el caso de atribuirse al adoptado unos derechos sucesorios superiores a los que por vía legal le atribuye el mismo Código en su art. 179.

Hemos de indicar, finalmente, que al elevarse este expediente al Juez para su aprobación, previa audiencia del Ministerio Fiscal, no se le concede para todo ello más tiempo que el de ocho días. Con esta nueva disposición del Código, ha quedado reducido el espacio de tiempo de once días que se fijaba para las dos actuaciones por los arts. 1.829 y 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o sean, el de seis días para el informe Fiscal y el de cinco para dictarse por el Juez el auto, aprobando o denegando la adopción.

### C) Requisitos posteriores.

Sólo son tres los requisitos posteriores exigidos por el Código, y sin que todos ellos merezcan un comentario favorable. Se establece en el art. 177: «Aprobada definitivamente la adopción por el Juez, se otorgará escritura, expresándose en ella las condiciones con que se haya hecho, y se inscribirá en el Registro Civil correspondiente». Expresándose a su vez por el art. 166: «Los padres que reconocieren o adoptaren en forma menos plena no adquieran el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos o adoptivos, y tampoco tendrán la administración, si no aseguran confianza sus resultados a satisfacción del Juez del domicilio del menor o de las personas que deben concurrir a la adopción».

El primero de estos requisitos es pues la escritura de adopción y nadie, salvo en el caso de exageraciones partidistas, podrá alabar el que haya sido conservado en la nueva redacción, en contra de lo cual existían poderosas razones. En primer lugar, y lo colocamos en él por ser de más breve exposición, podemos fijarnos en el aspecto económico, y no se requiere en lo más mínimo aludir a lo menguado que él resulta para el cuerpo notarial, no ya sólo por los escasos supuestos de adopción, sino porque según el art. 7.<sup>o</sup> de la Ley de 17 de octubre de 1941, las adopciones de los recogidos

en Casas de Expósitos u otros Establecimientos benéficos están exoneradas de todo pago, para comprender que su supresión no acarrearía perjuicio apreciable para el Cuerpo. Por el contrario, desde el punto de vista de adoptantes y adoptados, resulta tremendamente injusto el que, cuando se trate de la de alguno de los acogidos a esos Establecimientos, se declare la gratuitud de la tramitación, sin tener para nada en cuenta la posición económica del adoptante, en tanto que, cuando se trate de la adopción de un menor, cuya familia sea económicamente débil y que es realizada por un adoptante que sólo esté atendido a su trabajo como medio de vida, haya de ser ¡premiado! por esta buena obra con unos gastos que seguramente serán considerables para su modesta economía.

Si pasamos a estudiar la finalidad que se pretende con este requisito, llegaremos a la misma conclusión respecto a su inutilidad. Esta finalidad no podrá ser la de su publicidad, ya que a ella se refiere otro de los requisitos, y, principalmente, porque el protocolo notarial está regulado bajo un criterio que precisamente es opuesto al de la publicidad. Tampoco puede estimarse como finalidad la de recoger en la escritura la parte contractual que pueda existir en las adopciones, no ya porque opinemos que ésta no es un contrato, sino porque, aun siguiendo esa opinión contractual, continuaría sin ser necesaria la escritura. La tesis contractual supone diversidad de voluntades que concurren en el negocio jurídico, pero cuya concurrencia puede efectuarse y de hecho es lo mas corriente, previa una disparidad entre ellas, y esto no puede darse en la adopción en el momento en que se redacta su escritura, ya que esas disparidades podrían motivar un disidimiento del negocio jurídico, lo cual si es posible y concebible durante la tramitación del expediente, no lo es en el momento que contemplamos, puesto que en ese instante, la adopción está ya legalmente efectuada, sin que el cumplimiento de los requisitos posteriores lleve aparejada su nulidad, que es reservada por el Código para los previos y coetáneos de que antes tratamos; por ello declara el art. 176 la nulidad, sólo en el caso de no cumplirse los requisitos del expediente; establece el 177 que la adopción está «aprobada definitivamente» con anterioridad a la redacción de la escritura, y establece el 175 el carácter de irrevocable de la misma. En virtud de

esas normas, si la escritura tiene que limitarse a recoger sin alteración el contenido del expediente, ¿podrá justificarse su necesidad manifestando que mediante ella se ratificaba, o elevaba a público, un contrato privado? Creemos que no se requiere más comentario para rechazar la improcedencia de esa interpretación.

Tratando de salvar de alguna manera el requisito de la escritura, podríamos limitar la tesis contractual, entendiendo que el único objeto de la escritura es el de recoger lo referente a los derechos sucesorios en la herencia del adoptante y al uso de los apellidos de éste por el adoptado, lo cual parece estar corroborado por el mismo Código, ya que en él se habla de que «los derechos del adoptado en la herencia del adoptante y establecidos en la *escritura de adopción*, son irrevocables» (art. 174) y de que «el adoptado podrá usar con el apellido de su familia el del adoptante si se expresa en la *escritura de adopción*» (art. 180); pero deducir de ello que es esta la causa por la cual se exige la escritura como uno de los requisitos de la adopción, es guiarse por un vano espejismo. Dejando aparte el hecho de que existen adopciones, como las plenas, en las que es taxativo el uso de los apellidos del adoptante por el adoptado y para las que están fijados por la ley unos derechos sucesorios mínimos, y que, por consiguiente, no permiten la existencia de pactos sobre el uso de apellidos, ni sobre concesión de unos derechos hereditarios inferiores a los que el Código les otorga, en el resto de las adopciones, al resultar potestativos estos pactos sobre apellidos y derechos hereditarios, si no se pactase nada sobre ellos, esa carencia implicaría el que la escritura careciese del contenido que se le atribuye, y, por tanto, el que no se requiriese su otorgamiento. Por ello, si hubiese sido ésta la finalidad perseguida por el requisito de la escritura, no hubiese sido recogida por el Código, como uno más de los de la adopción, sino a lo sumo como uno de los accesorios, aunque indispensable en los casos en que fueran posibles estos pactos y hubiese convenio sobre ellos.

Por último, si la estimamos como una solemnidad final de la institución, con la que ésta quedaría perfecta, resultaría que nos pondríamos en oposición con el contenido mismo del artículo en que ella se establece, ya que él se expresa en «pasado» al referirse a la adopción y no en «presente». Por esto dice que se expresarán

en la escritura de adopción las condiciones en «que se haya hecho», y no dice, por el contrario, las condiciones en que «se haga» la adopción. Es cierto que existen actuaciones judiciales que requieren un otorgamiento posterior de escrituras, o bien el que ellas mismas sean protocolizadas, siendo esto relativamente frecuente en la jurisdicción voluntaria; pero en esos casos se trata unas veces de que el Juez sólo ha intervenido con anterioridad a la escritura como representante de un deudor-vendedor, o bien en otras de negocios jurídicos netamente privados, completamente alejados de una institución tan atenida a normas de carácter público como la presente. Por ello, el criterio de analogía, fundado en «una concurrencia en el lugar», no puede servirnos como argumento para demostrar la procedencia de la escritura.

El que se tenga una opinión contraria a estimar que la escritura sea un requisito más de la adopción, no es óbice para que este requisito exista y haya de ser cumplido. Esa afirmación nos obliga a determinar en qué forma habrá de serlo.

El Código sólo exige el que se exprese en la escritura «las condiciones con que se haya hecho» la adopción, a la vez que autoriza por otros preceptos a que en ella puedan recogerse los pactos sucesorios o los referentes al uso de apellidos del adoptante; pero pese a esa parquedad en las normas, hemos de entender que ellas deben ser completadas con las tres limitaciones siguientes, derivadas de otros artículos del Código: 1.<sup>a</sup> Que los pactos relativos al uso de los apellidos del adoptante por el adoptado, no podrán ir contra lo dispuesto para las adopciones plenas por el art. 178, o sea que no podrá pactarse nada en contra del uso de los apellidos del adoptante o adoptantes por el adoptado, con el carácter de únicos apellidos del mismo. 2.<sup>a</sup> Que en toda adopción plena habrá de respetarse el mínimo de derechos sucesorios determinados por el art. 179, ya que cualquier pacto en contrario equivaldría a una renuncia de derechos por parte del adoptado, que ni tiene capacidad para ello, ni es susceptible de ser realizada al través de sus representantes por ser esta materia de orden público, sin que ello prejuzgue una renuncia posterior de la herencia ya deferida, que sería plenamente válida, y 3.<sup>a</sup> Que si en el expediente constase alguna manifestación del adoptante sobre el uso de apellidos o sobre derechos sucesorios, ellas no podrán ser desvirtuadas por

estipulaciones de la escritura, ya que aquellas fueron tenidas en cuenta al aprobar la adopción, y forman parte del expediente y de esa aprobación, convirtiéndose con ello en una parte de la realizada, la cual, desde el momento de la aprobación judicial, es irrevocable en su totalidad.

La determinación de las personas que deben concurrir al otorgamiento de la escritura es tratada únicamente en el párrafo 2º del art. 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se dice por el mismo: «En ésta intervendrán el adoptante, el padre o la madre del adoptado, y éste si fuera mayor de catorce años». Pero este precepto requiere alguna aclaración.

La Ley de Enjuiciamiento parece no reconocer como intervenientes en la adopción más personas que el adoptante, el adoptado y el padre o madre de éste, que lo tenga bajo su potestad. Por ello, la prestación del consentimiento sólo se refiere a ellas y en la escritura, como lógica deducción, no requiere más intervención que las de esas mismas. Pero ampliado por el Código el número de personas que deben prestar su consentimiento para la adopción, y pudiendo darse el caso de no existir padre o madre del adoptado, si éste es menor de catorce años, deberá seguirse el criterio del Código, reformador de la Ley de Enjuiciamiento, en todo lo que estén en contradicción, o no previsto por ella, y estimar que deberán concurrir las mismas personas que han prestado su consentimiento ante el Juez, ya que admitir una escritura que sólo contuviera una declaración unilateral del adoptante, sería caer en el absurdo.

El segundo de los requisitos posteriores está constituido por la inscripción «en el Registro Civil». La Ley reguladora del mismo es la reciente de 8 de junio de 1957, que aún está falta de desarrollo reglamentario, por lo que ha sido suspendida su vigencia repetidamente, pero que pese a encontrarnos dentro de una de esas prórrogas de su vigencia, será la que seguiremos en esta exposición, pues es la que en definitiva regulará la materia. Del contenido de esa ley y del de varios preceptos del mismo Código, resultan que son dos los hechos referentes a la adopción que deben constar en el susodicho Registro: de una parte, la adopción misma, y de otra, todo lo referente a las alteraciones en los apellidos del adoptado;

aunque no exista obstáculo legal alguno, en que ambas circunstancias sean recogidas en un solo asiento.

Como norma fundamental tenemos la contenida en los párrafos 3.<sup>o</sup> y 4.<sup>o</sup> del art. 178 del Código Civil, referentes a las adopciones plenas y en los que se dispone:

«El adoptado, aunque conste su situación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes.

El Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, los apellidos impuestos al adoptado en su inscripción de nacimiento ni dato alguno que revele su origen. No obstante, el Juez de primera instancia podrá acordar que se expida certificación literal del acta de inscripción de nacimiento del adoptado, a solicitud de quien justifique interés legítimo y razón fundada para pedirla. La resolución judicial no será necesaria si el solicitante fuese el propio adoptado mayor de edad».

Pasando a los preceptos adjetivos, vemos que la forma de hacerse constar las circunstancias de la adopción está recogida en los arts. 46 y 62 de la Ley del Registro Civil. Conforme a ellos, tanto la adopción, como las alteraciones de apellidos deberán recogerse en ese Registro, mediante inscripciones extendidas al margen de la de nacimiento correspondiente, que evidentemente será la del adoptado, por ser aquél a quien le afecta fundamentalmente la adopción en cuanto a estos extremos; no obstante, entendemos que deberá hacerse una referencia al margen de la de nacimiento del adoptante o adoptantes, como se deduce de la Exposición de Motivos de la referida ley, y lo que seguramente será recogido en su día por el Reglamento que está pendiente de publicación.

Expuesto lo relativo a lugar donde han de hacerse constar esas circunstancias referentes a las adopciones, hemos de hacerlo sobre lo que puede y debe mencionarse, y si bien en este punto no hay que hacer aclaración alguna en cuanto a la adopción misma, no ocurre igual respecto a los cambios de apellidos. Efectivamente, el art. 56 de la Ley del Registro Civil se expresa en cuanto a este extremo, diciendo: «En la escritura de adopción se puede convenir que el primer apellido del adoptante o adoptantes se anteponga a los de la familia natural del adoptado. Los apellidos no naturales pueden ser sustituidos por los de los adoptantes». Y ese

precepto no concuerda íntegramente con los del Código Civil en su moderna regulación.

Realmente el contenido del artículo transcrita no puede ser desconocido en las adopciones menos plenas, respecto a las cuales no contiene precepto alguno sobre la materia el Código Civil, por tanto, no habrá términos hábiles en ellas para pactar una alteración de apellidos que no sea de las autorizadas en él. En las plenas, la cuestión es distinta. Dicho precepto ha quedado derogado, ¡antes de entrar en vigor!, por los dos párrafos del art. 178 del Código que transcribimos, los cuales, dado su carácter imperativo, no admiten concordancias interpretativas. Ante la antinomia de esos preceptos, el más concreto y substantivo del derecho civil, deroga al más general y adjetivo de la Ley del Registro Civil, por lo que, cuando se trate de adopciones plenas, y siguiendo las normas del Código, será obligatorio el cambio total de los apellidos del adoptado que figuren en el Registro Civil, por los del adoptante o adoptantes, con la única supervivencia, en cuanto a los del primero, que se autoriza por el mismo artículo del Código.

Nos queda por tratar del requisito referente a la administración de los bienes del adoptado por el adoptante, y sin entrar ahora en el problema de si éste adquiere o no solamente la administración, o bien ésta y el usufructo, en el caso de prestar fianza, por tratarse de una materia cuyo encuadramiento procede entre el de los efectos de la adopción, que es objeto de posterior estudio del presente, si hemos de hacerlo ahora sobre la fianza en sí, como uno de los requisitos posteriores de la adopción.

Antes de entrar en los problemas que esta cuestión plantea, hemos de hacer dos aclaraciones previas. Una de ellas es la de que la supresión efectuada en la nueva redacción del art. 166 del Código, de dos comas que figuraban en la antigua, contribuyen un tanto a aclarar las dudas que planteó. Se refiere la otra, a que, según esta nueva redacción, las adopciones que quedan atenidas a este requisito de la fianza son sólo las menos plenas, quedando fuera del mismo las plenas, no ya por referirse de una manera precisa a aquéllas, sino también por que se aprecia con claridad que el padre o madre que adopten plenamente tienen el usufructo y la administración de los bienes del hijo adoptivo, sin requerirse otros requisitos que los que podrían ser exigidos a los padres legí-

timos, en su caso; aunque no dejemos de comprender que en ésta, como en otras materias, el Código no se ha mostrado en su nueva regulación lo preciso que era de esperar.

Entrando en la fianza, hemos de preguntarnos, ¿quién calificará su suficiencia? La contestación parece sencilla. El Juez del domicilio del menor o las personas que deben concurrir a la adopción. Pero al interpretar la frase similar del anterior art. 166, las opiniones no eran unánimes en este punto. Sin realizar muchas citas, bastará ver que Mucius Scévola partía de la base de que debía serlo el Juez, cuando se tratase del hijo natural y las personas que deberían concurrir a la adopción, cuando se tratare del adoptivo; en tanto que Manresa estimaba que la intervención del Juez procedía cuando esas personas no prestasen su consentimiento, lo cual equivale a decir que la comparecencia del Juez lo es siempre en defecto de aquéllas. De esas dos opiniones nos parece más acertada la de Manresa, la cual parece hoy más indiscutible, al haber desaparecido en la nueva redacción la coma que separaba a esos dos términos.

Esta interpretación y lo mismo, aunque más limitadamente en la de Mucius Scévola, requieren el determinar si entre las personas comprendidas en esos términos ha de seguirse cierto orden, o podrá calificar la suficiencia de la fianza cualquiera de ellas. Parece evidente que se impone un cierto orden que no pueda ser alterado por la inmoralidad que supondría el que, al parecerle insuficiente la fianza a alguna de las indicadas personas, pudiese acudirse a otra u otras más acomodaticias. Sentado ese punto, tampoco parece que deba dudarse de que esta función le corresponda en primer lugar a las personas que deban concurrir a la adopción y, sólo en segundo lugar, y en defecto de ellas al Juez, siguiéndose en ello la opinión de Manresa, ya que si se aceptase la opinión contraria, esas personas no serían llamadas nunca a esta función, porque siempre existirá Juez que pueda realizarla; lo cual equivaldría a decir que el llamamiento realizado respecto a las personas que deben concurrir a la adopción, era un fraude del legislador, o un precepto inoperante y para la galeria!, y esa interpretación no puede ser admitida de ninguna forma, mientras exista cualquier otra igualmente legal y atendible, en la que no se llegue a ese extremo.

Fijándonos más concretamente en cuáles deban ser esas personas, parece que debemos entender que lo serán las que serían llamadas a concurrir a la adopción si ésta se verificase en el momento en que ha de prestarse la fianza, con lo que la interpretación queda atenida en definitiva a una interpretación del contenido del art. 176, en relación con los arts. 46 y 47, todos del Código Civil. En vista de todos ellos, así como de los generales referentes a la capacidad, hemos de descartar en primer lugar, como persona que debiese prestar su consentimiento para la fianza, al mismo adoptado y a su cónyuge, ya que si les correspondiese a ellos la intervención, según el orden señalado por el 176, no podría darse el supuesto que contemplamos, puesto que no podría pedirse por el adoptante la administración de unos bienes que ya lo estaban por el mismo hijo adoptivo, por ser éste mayor de edad, o por estar emancipado por matrimonio, pues aunque en el último supuesto necesitase el complemento de su capacidad para esa administración, por tratarse de un menor de dieciocho años, no por ello habrá duda de que es él el que tiene la administración, que es el hecho que motiva la fianza cuando es recibida por el adoptante. También hemos de descartar los casos en que el hijo adoptivo hubiese estado acogido en el momento de su adopción a una Casa de Expósitos u otro Establecimiento de beneficencia, y siempre que su adopción hubiese sido menos plena, ya que será el Jefe del Establecimiento el encargado de la función calificadora de la fianza, sin que pueda ser atribuida nunca con carácter alternativo al Juez, pues el cargo de Jefe del Establecimiento es por naturaleza inextinguible. Desglosados esos casos, en todos los demás serán las personas que deban prestarlo para el matrimonio del adoptado y por el mismo orden que señala para ello el Código, los que calificarán la suficiencia de la fianza, pero sin que pueda serlo nunca el padre o madre adoptante, puesto que ha de estimarse para la determinación de esa persona cómo si la adopción se realizara en ese mismo momento; ni el Consejo de Familia, pese a ser llamado por la ley para prestar el consentimiento para el matrimonio, pues dicho organismo, o bien desapareció al realizarse la adopción, o bien no pudo llegar a constituirse por existir ésta. Finalmente, en defecto de todas las personas indicadas, corresponderá al Juez la calificación de la suficiencia de la fianza ofrecida por el adoptante.

Sólo nos queda por tratar de un detalle en cuanto a este punto, y es el de determinar qué Juez es el competente. La referencia que hace el Código, respecto al que lo sea «del domicilio del menor», no es muy afortunada, pues según el art. 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el domicilio de «los hijos constituidos en potestad» será el de sus padres, que en este caso es el adoptante. Podría parecer que, en el caso de no estar terminadas aún las formalidades de la adopción, el menor conservaría su propio domicilio, mejor dicho, tendría como suyo el de la persona bajo cuya potestad estuviese en ese instante; pero ese supuesto es absolutamente imposible. Para pedir la administración de los bienes del hijo adoptivo, se requerirá el que exista una adopción, y no podrá hablarse de ello mientras no haya sido aprobado judicialmente, en cuyo momento, el hijo adoptivo adquiere automáticamente el domicilio del adoptante. Desde luego la cuestión no afecta al fondo, sino a la expresión. El menor tiene un domicilio, el del padre adoptante, que hubiese sido más propio determinarlo así y no al través del de el hijo, es evidente, pero el resultado es, en definitiva, el mismo.

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE

Registrador de la Propiedad

(Continuará.)