

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### 1. Nulidad de adopción menos plena

*(Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973)*

SUMARIO: I. Planteamiento: 1. Supuesto de hecho.—2. Legislación aplicable. A. Pretensiones, conforme a ella, de los actores, con referencia a: a) La falta de pacto sobre derechos sucesorios; b) La falta de audiencia a los padres de la adoptada; c) Falta de representación de la adoptada en la escritura; d) Trascendencia de estos defectos en orden a la nulidad y a la revocación de la adopción menos plena. B. Oposición de los demandados y argumentos principales en que la fundamentan: e) La aprobación judicial convalidante de posibles vicios; f) Existencia de abandono culpable de los padres de la adoptada. Especial referencia al abandono y sus clases.—II. Las sentencias del Tribunal Supremo. Estudio sistemático de las mismas, en relación con los correlativos motivos de los recursos.—1. Recurso por quebrantamiento de forma: intrascendencia de la fortuna de la madre para determinar la situación legal de abandono.—2. Recursos por infracción de Ley. A. Recurso interpuesto por la Diputación Provincial de Vizcaya. B. Recurso interpuesto por los cónyuges adoptantes. C. La sentencia del Tribunal Supremo. D. Estudio de los motivos de ambos recursos y de la sentencia que los decide, en cuanto se refieren a: a) La revocación de la adopción en relación con el abandono de la adoptada y la supuesta culpabilidad de sus padres (art. 175 del C. c.); b) La nulidad de la adopción derivada de la falta de consentimiento y audiencia de los padres de la adoptada (art. 176 del C. c. en su aspecto sustantivo o de fondo); c) La nulidad de la adopción menos plena por defectos formales en la tramitación del expediente y en la escritura pública (art. 176 del C. c. en su aspecto formal).

#### I. PLANTEAMIENTO

##### 1. *Supuesto de hecho.*

Los hechos que motivaron estas sentencias, que integran la escasa jurisprudencia existente sobre la adopción (de lo cual debemos congratularnos, pues demuestra el éxito de la institución), tal como parecen desprenderse del conjunto de ambas sentencias, son los siguientes:

Una pareja plenamente adulta mantenía relaciones amorosas, prestando él servicios de labrador en la hacienda de los padres de ella, quienes las desaprobaban (y hasta parece se oponían a tales relaciones), fruto de las cuales fue quedar la novia encinta hacia el mes de septiembre de 1965, hecho que fue comunicado a su padre y a un hermano por el novio.

Sin tener en cuenta que los novios habían comenzado sus relaciones con la idea de contraer matrimonio una vez hubiera cesado la oposición familiar, la familia de la novia, al tener noticia del embarazo, internó a ésta, en tiempo oportuno, en una clínica de Bilbao, donde, siendo adormecida en el acto del parto, dio a luz una niña el día 2 de mayo de 1966, que inmediatamente fue ingresada por una tercera persona en el Instituto de Maternología y Puericultura de Vizcaya como hija de padres desconocidos, sin que los padres hicieran manifestación alguna favorable a dicho abandono o ingreso en el Establecimiento benéfico, el cual, a su vez, entregó cuatro días más tarde, esto es el 6 de mayo de 1966, la niña en acogimiento a un matrimonio, en tanto se tramitaba su adopción, cuyo expediente se inició el 4 de febrero de 1967 y finalizó con el otorgamiento de la escritura de adopción menos plena el 15 de marzo siguiente, causando la debida constancia en el Registro del estado civil.

Los padres de la criatura contrajeron matrimonio el 2 de marzo de 1967 (no se dice si habiendo cesado la oposición familiar o a pesar de subsistir ésta), personándose acto seguido en la Maternidad a fin de reclamar a su hija, sin que fuera atendida su petición y ni siquiera se les informara de que se encontraba en tramitación el expediente de adopción, cuya escritura se otorgó, como queda dicho, el 15 de marzo de 1967, o sea, trece días después del matrimonio de los padres y de que éstos efectuaran su pretensión en la Maternidad.

Ante el fracaso de su petición para que les fuese entregada su hija, los padres formularon querrela criminal, que, tramitada por el Juzgado núm. 1 de Bilao, dio por resultado la identificación de su hija como expósita número 21.893, inscrita el 10 de mayo de 1966 en el Registro Civil con los nombres de María-Inmaculada E. M. y adoptada en forma menos plena por los cónyuges demandados, apelados y recurrentes en este caso, don T. B. P. y doña N. A. D., previo expediente tramitado por el Instituto de Maternología y Puericultura de la Diputación Provincial de Vizcaya, conforme a lo dispuesto en la Ley de 24 de abril de 1958, aunque sin haber oído en el mismo a los padres de la adoptada, que eran conocidos por la Administración del Centro benéfico.

Los padres, una vez que hubieron identificado a su hija, la reconocieron como hija natural en sendos testamentos otorgados en Bilbao el 4 de octubre de 1968, de los que se practicó la oportuna anotación marginal en el acta de nacimiento, quedando así la niña legitimada por subsiguiente matrimonio de los padres, quienes promovieron demanda contra la Diputación Provincial de Vizcaya, los adoptantes y el Ministerio Fiscal, solicitando se declarase la nulidad de la adopción menos plena efectuada y, subsidiariamente, su rescisión por falta o inobservancia de los siguientes requisitos:

Falta de pacto de derechos sucesorios, omisión inconcebible por tratarse de adopción menos plena; que no se oyó a los padres, que eran conocidos

y habían manifestado reiteradamente sus deseos de recuperar a su hija; la escritura ha sido autorizada sin comparecer el administrador o director del Instituto de Maternología y Puericultura, ni persona que ostentase su representación como representante legal de la adoptada.

A la demanda se opusieron los adoptantes y la Diputación Provincial de Vizcaya, negando, en principio, la paternidad de la adoptada (es decir, que los actores fuesen sus padres) y aduciendo además que en el procedimiento de adopción se habían observado todos los trámites legales, así como que existió abandono culpable por parte de sus padres.

El Ministerio Fiscal, en el trámite de conclusiones, interesó se declarase la validez de la adopción, no procediendo su revocación al no concurrir el requisito del Código civil de falta de culpabilidad en el abandono y por medio de otrosí hacía constar que para el supuesto de que se entendiera nula la adopción, le fuese pasado, en su día, el expediente.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Bilbao, desestimó totalmente la demanda y declaró válida la adopción menos plena. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revocó la sentencia del Juzgado y declaró la nulidad de la adopción menos plena. Contra esta sentencia se formularon tres recursos; de ellos, dos por los adoptantes (uno, por quebrantamiento de forma y otro por infracción de ley), y el tercero por la Diputación Provincial de Vizcaya por infracción de ley, todos los cuales fueron resueltos desfavorablemente por el Tribunal Supremo, que declaró no haber lugar a los mismos.

## 2. *Legislación aplicable.*

No cabe duda alguna de que está constituida por los artículos 172 a 180 del Código civil en la redacción de la Ley de 24 de abril de 1958, vigente en el momento de realizarse la adopción cuya nulidad se pretendió y declaró por el Tribunal Supremo. De entre tales preceptos, el fundamental, porque en base al mismo se decidió el pleito, es el artículo 176, párrafo segundo, concretamente en su inciso que impone la audiencia de los más próximos parientes del adoptando (en este caso, sus padres) si fueren conocidos (como lo eran, en efecto, por la Maternidad), en relación con el párrafo final del mismo que categóricamente sanciona con la nulidad el incumplimiento de tal requisito.

El texto legal es el siguiente: "Si el adoptado estuviese 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."

Es, por tanto, conforme a estas disposiciones y no con referencia a la legalidad actualmente vigente, constituida por la Ley de 4 de julio de 1970, como deben interpretarse las pretensiones de las partes.

## A. PRETENSIONES, CONFORME A ELLA, DE LOS ACTORES

Los demandantes, padres por naturaleza (a quienes, en lo sucesivo, para abreviar llamaremos simplemente padres) de la niña que fue entregada en la Casa de Maternidad por un tercero y dada en adopción menos plena, ejercitaron demanda de juicio ordinario de mayor cuantía (pertinente conforme al artículo 483, núm. 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil, por versar sobre el estado civil y condición de las personas, razón por la que también es parte el Ministerio Fiscal) al objeto de que se declarase “la inexistencia o en otro caso la nulidad y subsidiariamente la rescisión de la adopción menos plena de la hija de los demandantes”.

Aparece aquí claramente delimitado el objeto del pleito: 1) declaración de inexistencia o nulidad, que se equiparan; 2) subsidiariamente la rescisión de la adopción.

Aunque son ya notorias las diferencias que separan la inexistencia de la nulidad de los negocios jurídicos, como en sus efectos se asemejan, parece no hay inconveniente mayor ni debe merecer crítica negativa, al amparo de un tecnicismo quizá en exceso depurado para la vida práctica del foro, el que se hayan utilizado ambos términos como sinónimos. La trascendencia puede ser importante en algún caso, sin embargo. Piénsese en adopción con escritura falsa o falsificada totalmente (caso de inexistencia), en el que debe restablecerse completamente la situación jurídica preexistente a favor del adoptado, mientras que en los supuestos de nulidad no siempre ocurre así y hasta no faltan legislaciones y decisiones judiciales que estimen que una vez homologada la adopción por el Tribunal no cabe ejercitar acciones de nulidad, sino sólo de inexistencia (v. gr.: artículo 1.756 del B. G. B. y sentencia del Tribunal de Montpellier de 9 de mayo de 1882, a la que se muestran favorables Colin y Capitant). En el caso comentado, el artículo 176 parece dar a entender que se trata de una acción de nulidad, siendo este precepto una aplicación especial de la regla general contenida en el artículo 4.º del propio Código civil.

Distinta claramente de la nulidad es la *revocación* de la adopción, que se regulaba en el artículo 175 del Código civil conforme a la redacción de 1958, al que corresponde el actual artículo 177 con notables modificaciones, que no es el caso analizar ahora. Los demandantes no emplean este término, que es el legal, sino el de “rescisión”. A diferencia de lo dicho anteriormente para la inexistencia y la nulidad, parece que esta confusión debe merecer ligeros reparos, ya que el término “rescisión” viene tradicionalmente reservándose para aquellos actos o negocios jurídicos que, válidamente celebrados, ocasionan un perjuicio *económico* injusto a una de las partes, esto es, destruyen el equilibrio patrimonial objetivo que el Derecho considera debe existir con carácter mínimo, y esta esencia patrimonial o valoración pecuniaria está ausente (o, al menos, debe estarlo) en la adopción. El fundamento de la rescisión está en el perjuicio económico sufrido inmerecidamente, razón por la cual esta acción es subsidiaria, mientras que la revocación descansa en un cambio de voluntad de la persona que ejercita una potestad reconocida y tutelada por la ley, con independencia o a pesar de que no exista perjuicio económico o lesión patrimonial.

El empleo del término “rescisión” por los demandantes puede ser debido a su afán de dejar sentado bien claramente el carácter subsidiario de la acción, extremo muy conveniente para ellos, pues mientras para el éxito de la acción de nulidad basta con probar el incumplimiento de un requisito legal (en este caso, la falta de audiencia a los padres en el expediente), lo que se presenta fácil, en la supuesta “rescisión” tienen los demandantes la carga de la prueba de que no hubo abandono (hecho negativo, al que se opone la entrega aun hecha por un tercero en la Casa de Maternidad y el registro como expósito de la criatura) o deben acreditar suficientemente su falta total de culpabilidad en el mismo y su buena conducta a partir de éste, lo que tampoco resulta demasiado fácil dada la rigurosidad —falta total de culpabilidad— del texto legal, aparte de someterse, en todo caso, aun verificada la prueba satisfactoriamente, a la apreciación judicial, ya que, en definitiva, “el Juez ponderará los motivos alegados... resolviendo lo que estime más conveniente para éste” (el adoptado).

Este rigor y, en última instancia, el arbitrio judicial que consagra este precepto no debe extrañar. En punto a la revocación de la adopción el Derecho ha recorrido un camino de vaivén. El Derecho romano autorizaba ampliamente la revocación de la adopción, como manifestación de las facultades del pater familias. El Código francés de 1804 no contenía referencia a las posibles causas de revocación ni establecía un principio general, por lo que la doctrina de la época y el Consejo de Estado la consideraron como irrevocable. Este criterio, sin embargo, no fue seguido por la generalidad de las legislaciones del siglo pasado que, de acuerdo con la concepción contractual de la adopción, admitieron la revocación fundada en la autonomía de la voluntad de las partes y manifestada por su mutuo disenso, favorecida por la desconfianza con que se miraba a la institución (recuérdese que sólo de modo casual se incluyó en nuestro Código civil). Hoy día vuelve a predominar el principio de la irrevocabilidad, y las legislaciones que establecen excepciones al mismo las basan en el deseo de obtener por su mediación un control más eficaz, favorecer al adoptado, reparar excesos o posibles errores cometidos. Se podrían clasificar las legislaciones, según los supuestos, en alguno de los siguientes grupos:

1.º *Revocación contractual o por mutuo disenso.*—Legislaciones de Alemania, Argentina, Austria, Japón, Méjico, Bulgaria, Brasil, Dinamarca, Chile, Finlandia, Islandia, Suiza, Venezuela, Yugoslavia y El Salvador, si bien el tipo contractual puro sólo se encuentra en Austria y Brasil.

2.º *Revocación legal,* cuando la propia ley establece que en los casos particulares que señala o cuando concurren determinadas circunstancias la adopción cesa de pleno derecho. Tal sucede en las legislaciones de Alemania, Argentina, Colombia, Costa Rica, Grecia, Guatemala, Islandia, Panamá, Rumania, Suiza, Italia y el proyecto portugués.

3.º *Revocación judicial,* que se diferencia de la anterior en que la extinción de la adopción no se produce de pleno derecho, sino en virtud de la decisión de un órgano competente, por regla general el mismo al que compete la homologación. Se encuentra en las legislaciones de Alemania, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá (Quebec), Checoslovaquia, Chile, Ecuador, Francia, Grecia,

Guatemala, Holanda, Hungría, Islandia, Italia, Japón, Méjico, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, El Salvador, Suecia, Turquía, Uruguay y los Estados australianos de Victoria y Australia Meridional.

4.º Una variedad de la anterior es la *revocación administrativa*, así llamada porque la facultad de revocar se atribuye a un órgano administrativo, que por regla general es el tutelar, como sucede en la mayoría de los países con régimen comunista (U. R. S. S., Rumania, Hungría, etc.), o bien a la suprema autoridad ministerial, como en Islandia, donde es competente el Ministro de Justicia, o en el Estado australiano de Queensland, donde corresponde al Gobernador.

5.º La *revocación unilateral* es la que se decreta a instancia de una sola de las partes, adoptante o adoptado; establecida con mayor amplitud para este último, se encuentra en la mayoría de las legislaciones, como la nuestra, que no exigen la voluntad de ambas partes para revocar la adopción.

Resulta evidente que las legislaciones siguen criterios mixtos y debe advertirse que todas ellas se encuentran en continua evolución, aprovechando los datos de la experiencia.

Su pretensión la fundamentan los actores en que la adopción adolece de los siguientes defectos: falta de pacto de derechos sucesorios; que no se oyó a los padres, que eran conocidos y habían manifestado reiteradamente sus deseos de recuperar a su hija; y que la escritura ha sido autorizada sin comparecer el administrador o director del Instituto de Maternología y Puericultura, ni persona que ostentase su representación como representante legal de la adoptada. En cambio, no hacen descansar su pretensión en que la niña no había sido abandonada por sus padres o que éstos tenían falta total de culpabilidad en ese abandono, antes bien evitan cuidadosamente referirse en lo posible, a lo largo del pleito, a tal situación que, por otra parte, parecen dar por supuesta al manifestar su deseo de "recuperar" a su hija, pues nadie recupera lo que antes no ha perdido... por voluntad propia, al menos en cierto modo (conducta pasiva, negligencia culpable). Es posible que en este deseo, quizá algo tardío, según argumentan los demandados y luego veremos, de recuperar a la hija influyera el haber contraído matrimonio, de manera decisiva (razón por la cual no plantearon seriamente la cuestión hasta ese momento) y también la edad de la madre, junto con la probabilidad de no tener más hijos, ya que se encuentra una alusión en el motivo primero del recurso de la Diputación a que la edad de la madre era aproximadamente de treinta y ocho años al ocurrir los hechos. Sea lo que fuere, los demandantes no se refieren al abandono, por lo que el Fiscal informará que no procede la revocación, situación de la que pretenderán sacar ventaja los demandados. Veamos sumariamente los fundamentos que aducen los actores.

1) La falta de pacto de derechos sucesorios puede ayudar a su pretensión en el sentido de significar un posible perjuicio para el adoptado (no corregible completamente por el testamento, dada la revocabilidad de éste), pero en manera alguna ser razón decisiva. Es cierto que la casi totalidad de las adopciones menos plenas acostumbraban contener este pacto (prohibido a partir de la reforma de 1970) y lo contenían, desde luego, todas las adopciones que

he tenido a la vista de acogidos en Centros benéficos, en cuyo expediente y aprobación judicial se hace de la misma presupuesto o condición básica de la adopción aprobada, hasta al punto que en expedientes tramitados bajo la legislación vigente se contenía asimismo, por haberse convertido en "cláusula de estilo" y recogiendo la misma la aprobación del Juez, sin tener en cuenta la reforma operada en este punto. La omisión de tal pacto es un indicio de la prisa con que se tramitó el expediente de adopción, comenzado a instruir el cuatro de febrero y otorgándose la escritura el quince de marzo siguiente. en ciudad tan populosa como Bilbao, lo que dice mucho en favor de la diligencia de los funcionarios, si bien tal celeridad parece algo sospechosa, ya que no suele ser corriente.

Si, como resulta de las actuaciones y argumentan los propios demandados, la madre se encontraba en excelente y desahogada posición económica, indudablemente entraña un perjuicio material para la adoptada una adopción menos plena sin pacto sucesorio. Estamos, pues, por todo lo apuntado y consideraciones semejantes que pudieran hacerse, ante un hecho que coadyuva al éxito de la pretensión de los padres, pero que, por sí solo, no es trascendente.

En cambio, sí es trascendental hasta el punto de constituir el fundamento de la sentencia de la Audiencia, confirmada por la del Supremo, la falta de audiencia a los padres, en el expediente de adopción, una vez comprobado que la Maternidad los conocía. Incluso parece que los padres plantearon formalmente y de manera inequívoca, no su oposición a la adopción (puesto que la desconocían), pero sí el deseo o la voluntad claros y rotundos de recuperar a su hija en la Maternidad, antes de que se aprobase la adopción. Esto así, el Centro debió retrotraer el expediente al trámite correspondiente para que en el mismo pudiera oírse a los padres, como más próximos parientes. Si esto se hubiere realizado y, a pesar de la oposición de los padres o de la voluntad manifestada por éstos de recuperar a su hija, el Juez hubiera aprobado la adopción, para lo que desde luego le facultaba el artículo 176, párrafo segundo, del Código civil, la adopción hubiera sido firme e inatacable en este aspecto, precisamente el que sirvió para anularla. No haberlo hecho así, parece revelar un acuerdo inicial de la Administración del Establecimiento benéfico con los adoptantes (disculpable por la escasez de niños para adoptar) y quizá con la familia de la madre. Queda desdibujada en el pleito la persona que materialmente llevó la niña el mismo día en que nació a la Maternidad. Habría sido interesante saber los vínculos o relaciones que la unían con los protagonistas de esta historia, así como si su actividad fue remunerada en algún sentido. Sea lo que fuere, lo cierto es que la proximidad del parto (2 de mayo) a la entrega de la niña en la Maternidad el mismo día, y, a su vez, la entrega por ésta a los que habrían de ser sus adoptantes cuatro días más tarde (el 6 de mayo) son indicios de que todo se encontraba perfectamente planeado. Incluso no parece pueda quedar completamente descartada una posible mala fe por parte de la persona que movió los hilos en el Instituto de Maternología, la cual alcanzaría a la persona jurídica si se admite la tesis de la imputabilidad a ésta de los actos ilícitos (civiles o penales) realizados por sus órganos o representantes. La cuestión ha sido controvertida y no está, ni mucho menos, completamente decidida. Un resumen de la misma nos dice que en el Derecho

romano, aunque los textos no son del todo claros, parece predominar la tesis negativa: "societas delinquere non potest", mientras que el Derecho germánico admitió la responsabilidad de la persona moral. El Derecho canónico llega también a admitirla, por influencia germánica, solución que predomina a partir de BARTOLO. Las legislaciones modernas marcaron dos tendencias: la contraria a la responsabilidad por actos ilícitos de las personas morales, que puede simbolizarse en el aforismo del antiguo Derecho inglés "a Corporation is not indictable at all, though its individual members have", y la positiva, seguida hoy generalmente, incluso por el propio Derecho inglés, a partir de la Interpretation Act de 1889.

En la doctrina moderna también se advierten discrepancias. Rechazan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas fundados en que no hay pena sin culpabilidad y ésta no puede atribuirse psicológicamente al ente moral, o en consideraciones análogas, Beling y Ernest Hafter. Son más numerosos, sin embargo, los partidarios de la plena capacidad de las personas morales para cometer actos ilícitos y ser objeto de las penas correspondientes a su carácter (disolución forzosa, embargo de bienes, multas), pudiendo citarse a Liszt, Bar, Prins, Richier, Michoud y Gierke. Y no faltan, por último, quienes adoptan criterios intermedios: así, Hippel y Binding admiten la aplicación de ciertas medidas especiales, inspiradas en la necesaria defensa de la comunidad, más preventivas que represivas; Mezger acepta que pueden sufrir sanciones y penas por consideraciones prácticas, pero niega su capacidad para delinquir; y otros limitan las posibles sanciones a las de carácter civil y administrativo, como Jellinek y Goldschmidt. A partir del II Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Bucarest el año 1928, se advierte un criterio mucho más favorable a la plena capacidad, incluso delictiva, de las personas jurídicas. En nuestras leyes tenemos abundantes ejemplos de esta responsabilidad, en diversos grados, desde el artículo 1.903 del Código civil, el 216 del Código de Justicia Militar, y numerosas leyes especiales (de Expropiación forzosa, de Régimen jurídico de la Administración del Estado) que, comenzando tímidamente y estableciendo sólo la responsabilidad con carácter subsidiario, van ampliando ésta hasta llegar a comprender incluso la responsabilidad objetiva (v. gr.: leyes sobre circulación y uso de vehículos de motor).

La conclusión pudiera ser que, aun reconociendo que sólo es propio sujeto activo del hecho ilícito la persona física, en ciertas y determinadas circunstancias no repugna se considere puedan serlo las corporaciones o personas jurídicas (delitos corporativos). En estos casos puede existir un doble tipo de sanciones: las aplicables a la persona física, representante de la persona moral, y las aplicables a esta última, ambas adecuadas a su respectiva naturaleza.

Un tercer defecto apuntan los actores, consistente en que la escritura de adopción ha sido autorizada sin comparecer el administrador o director del Instituto de Maternología y Puericultura, ni persona que ostentase su representación como representante legal de la adoptada.

Suponiendo que la escritura de adopción hubiera sido otorgada compareciendo únicamente los adoptantes de la recién nacida, no parece que ello implique vicio de nulidad, ya que el artículo 177 del Código civil entonces vi-

gente no impone tal sanción, ni siquiera menciona las personas que deben concurrir a otorgar la escritura, extremo que deja a la legislación notarial, por la que se rige, pues, el otorgamiento de la escritura, conforme a los artículos 1.217 del Código civil y 143 del Reglamento notarial. El Código civil no determina quiénes han de otorgar la escritura pública, sino que, por el contrario, el artículo 176 se cuida de puntualizar que el consentimiento de las personas a que el mismo se refiere *se manifestará a la presencia judicial*. Incumbe, por tanto, al Notario decidir, en consonancia con el caso planteado y la redacción de la escritura, quiénes habrán de comparecer y en qué concepto para otorgar la escritura, “en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas”, haciendo constar “que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate” (artículo 167 del Reglamento notarial). Resulta así derogado el artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual habrían de intervenir en la escritura el adoptante, el padre o la madre del adoptado y éste si fuere mayor de catorce años.

#### B. OPOSICIÓN DE LOS DEMANDADOS: LA APROBACIÓN JUDICIAL CONVALIDANTE Y EL POSIBLE ABANDONO CULPABLE DE LOS PADRES

El matrimonio adoptante y la Administración del Establecimiento dependiente de la Diputación Provincial de Vizcaya se oponen a la demanda insistiendo fundamentalmente en dos aspectos: uno, que la actuación de los órganos y funcionarios, especialmente el órgano judicial, con su múltiple calificación en el expediente de adopción, favorable a la misma, descartan la existencia de cualquier irregularidad, la cual, de haber existido, quedaría subsanada por la “definitiva” aprobación judicial; el otro, la existencia de abandono culpable por los padres.

Respecto al primer fundamento de su oposición a la demanda, hacen hincapié en que se cumplió la correspondiente tramitación del expediente regularmente, con el informe o dictamen favorable del Ministerio Fiscal, la aprobación definitiva por el Juez de primera instancia, la calificación notarial y registral favorables que determinaron, respectivamente, el otorgamiento de la escritura pública y la constancia en el Registro civil. Así se dice: “... Llegó, pues, a inscribirse la adopción realizada tras haber pasado por el quintuple tamiz que suponen el expediente del Instituto, la audiencia del Ministerio Fiscal, la aprobación del Juez de primera instancia, la censura notarial y la calificación del Registro.”

Realmente, dichas así las cosas, parecen tener cierta fuerza las alegaciones de los demandados. ¿No va a servir para nada ese múltiple control? A pesar del mismo, ¿quedará cualquier adopción sujeta a los avatares de una posible impugnación? ¿Qué seguridad pueden tener los adoptantes?

La cuestión es grave, pues en el fondo está en juego la confianza en la institución por los adoptantes, lo que equivale a decir su éxito y, por consecuencia, el interés de los adoptados. Decir a cualquier adoptante que aun después de inscrita la adopción en el Registro civil queda expuesto a cualquier

reclamación de los padres del adoptado, que se verá en el caso de seguir un pleito, significa que desistirá de la adopción proyectada. Es por ello que algunas legislaciones, como la Ley alemana de 12 de abril de 1938, establecieron que “por la confirmación firme se subsana la inobservancia de alguna formalidad establecida para la adopción”.

Ahora bien, si nos fijamos, este no es el caso del presente pleito. Aquí se trata de que el primer acto en la cadena de los que integran la adopción, el expediente instruido por el propio Instituto, somete al informe fiscal y posterior aprobación judicial una adopción sobre bases inexactas, no ajustadas a la realidad, ya que parece desprenderse del expediente ser desconocidos los padres —sobre cuya base se informó favorablemente por el Ministerio Fiscal y se aprobó por el Juez—, siendo así que la realidad era muy otra: el Instituto de Maternidad conocía la identidad de los padres; más aún, conocía la voluntad —el deseo dice la sentencia— de los padres de recuperar a su hija, manifestado antes de estar concluso el expediente. Parece que precisamente por ello no se les dio audiencia, a fin de evitar la constancia en el expediente de su oposición.

De aquí resulta que tanto al informe Fiscal como a la aprobación judicial y a la calificación notarial les falta el conocimiento íntegro y exacto de las verdaderas dimensiones en que aparecía planteada la adopción. Para subsanar algo hay previamente que conocer los vicios de que adolece y que se van a convalidar, lo que no ocurre aquí. En ausencia del presupuesto, no puede darse la consecuencia.

Queda por ver si la protección de la buena fe, caso de que existiera (lo que en este caso aparece como dudosa), o del interés de los adoptantes merece una protección jurídica tan fuerte que, por sí sola, sea bastante para mantener una adopción en la que los adoptantes actuaron sin conocer los posibles vicios o defectos formales. Aunque podría distinguirse, a estos efectos, entre vicios de fondo y de procedimiento, en general creo puede responderse negativamente, por una razón fundamental: que la “ratio legis” de la adopción no es la protección del interés de los adoptantes, sino la protección del interés del adoptado.

Descartado que los demandados tengan verdadero apoyo en el primer motivo de su oposición a la demanda, veamos el segundo, consistente en su alegación de que existe abandono culpable de los padres. El argumento tiene, en realidad, poca consistencia, ya que el abandono culpable impide sólo la revocación de la adopción a instancia de los padres, pero no es obstáculo, al menos en principio, para que se declare la nulidad de la adopción. Sin embargo, como este punto, en relación con la denegación de prueba, motivó el recurso por quebrantamiento de forma y se recoge también como argumento en el de infracción de ley, conviene detenerse en su análisis. Adelantaré que, a mi juicio y según lo que resulta de las actuaciones, no parece que haya existido abandono, porque: 1) los padres no firmaron escrito alguno relativo o demostrativo de su voluntad de abandonar; 2) la entrega de la niña se hizo por un tercero, de donde tampoco cabe deducir voluntad tácita de los padres en ese sentido; 3) por el contrario, los padres reclamaron a la hija antes de ser adoptada; 4) desde que nació la niña y se depositó en la Maternidad hasta

que se entregó en custodia o acogimiento a quienes luego serían sus adoptantes, no transcurrió el plazo mínimo requerido por los Reglamentos de los Institutos de Maternidad para entender abandonada a la criatura que, en todo caso, es de seis meses, y que ha recogido el artículo 174 del Código civil en la reforma de la Ley de 4 de julio de 1970.

La tesis de ambas partes demandadas es que existe abandono, porque desde el nacimiento de su hija hasta el reconocimiento de la misma por los padres pasaron más de dos años, "lo que indica a todas luces una desidia y falta de interés notorios". Y aún se insiste, en el sentido de que "si doña... (la madre) tuvo una hija y la abandonó, lo hizo de manera total y absolutamente culpable, y si tal criatura es, hija de ella y de don ... (el padre), la culpabilidad alcanzaría a ambos, porque del relato de la demanda se deduciría que, aparte de su aptitud para el trabajo, poseía doña ... (la madre) dinero suficiente para ingresar en una de las clínicas de más categoría de Bilbao, permanecer en ella un prolongado plazo y pagar de su peculio la cuenta". A esta argumentación va a contestar la sentencia, con toda razón, que los bienes o fortuna del presunto padre carecen de trascendencia para determinar si existe o no la situación de abandono y si éste es culpable o inculpable.

Además, parece confundirse por los demandados el abandono con la exposición y, dentro del propio abandono, el abandono simple, que no requiere calificativos y que por sí solo posibilita la adopción, con el abandono cualificado culpablemente, que es el único con trascendencia para impedir la revocación de la adopción, porque entienden, a mi juicio erróneamente, que sólo el niño que ha sido abandonado *culpablemente* por los padres puede ser adoptado. Como en este punto existen algunas imprecisiones a las que ha querido poner remedio la reforma de 1970, parece aconsejable exponerlo con algún detalle.

La primera cuestión—y ello aunque se utilice cada vez menos el término de "expósito" y semejantes—es determinar si las expresiones "abandonado" y "expósito" son sinónimas o diferentes y, de resultar esto último, precisar en qué consiste la diferencia.

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

De entre los precedentes históricos merecen citarse los siguientes textos: la ley 1.<sup>a</sup> del título IV, libro IV, del Fuero Juzgo establece que "si algún omne tomar el ninno o la ninna echada, é lo criar, é los padres le conocieren despues: si los padres son omnes libres, den un siervo por el fiio o el precio. E si lo non quisieren fazer, el iuez de la tierra los deve fazer redemir el fiio que echaron; e los padres deven ser echados por siempre de la tierra. E si non ovieren de que lo puedan redemir, aquel que lo hechó sea siervo por él. Y este pecado o quier que sea fecho en toda la tierra, el iuez lo deve acusar é penar". El título correspondiente lleva la rúbrica en romance "IV. Título de los ninnos echados", correspondiente a la latina "IV. Titulus de expo-

sitis infantibus”, de donde resulta que emplea las palabras “echar”, “echados” como sinónimas de los actuales términos “exponer” y “expósitos”. El Fuero Real (libro IV, título XIII, ley 1.<sup>a</sup>) determina que “si algún niño o otro de mayor edad fuese desechado por su padre o por otro, sabiéndolo él, e consintiendo su padre, no haya más poder en él, ni en sus bienes, ni en vida ni en muerte; y esto mesmo sea de madre o de otro cualquier que lo habie en poder”. La Partida 4.<sup>a</sup>, título XX (De los criados que ome cria en su casa, maguer non sean sus fijos), ley 4.<sup>a</sup> (De los niños que son *echados* a las puertas de las iglesias, e de los otros lugares, é de como los padres, é los senores que los echaron, non los pueden demandar despues que fueren criados), contiene las expresiones “echar” y “desamparar” o sus derivados, aunque parece emplearlas en sentido idéntico: “Verguença ó crueldad, ó maldad mueue a las vegadas al padre ó a la madre en *desamparar* los hijos pequeños, *echándolos* a las puertas de las iglesias, e de los ospitales, e de los otros lugares... E porende dezimos, que si el padre ó la madre demandare a tal fijo o fija después de lo á *echado*, e lo quiere tornar en su poder, que lo non puede fazer...”; glosando Gregorio López el término “echándolos”, “isti expositi dicuntur...”, considerando este hecho como causa de extinción de la patria potestad (“... quod si pater consensit expositioni perdat patriam potestatem”). En la Novísima Recopilación encontramos ya el término “expósito” que se utiliza constantemente en las cinco leyes que integran el título XXXVII del libro VII: De los expósitos; y de las casas para su crianza, educación y destino. Tales leyes hablan de “niños expósitos y desamparados”, niños expósitos y huérfanos”, “los de la doctrina, desamparados y hospicios”, “criaturas abandonadas”, etc. Por su parte, la Ley de 23 de enero y 6 de febrero de 1822, conocida también por Decreto de las Cortes de 21 de diciembre de 1821, relativa al Establecimiento General de Beneficencia, parece distinguir entre niños *expósitos*, cuyo concepto da por supuesto, y los niños *absolutamente desamparados*, que define como “aquellos que habiendo sido *abandonados* por sus padres, o quedando *huérfanos* de padre y madre, no hubiesen sido recogidos por ningún pariente o persona extraña, con propósito de cuidar de su crianza” (art. 57). La Ley de 20 de junio de 1849, que reorganiza la Beneficencia, distingue entre casas de maternidad y de expósitos, por una parte, y casas de huérfanos y desamparados, por otra (art. 3.<sup>o</sup>). Y el Real Decreto de 14 de mayo de 1852, que aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley anterior, diferencia claramente las *casas de expósitos*, en las que se reciben los niños que nacieron en la Maternidad, si su padre determinasen dejarlos a cargo del Establecimiento, y todos los que fuesen *expuestos* o entregados a mano, de las *casas de huérfanos y desamparados*, que tienen por objeto la crianza de los niños procedentes de las casas de expósitos desde los dos años hasta los doce, así como los abandonados que ingresen después de la edad de dos años.

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

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

2. *Abandono no punible*:

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

B) *Abandono involuntario*, que tiene lugar cuando no existe la intención de abandonar, sino que el abandono surge por causa ajena a la voluntad del agente (catástrofe, guerra, etc.).

C) *Abandono indirecto*, cuando no existiendo intención inicial de realizar el abandono, surge la misma posteriormente, por omisión del deber de información o por falta de interés sobre el menor.

Además, por su forma, puede distinguirse entre:

a) *Abandono legal o expreso*, cuando el padre o la madre declaran su intención de abandonar al hijo.

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

Argumentos favorables a estas distinciones o a otras análogas se encuentran en los artículos 487 a 489 y 584, núm. 14 y 15, del Código Penal, 175 (antiguo) y 174 (actual) del Código civil, y las disposiciones generales y especiales sobre Beneficencia.

Analizando los hechos que concurren en el presente caso, el ánimo se inclina a opinar que no existió por parte de los padres un abandono de su hija que llegase a implicar pérdida de la patria potestad y de la facultad de reclamarla. El plazo de dos años y cinco meses transcurrido desde el nacimiento hasta el reconocimiento por ellos de su hija en el testamento, no parece excesivo si se tienen en cuenta las circunstancias que mediaron hasta ese momento. Parece, por tanto, que no debe ser acogida la oposición de los demandados fundada en el abandono culpable, ni debe ser trascendente la fortuna de la madre a estos efectos. No parece, sin embargo, que fuera este el punto de vista del Ministerio Fiscal, ya que en uno de los "resultandos" se nos dice que el mismo interesó, en el trámite de conclusiones, que se declarase la validez de la adopción, no procediendo su revocación al no concurrir el requisito del Código civil de falta de culpabilidad en el abandono, y por medio de otrosí hacía constar que para el supuesto de que se entendiera nula la adopción, le fuese pasado en su día el expediente.

Quizá bajo la influencia de este dictamen, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada su sentencia, la Audiencia declaró la nulidad de la adopción, revocando la sentencia del Juzgado.

Habría sido de gran interés tener a mano las sentencias del Juzgado y de la Audiencia. Al no ser esto posible, hemos de conformarnos con lo que de ellas pueda deducirse a través de los recursos de casación formulados por los demandados y la sentencia del Tribunal Supremo.

## II. ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACION CON LOS MOTIVOS DE LOS RECURSOS

Contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos, que declara la nulidad de la adopción por no haber sido oídos en el expediente los padres por naturaleza de la adoptada, que eran conocidos por la Administración del establecimiento benéfico, se formularon tres recursos, de ellos, dos por los adoptantes (uno por quebrantamiento de forma y otro por infracción de ley), y uno por la Diputación Provincial de Vizcaya, también por infracción de ley. La Sala 1.<sup>a</sup> de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de fechas 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973, de las que fueron ponentes, respectivamente, los Magistrados don Emilio Aguado González y don Antonio Peral García, declara no haber lugar a ninguno de los recursos interpuestos.

A efectos de obtener una mayor claridad expositiva y evitar reiteraciones, se analiza en primer lugar el recurso por quebrantamiento de forma interpuesto por los adoptantes y en segundo término los dos recursos sobre el fondo, interpuestos por los adoptantes y por la Diputación provincial de Vizcaya, agrupando los motivos y fundamentos de la sentencia afines entre sí.

### 1. *Recurso por quebrantamiento de forma.*

Los adoptantes basan este recurso en que interesaba en la primera instancia del pleito la prueba pericial consistente en que por un solo perito agente de la propiedad inmobiliaria y previo examen de las fincas de que resultare ser propietaria la actora, doña ... (madre de la adoptada), se haga constar el valor de todas y cada una de las fincas. La contraparte estimó impertinente esta prueba, por no ofrecer resultado alguno útil y eficaz para la decisión del pleito, tesis compartida por el Juzgado al decretar su inadmisión mediante auto confirmado por el de la Audiencia, que declaró no haber lugar al recurso de reposición contra la decisión del Juzgado. Reiterada la práctica de esta prueba en segunda instancia, volvió a ser denegada por la Audiencia, sin que prosperase tampoco el recurso de súplica interpuesto contra la anterior decisión. Alega la parte recurrente que resulta factor determinante de primer orden a efectos de calificar la exposición y abandono de la niña, conocer cuáles eran y qué valor tenían los bienes de la pretendida madre en el momento del abandono o exposición de la criatura.

El Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 22 de junio de 1972, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado Martínez, desestima el recurso fundándose en las siguientes consideraciones:

1.º La exégesis del artículo 1.693, núm. 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dispone este precepto que "habrá" lugar al recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio para los efectos del número 2.º del artículo 1.961: "... 5.º. Por denegación de cualquiera diligencia de prueba admisible, según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión". De donde resulta que se precisan dos requisitos: uno, que la prueba sea admisible, según las leyes, los que obliga a fijarse principalmente

en el artículo 566 de la Ley procesal, según el que los jueces repelerán de oficio las pruebas que no se acomoden a lo establecido en el artículo anterior, o sea, las que no se concreten a los hechos fijados definitivamente en los escritos fundamentales del juicio, o que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen, así como las pruebas que sean, a su juicio, impertinentes o inútiles; otro, el que la falta de la prueba *pertinente* haya podido producir indefensión, lo que ocurriría cuando la inadmisión de la prueba impida a la parte que la haya propuesto acreditar un hecho alegado que tenga trascendencia para el desarrollo de la litis.

2.º La calificación que de esa prueba hicieron los juzgadores de instancia.

El Juzgado manifestó que nadie había discutido el caudal de la madre y, por tanto, la diligencia era inútil; la Audiencia se limitó a no admitirla en la segunda instancia, si bien en el considerando once se dice textualmente: "Por consiguiente, la adopción, si existe eficazmente, permanecerá irrevocable, ya que la falta de culpabilidad de los impugnantes no es absoluta, cual exige la ley".

3.º La valoración que hace el propio Tribunal Supremo de las circunstancias concurrentes y de la propia formulación del recurso.

Se señalan así las siguientes circunstancias objetivas por las que el recurso ha de ser desestimado:

a) No se indica que el precepto infringido es el artículo 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b) No se discute en el pleito el estado de fortuna de la supuesta madre.

c) En la hipótesis de la parte demandante—esto es, según los hechos expuestos por ella—no sería ésta responsable del abandono, sino que éste fue obra de un tercero.

d) La indefensión no se produce al negar la admisión de la prueba, ya que según el considerando once de la sentencia de la Audiencia, antes parcialmente transcrito, la adopción quedaría subsistente de no proceder su inexistencia por causas que determinan la nulidad. Quiere con ello decir la Audiencia que, desde luego, no procede la revocación de la adopción, puesto que no se ha acreditado la falta total de culpabilidad en el abandono por parte de los padres, como exige el antiguo artículo 175, núm. 1.º, del Código civil para dar lugar a ella. Que procede, en cambio, la nulidad de la adopción por no haber oído a los padres en el expediente. Y que, como es lógico, de no haber procedido la nulidad por este motivo apuntado, la adopción sería firme e irrevocable.

De aquí podemos extraer las siguientes consecuencias:

1.ª Que si bien cabe establecer una presunción de voluntariedad e incluso de culpabilidad, en mayor o menor grado, en el abandono cuando éste es obra de la madre, no ocurre lo mismo cuando lo realiza un tercero, supuesto en el que hay que comenzar por establecer y probar la relación existente entre esa persona y la madre de la criatura abandonada.

2.ª La culpabilidad en el abandono es trascendente para la revocación de la adopción, pero es intrascendente cuando lo que se ventila es su nulidad.

Esto ya no aparece tan claro si ponemos en relación el actual artículo 177,

número 2.º, con los tres últimos párrafos del artículo 173 y el párrafo final del artículo 174, todos ellos del Código civil en la redacción dada por la Ley de 4 de julio de 1970. Parece que la última reforma ha querido reforzar la estabilidad de la adopción, ya que, además, la carga de la prueba corresponde a los padres, quienes deben probar que su falta de intervención o audiencia en el expediente de adopción fue por causa no imputable a ellos.

3.ª Los bienes o la fortuna de los presuntos padres carecen de importancia para determinar si existe o no la situación de abandono y si éste es culpable o inculpable.

Esto es así realmente, ya que si bien es cierto que la penuria económica puede ser atenuante del abandono, también puede serlo la gran posición social (v. gr.: evitar el escándalo). Y, en definitiva, una cosa es el abandono de la criatura sin datos que revelen su filiación (apartado a) del artículo 174 actual) y otra muy distinta la entrega consignando datos e interesándose por la criatura. Ligar a circunstancias puramente extrínsecas y materiales consecuencias de otro orden muy distinto, carecería de fundamento razonable.

## 2. Recurso por infracción de ley.

Además del recurso por quebrantamiento de forma, interpuesto por los cónyuges adoptantes, se formularon contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos otros dos recursos, relativos al fondo del asunto, uno por la Diputación Provincial de Vizcaya y otro por los adoptantes.

### A. RECURSO INTERPUESTO POR LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE VIZCAYA.

El recurso de la Diputación comprende siete motivos. Los dos primeros insisten sobre la irrevocabilidad de la adopción, citando el artículo 175 del Código civil como infringido, en relación con la falta total de culpabilidad de los padres en el abandono, que estima el recurrente no existe (hay abandono culpable). Los motivos tercero y cuarto centran ya más la cuestión, pues se fundamentan en violación e interpretación errónea del artículo 176 del Código civil, relativo a la nulidad (y no a la revocación) de la adopción, en relación con la falta de consentimiento y de audiencia de los padres de la adoptada en el expediente de adopción instruido por la Maternidad; y los tres últimos motivos se refieren a aspectos formales del expediente y de la escritura que coadyuvaron para que la Audiencia declarase la nulidad de la adopción, como son la instrucción y firma del expediente por funcionario de la Maternidad que estaba dado de baja por enfermedad, y la falta de comparecencia del representante de la Maternidad en el otorgamiento de la escritura pública.

### B. RECURSO INTERPUESTO POR LOS CÓNYUGES ADOPANTES.

A su vez, el recurso elevado por los cónyuges adoptantes al conocimiento de nuestro más alto tribunal, se articula en seis motivos, de los cuales el primero y el sexto se refieren a la falta de consentimiento y audiencia de los padres de la adoptada, definiendo qué tipo de conocimiento sea el requerido por el artículo 176 del Código civil a los efectos de oír a tales progenitores

o a los más próximos parientes de la adoptada; el motivo tercero estima infringido por violación el artículo 175, núm. 1.º, del Código civil, en cuanto el mismo exige para posibilitar la revocación de la adopción acreditar suficientemente la falta total de culpabilidad en el abandono, lo que el recurrente estima no existe en el presente caso; y los restantes motivos, segundo, cuarto y quinto, hacen referencia a la nulidad de la adopción por defectos formales, ya sea relativos al título de la adopción (motivos cuarto y quinto), ya concretamente a la escritura (motivo segundo), ocupándose también en cierto modo y parcialmente de este aspecto, en cuanto a la competencia del funcionario administrativo que instruyó el expediente, el antes citado motivo primero de este recurso.

### C. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

El Tribunal Supremo, en los seis considerandos de que consta la sentencia de que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar a los recursos de casación por infracción de ley interpuestos por las representaciones de la Diputación Provincial de Vizcaya y de los cónyuges adoptantes, contra la sentencia dictada el veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y uno por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, condenando a los recurrentes al pago de las costas de sus respectivos recursos.

La Sala 1.ª de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo no entra por igual, como es lógico, en el estudio de los diversos motivos de ambos recursos, algunos de los cuales (como los motivos primero, tercero y quinto del recurso interpuesto por la Diputación) desestima por defectos formales en su interposición, resolviendo en un mismo considerando acerca de los motivos de ambos recursos. Así, después del considerando primero, que tiene cierto carácter general y, aunque relativo principalmente al conocimiento que acerca de los padres de la adoptada tenía el Centro de Maternidad, pretende centrar la cuestión objeto de pleito, el considerando segundo decide sobre los motivos cuarto y quinto del recurso de los adoptantes, relativos al título de la adopción, el considerando tercero desestima por defectos formales en su proposición los motivos primero, tercero y quinto del recurso de la Diputación, el considerando cuarto resuelve los motivos segundo y cuarto del recurso de la Diputación y las cuestiones de los motivos primero, tercero y sexto del recurso de los adoptantes, el considerando quinto se refiere a los motivos sexto y séptimo del recurso de la Diputación y al motivo segundo de los adoptantes, y el considerando final o sexto se ocupa de los fundamentos alegados por los cónyuges adoptantes en el motivo cuarto de su recurso, que así mismo toca, según se dijo, el considerando segundo.

Por todo ello y a fin de evitar repeticiones, según antes se dijo, parece indicado estudiar las cuestiones debatidas en el pleito agrupándolas según traten de la revocación de la adopción en relación con el abandono culpable por parte de los padres de la adoptada (art. 175 del Código civil), de la nulidad de la adopción derivada de la falta del consentimiento y audiencia de los padres de la adoptada (aspecto sustantivo del art. 176 del Código civil) y, finalmente, de la nulidad de esta adopción menos plena por defectos for-

males en la tramitación del expediente y en la escritura (aspecto formal del artículo 176 del Código civil). En cada uno de estos tres apartados, a los que pueden reconducirse, sin gran esfuerzo, los problemas planteados, estudiaremos tanto los motivos de los recursos interpuestos por la Diputación y por los adoptantes en la parte que los mismos hagan a ellos referencia, como los considerandos o la parte de ellos en los que la sentencia del Tribunal Supremo decida estos mismos puntos.

a) *La revocación de la adopción en relación con el abandono de la adoptada y la supuesta culpabilidad de los padres de ésta en el mismo.*

A ello se refieren los motivos primero y segundo del recurso de la Diputación y el motivo tercero del recurso interpuesto por los adoptantes, que el Tribunal Supremo resuelve, a su vez, en el considerando tercero (desestimatorio del citado motivo primero del recurso de la Diputación por defecto formal en su formulación) y en el cuarto de la sentencia, que decide sobre los otros dos motivos de ambos recursos (segundo de la Diputación y tercero de los adoptantes).

La Diputación comienza su recurso con el siguiente motivo: "PRIMERO.—Al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; error de derecho por violación del artículo 175 del Código civil, según resulta de las pruebas y que demuestran la evidente equivocación del juzgador".

Todo el motivo insiste en la irrevocabilidad de la adopción teniendo en cuenta que no se acreditó la falta total de la culpabilidad de los padres en el abandono. La culpabilidad la deduce de tener el padre veintiocho años y cerca de treinta y ocho años la madre, cuando ocurrieron los hechos, y ser personas de normal constitución física y psíquica, poseer bienes suficientes, poder contraer matrimonio antes del parto, buscar la madre el apoyo de su hermano para con su ayuda realizar el abandono, el mantenimiento de las relaciones en todo momento por los padres y que al día siguiente del parto la madre consistió en el abandono y manifestó sus deseos de no conocer a la recién nacida. Y añade el recurrente que no puede decirse, como hace la sentencia recurrida, que el consentimiento estuvo viciado por supuesta presión de la voluntad del padre de doña ... (la madre), esto es, del abuelo materno de la niña abandonada, ya que el temor respetuoso a que se refiere la sentencia recurrida ni es antijurídico ni engendra un mal inminente.

Però esta exposición choca con los hechos que en la sentencia de instancia se dan como probados, y, además, la sentencia recurrida no declara la revocación, sino la nulidad de la adopción. El Tribunal Supremo rechaza este motivo en su considerando tercero, por defecto formal: "... el recurso..., intenta combatir las premisas de hecho en las que se apoya la sentencia recurrida, en varios motivos, sin tener en cuenta que ellos no están ajustados a la técnica procesal, y así el motivo primero... denuncia un "error de derecho" por violación del artículo 175 del Código civil... sin advertir que este precepto no contiene norma alguna valoratoria de prueba, por lo que nunca puede acusar un error de derecho".

El segundo motivo de su recurso lo deduce la Diputación "en interna consonancia con el anterior". Dice así: SEGUNDO.—Al amparo del número 1.º

del artículo 1.692 de la L.E.C.; infracción de ley por aplicación indebida del artículo 4.º del Código civil en relación con la violación del artículo 175 del mismo Cuerpo legal, en su redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958”.

La sentencia recurrida, se dice literalmente en este motivo, aplica el párrafo 1.º del artículo 4.º del Código civil y declara la nulidad de la adopción, por considerar que la falta de consentimiento de los padres al abandono o exposición permite la revocación de la adopción, contra lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 175 del mismo Código: la adopción es irrevocable; por lo tanto viola este precepto y aplica indebidamente el primer artículo citado. No puede declararse nulo lo que es irrevocable según la Ley y si se quiere extinguir la adopción se deben contemplar los supuestos que señala el artículo 175, concretamente la falta de culpa total de los padres en el abandono o exposición. La sentencia recurrida, se añade, valora los actos de los padres bajo una supuesta falta de consentimiento, por existir vicios que lo invalidan, trata de buscar una equivalencia con la intimidación como vicio del consentimiento según las normas de aplicación en materia de contratación, pero esta tesis es desacertada porque la intimidación (artículo 1.267 del Código civil) supone un temor racional y fundado a sufrir un mal inminente y grave en la persona o en los bienes; señalar la desheredación como tal causa de intimidación no encaja en tal supuesto, pues tal acto está previsto en los artículos 848 y 853 del Código civil. Además, el asentimiento al abandono ha sido continuo e inequívoco. E insiste, reproduciendo lo dicho en el motivo primero del recurso, en que existe culpa en el abandono, cualquiera que sea la graduación que quiera dársele; lo que no existe es exención total de la culpa en el abandono o exposición y de ahí que aparezca infringido el artículo 175, sin que pueda declararse la nulidad de la adopción que debe permanecer irrevocable, por lo que se aplica indebidamente el artículo 4.º de dicho Código.

Por su parte, los adoptantes argumentan en el motivo tercero de su recurso del siguiente modo: “TERCERO.—Autorizado por el número 1.º del artículo 1.692 de la L.E.C.; la sentencia recurrida infringe por violación el número 1.º del artículo 175 del Código civil, al admitir la legitimación de los padres naturales de la adoptada para impugnar la adopción legalmente realizada, según la reforma de la Ley de 24 de abril de 1958”. Entienden que el criterio de esta Ley, reflejado en su exposición de motivos, es el de que, al decir el artículo 175, las personas que “podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción del menor”, la legitimación parece extenderse a toda clase de acciones impugnatorias de la adopción, y en su virtud sería exigible la falta de culpabilidad de los padres naturales, incluso para el ejercicio de las acciones de nulidad. También se refiere a que las condiciones en que se encontraba la madre excluye la existencia de intimidación o temor reverencial. Y pasa luego a tratar de la revocación del depósito de la niña por la madre: “la sentencia aduce como primer motivo de nulidad de la adopción la revocación del depósito de la recién nacida manifestada expresamente por sus padres; en los considerandos quince y dieciséis se alude a esta supuesta causa de nulidad, exponiendo cómo la depositada fue retenida contra la voluntad de sus padres, a los que les ocultó su paradero...” e “invoca la revocación del depósito por los padres naturales culpables del mismo como

causa de extinción de la adopción, aunque de forma inexacta lo configure como motivo de nulidad, con lo cual aparece clara y patente la infracción por violación del artículo 175, núm. 1.º, que se aduce en el presente motivo”.

El Tribunal Supremo, para desestimar estos motivos de ambos recursos, manifiesta, en su considerando cuarto, “que al no haber sido combatidos eficazmente los hechos básicos de la sentencia recurrida, es evidente que han de ser totalmente respetados, por lo que se hace necesario partir de ellos...”. Y al haber sido rechazados los hechos alegados por los recurrentes, lógicamente han de decaer los motivos en que se fundamentan, “tanto más, cuanto que esa culpabilidad que en relación con el abandono... se fundamenta—el motivo—resulta totalmente ineficaz, ya que no sólo constituye supuesto de hecho totalmente contrario al sentado por la Sala sentenciadora, sino que, lo real y verdaderamente importante es que la sentencia que se recurre decreta la nulidad de la adopción, no como derivación del caso contemplado en el artículo 175 del Código civil, que sanciona con la “extinción” de aquélla, sino al amparo del artículo 176, que según la redacción impuesta por la Ley de 24 de abril de 1958, contiene una sanción expresa de nulidad para el incumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo, y como es esta “nulidad” la que se declara en el fallo impugnado, es obvio que dada la falta de audiencia de los más próximos parientes del adoptado en el expediente, exigida en aquél, al no haberse desvirtuado esta afirmación de hecho, se hacen inviables aquellos motivos”.

De este apartado, estableciendo una relación entre lo que se dice en los motivos del recurso, lo que se lee en la sentencia y lo que permite adivinarse o desprenderse de ambos, aún no manifestado claramente, parece que el padre de la actora logró, valiéndose de cierta coacción (amenaza de desheredarla, por ejemplo), obtener cierto consentimiento (desde luego no expreso) o no oposición inicial de ésta para que la niña recién nacida se depositase en la Maternidad, cuando todavía la madre se encontraba bajo los efectos del parto, en el que había tenido lugar la anestesia. Sea este asentimiento previo al nacimiento de la niña o logrado inmediatamente después, lo cierto es que en el mismo falta la deliberación y libertad necesarias en la madre; sin que, por otra parte, se ponga en claro cuál fue la conducta del padre, cuya voluntad también ha de ser tenida en cuenta. Es por esto que la Audiencia valoró estos hechos bajo el prisma de la existencia de un vicio, para reducir al mínimo la culpabilidad de los padres (de la madre especialmente) en el abandono. Pero esta cuestión no interesa demasiado, ya que el fundamento de la sentencia de la audiencia y, desde luego, la “ratio decidendi” de la del Tribunal Supremo no se encuentra en ella, ni en consideraciones análogas, que sólo se expresan a mayor abundamiento, para entrever el fundamento moral del fallo. En efecto, el quicio del pleito lo constituye, no el artículo 175 (revocación), sino el artículo 176 (nulidad) del Código civil. Ahora bien, aquí puede plantearse la cuestión de que estableciendo el artículo 175 del Código civil el principio de irrevocabilidad de la adopción y autorizando sólo el mismo precepto por vía de excepción ciertos y concretos casos en que se puede pedir por distintas personas que se declare extinguida la adopción del menor o incapacitado, cómo las normas excepcionales (que en este caso lo serían las

que permiten esa extinción) han de interpretarse restrictivamente y como, al fin y al cabo, la nulidad origina también una *extinción* de la *apariencia* creada por la adopción que se anula, no cabe que al amparo de causas de nulidad se amplíen los casos excepcionales de extinción de la adopción hasta dejar casi desvirtuado el principio de que “la adopción es irrevocable”. Y, por otra parte, si se admite una causa de nulidad de la adopción, el ejercicio de la acción habrá de ajustarse a los requisitos del artículo 175; en el caso que nos ocupa, como la nulidad la piden los padres que, al parecer, consintieron el abandono de la hija, deberán éstos demostrar “*su falta total de culpabilidad* en el abandono y su buena conducta a partir de éste” y esto, no tanto por la consideración anterior y las razones que aducen los recurrentes, como por la de que si toda la interpretación de las normas relativas a la adopción ha de hacerse teniendo en cuenta el interés del adoptado (lo que nadie discute hoy), no se ve cómo este interés será correctamente tutelado si comienza por entregarse la criatura a unos padres desnaturalizados, cuya perseverancia en el arrepentimiento que postulan no puede tener garantías efectivas. Estas cuestiones no llegaron a plantearse en toda su desnudez en el presente pleito; lo impidieron su manera de constituirse, las pretensiones aducidas por las partes y sus fundamentos legales y, sobre todo, la misma realidad de los hechos, a la cual no puede cerrarse los ojos ni el entendimiento. Y esta realidad es que en el presente caso no existió plena y libre voluntad de los padres en el abandono de la niña; hubo, sí, una “*apariencia*” de abandono, que el propio Establecimiento de Maternidad debió dejar sin efecto tan pronto como tuvo conocimiento de la verdadera voluntad de los padres, formada y manifestada tras madura reflexión y sin trabas de ninguna especie. Dado que, amparada en exigencias formales, no lo entendió así la Institución, escudándose tras la legalidad de un expediente instruido *por ella misma*, proceden con absoluta justicia la Audiencia y el Tribunal Supremo, cuando con base en exigencias formales del propio expediente, que no aparecen cumplidas, dejan sin efecto la adopción y declaran su nulidad. Se demuestran aquí los peligros de dejar la instrucción del expediente al cuidado del Establecimiento que es también parte interesada en la adopción. Quizá entendiéndolo así, la reforma de 1970 ha suprimido el párrafo 2.º del antiguo artículo 176 que atribuía la competencia exclusiva para tramitar el expediente al Establecimiento de beneficencia. Al haber suprimido este párrafo y manifestar el final del artículo 174 que “la situación de abandono será apreciada y declarada por el juez competente para conocer el expediente de adopción”, parece que es el propio juez quien será competente para instruir la adopción de los acogidos en Centros benéficos, cualesquiera que éstos sean.

Finalmente, no cabe duda que la revocación es distinta de la nulidad, como antes se dijo (vid. I, A), ya que, precisamente la primera supone lo contrario de la segunda, esto es, para que pueda hablarse de revocación, aun en potencia, es preciso que se parta de la existencia de algo válido y eficaz. Es un extremo que también aparece deslindado en la Ley de 1970, cuando en su exposición de motivos advierte sobre la gradación y valor del consentimiento o expresión de voluntad de aquellas personas llamadas a intervenir en la adopción: “Hay un consentimiento básico, sin el cual carecería de sentido

siquiera pensar en la adopción: el del adoptante y el del adoptado mayor de catorce años... En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento... que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento... El último grado o escala lo ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas...”, con la respectiva consecuencia de que en el primer caso el consentimiento no puede ser suplido por el Juez, quien “carece, como es natural, de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas o ante la falta del mismo”; en el segundo, “si la citación del llamado a consentir o asentir no pudiera efectuarse o, practicada, no concurrir, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptando”, esto es, el Juez no puede ir *contra* el consentimiento de estas personas o su oposición, pero entra en sus facultades suplir ese consentimiento cuando no pueda manifestarse; y, por último, en el tercer escalón, “el Juez tiene plenas facultades para decidir no sólo si es imposible citar a dichas personas o si, citadas, no concurren, sino también para hacerlo en contra de un criterio de las mismas opuesto o desfavorable a la adopción”, para lo que, tratándose de padres, se requiere que hayan sido privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad. De donde claramente se advierte la diferencia entre los casos en que no se hayan manifestado tales consentimientos y los supuestos de la revocación: ambos son inasimilables.

La cuestión planteada en uno de los motivos del recurso de si es revocable el abandono efectuado en una casa de Maternidad, ha de resolverse, en principio, afirmativamente, si bien habrá de atenderse a cada caso en concreto para decidir si tal cambio de voluntad aparece como justificado. Así queda justificada la desestimación de los motivos que aducen a la revocación o abandono, debiendo pasar a ocuparnos de los que impugnan la nulidad de la adopción, declarada por la Audiencia, derivada de la falta del consentimiento y audiencia de los padres de la adoptada, esto es, con base en el artículo 176 del Código civil, así como de los fundamentos de la sentencia a ello relativos.

b) *La nulidad de la adopción derivada de la falta de consentimiento y audiencia de los padres de la adoptada.*

A este tema, básico del recurso y que constituye la “ratio decidendi” de las sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo, se refieren los motivos tercero y cuarto del recurso de la Diputación y primero y sexto del interpuesto por los adoptantes, que el Tribunal Supremo decide en los considerandos primero (que tiene cierto carácter general dedicado a centrar el tema), tercero (que desestima el motivo del recurso de la Diputación por defecto formal) y cuarto (que declara no haber lugar a los motivos cuarto del recurso de la Diputación, primero y sexto del recurso de los adoptantes).

El motivo tercero del recurso de la Diputación dice así: “TERCERO.— Al amparo del núm. 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; error de derecho por interpretación errónea del artículo 1.253 del Código civil en relación con la violación del artículo 176 (redacción según la Ley de 1958) al apreciarse de las pruebas evidente equivocación del juzgador. Que la sentencia de la Audiencia considera que la niña depositada fue retenida en el Instituto de Maternología de Bilbao contra la voluntad de sus padres, a quienes se conocía

en el Centro por haber comparecido y haber manifestado su intención de recuperarla, y como en la tramitación del expediente de adopción no se dio audiencia a los padres y éstos no prestaron su consentimiento, la adopción debe declararse nula, de conformidad con el artículo 176 del Código civil, pero el Organismo Benéfico no conocía a los parientes de la expósita o abandonada ni pudo conocerlos, por tanto la Administración del Instituto no pudo oír a los parientes en el expediente de adopción y por tanto no cabe la infracción de tal requisito legal del artículo 176 del Código denunciada en la sentencia. Que respecto al conocimiento de los parientes de la menor si fueron o no conocidos por la Administración del Instituto de Maternología a los efectos de la audiencia en el expediente de adopción, la sentencia recurrida dice que hubo conocimiento, ya que fueron reiterados los intentos de recuperación de la niña, lo que revela convenientemente quiénes eran sus padres naturales, aunque no hubiera constancia formal de ellos; interpretación desafortunada a juicio del recurrente, pues el conocimiento debe nacer de actos claros e inequívocos, sobre todos los que subjetivamente se pueden apreciar de forma fehaciente y exacta. Que los actos válidos para el conocimiento que se pretende son: la querrela para localizar a la hija, la legitimación; por subsiguiente matrimonio y el reconocimiento hecho en testamento; y todos ellos son posteriores a la adopción. Que dice el penúltimo párrafo del hoy vigente artículo 174 del Código civil al hablar sobre la apreciación del abandono, que éste se entiende, si durante seis meses continuos, el padre, madre, tutor u otros familiares del menor se interesan por él de modo efectivo mediante actos que demuestren la voluntad de existencia, la mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo, es decir, que la ley da valor a los actos efectivos de los parientes, no a la mera petición de noticias; por tanto, no bastan unas simples visitas para demostrar ser los parientes del menor cuya adopción se pretende, porque la Administración del Instituto no está obligada a averiguar quiénes son los padres del menor. Que de una recta interpretación de los hechos y pruebas practicadas se infiere, que la Administración no conocía a los parientes de la menor, y por tanto, al no haber oído en el expediente a quienes se dicen son sus padres, no existe el vicio de nulidad denunciado que considera la sentencia recurrida.”

La sentencia del Tribunal Supremo rechaza este motivo en su “considerando” tercero, por defectuosa formulación: “... asimismo, el motivo tercero del propio recurso —de la Diputación— denuncia también por el mismo «concepto» (error de derecho en la apreciación de las pruebas), la interpretación errónea del artículo 1.253, y ello amparado en el núm. 7.º del 1.692 ya citado, olvidando que es reiteradísima doctrina de esta Sala, en el sentido de que el artículo mencionado no puede invocarse en casación más que a través del número 1.º del 1.692 —Sentencias de 25 de marzo de 1958 y 30 de septiembre y 19 de noviembre de 1971—, cosa que no se ha hecho.”

El motivo cuarto del recurso de la Diputación dice así:

“CUARTO.—Al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; infracción por aplicación indebida del artículo 4.º, párrafo 1.º, del Código civil, en relación con la violación del artículo 176 del mismo (redacción ley de 1958) y principio «ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus»,

así como la doctrina jurisprudencial que la consagra. Que declara la sentencia recurrida existe una causa de nulidad de la adopción de que se trata, por aplicación del artículo 4.º, párrafo 1.º, del Código civil, al ir contra lo dispuesto en el artículo 176 del mismo Código, en el párrafo de este último que se refiere a la audiencia de los parientes conocidos de la adoptada y necesidad de su consentimiento. Que la sentencia de la Audiencia de Burgos requiere que la adopción debe ser consentida por los padres de la menor y que éstos no fueron oídos al respecto en el expediente tramitado por la Administración del Instituto de Maternología. Como tal actuación provoca el vicio de nulidad de la adopción, se ha de examinar la legalidad o ilegalidad de los actos del órgano administrativo; hay que partir de la base de un hecho indubitado, cual es la exposición o abandono; esto se realiza por una persona distinta de quienes se dicen padres de la menor, a quien la madre encarga el abandono de su hija; nada se dice a la depositante y para ella es un secreto profesional en relación sobre quiénes son o pueden ser los padres de la menor; la ocultación de la maternidad hace que incluso se retiren los signos identificadores (ropas de la niña), por ello surge la ocultación de la paternidad y maternidad, fiel reflejo de esto es la inscripción de nacimiento que se hace sin contar la filiación de la menor depositada. Que ante tal situación, la Administración del Instituto inicia el expediente; la falta de audiencia de los padres en el expediente de adopción se debe a la falta de conocimiento que de ellos tuvo la Administración Benéfica. Que la sentencia recurrida declara la nulidad de la adopción por considerar que la falta de audiencia equivale a la falta de consentimiento paterno o materno que no ha sido otorgado en el expediente de adopción. Que la sentencia trata de distinguir donde la Ley no lo hace, el artículo 176, de cuya infracción se trata, no requiere el consentimiento, sino conocer simplemente la opinión de los parientes sobre la adopción que se tramita; en el caso de que los padres hubieran consentido, nada extraño tendría que la Administración del Instituto diese su consentimiento y considerase oportuna la adopción, pese a la disconformidad de los padres. Que la Administración valora siempre la conveniencia de la adopción, pero el consentimiento de los parientes ni es vinculante, ni es necesario, por que la Ley no lo exige y donde la Ley no distingue no debemos hacerlo; consecuentemente no procede declarar la nulidad de la adopción, puesto que no hay una infracción del proceso administrativo por falta de audiencia de los parientes, el consentimiento no es necesario porque la Ley no lo exige, y por tanto, se dan las infracciones legales señaladas en este motivo."

Por su parte, los motivos 1.º y 6.º del recurso interpuesto por los adoptantes manifiestan las siguientes razones:

"PRIMERO.—Autorizado por el número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; la sentencia recurrida infringe por violación el artículo 176, apartados 2.º y 3.º del Código civil, en cuanto invoca y aduce causas de nulidad del expediente de adopción menos plena no incluidas entre las taxativamente establecidas por tal precepto, según la Ley de 24 de abril de 1958. Que hace referencia el recurrente a lo expuesto por el Legislador en la exposición de motivos de esta Ley, quien con interpretación auténtica expone la finalidad perseguida por la reforma del instituto de la adopción; preocupación prefe-

rente fue en la Ley de 1958 la de los niños abandonados por su padres naturales, que no supieron o no quisieron afrontar los deberes de la paternidad, prefiriendo dejar a sus hijos en manos extrañas; la reforma pretende dotar a la adopción «de la mayor estabilidad» y si bien concede a los padres naturales la posibilidad de su impugnación, sólo les atribuye legitimación para ello si acreditan su total falta de culpabilidad, situación que la Ley califica de infrecuente. Que el artículo 176, después de la reforma de 1958, establece un procedimiento especial para tramitar la adopción de los abandonados por sus padres naturales en un establecimiento de beneficencia; consta la tramitación de dos etapas claramente diferenciadas: la primera etapa de matiz predominantemente instructivo por parte del establecimiento público, en la que éste recoge los datos y certificaciones haciendo las comprobaciones necesarias; la segunda etapa, en la aprobación judicial de la adopción con la audiencia previa del Ministerio Fiscal; una vez emitido el acto judicial de la aprobación, la adopción surge como vínculo jurídico, de aquí que el artículo 176, en su último párrafo, afirme que será nula la adopción en que no se cumplan estos requisitos; es el conjunto de estos requisitos del expediente en unión de la aprobación judicial lo que hace nacer la adopción, siquiera sea necesaria consignarla en escritura pública con el fin de que pueda ser inscrita en el Registro Civil; los requisitos del expediente, cuya falta puede dar lugar a su nulidad esencial, son los anteriormente señalados y no cualesquiera otros diferentes. Que en aplicación a este caso particular se ha de considerar que sin conocimiento oficial, en la institución, de los padres naturales u otros parientes próximos, el 4 de febrero de 1967 se inicia el expediente de adopción menos plena a solicitud de los recurrentes, a cuyo expediente se aportan las certificaciones; figura a continuación la resolución del Jefe de Administración del Instituto, en el que con citación de las partes solicitantes y de la adoptada, no pudiéndose citar a sus parientes naturales por carecer de ellos o ignorar su existencia (folio 198), la Administración entiende que es conveniente la adopción, y a tal fin concede la autorización necesaria; se eleva el expediente al Juzgado de Primera Instancia número seis de Bilbao, que con fecha 8 de marzo de 1967 dicta auto con audiencia del Ministerio Fiscal, y encontrando cumplidos los requisitos legales, aprueba el expediente de adopción menos plena de la expósita... solicitada por los recurrentes, ordenando el otorgamiento de escritura pública una vez que el auto haya adquirido firmeza (folio doscientos). Que ni el expediente administrativo, ni el auto judicial, firme con la autoridad de cosa juzgada material por no haber sido recurrido en tiempo y forma, ha sido objeto de impugnación en la demanda ni de petición de declaración de nulidad, ni sobre ellos se ha pronunciado la sentencia recurrida. Que como fundamento del fallo en que se declara la nulidad de la adopción menos plena, la sentencia recurrida señala como defectos formales del expediente los siguientes: a) en el considerando diez y seis se invoca una primera causa de nulidad, la revocación del depósito por sus padres naturales, habiendo sido la depositada retenida contra la voluntad de sus progenitores a los que se omitió su paradero (considerandos quince y diez y seis); b) la falta de audiencia de los padres naturales de la adoptada «sobradamente conocidos por la Administración» (considerando diez y ocho); c) instrucción del expediente adminis-

trativo por funcionario incompetente (considerando veintiuno). Que impugna el recurrente las pretendidas causas de nulidad del expediente administrativo; la primera de ellas indicada en el apartado a) concierne a la supuesta revocación del depósito de la adoptada, por sus padres naturales, que trasciende a la revocación de la adopción, nada tiene que ver con la acción de nulidad al amparo del artículo 176, pues es tema diferente al cumplimiento de los requisitos formales en el expediente. Que la sentencia «a quo» vierte graves acusaciones contra la Administración del Instituto refiriéndose a una actitud imprudente, temeraria o culposa, al entregar la recién nacida a sus padres adoptivos a los cuatro días del nacimiento, no diciéndole a la supuesta madre natural dónde se encontraba su hija; aparte de lo inoportuno de tales calificativos, respecto a la Administración de un Organismo público que se limitó a cumplir con su Reglamento según confirmó el Ministerio Fiscal y el Juzgado en sus respectivas intervenciones, es lo cierto que por estas causas se siguió un sumario que concluyó por sobreseimiento; por otro lado habría sido una conducta más impropia o irresponsable entre los Administradores de la Institución acceder a peticiones o ruegos de personas que no acreditaran suficientemente su parentesco. Que en la relación con la causa de nulidad expresada anteriormente en el apartado c) por supuesta incompetencia del funcionario instructor, tampoco puede encuadrarse entre las que taxativamente señala el párrafo segundo del artículo 176, únicas que es posible amparar en tal precepto; en todo caso se trataría de un supuesto de anulabilidad del expediente, y los actores no solamente no han ejercitado la acción de anulabilidad, sino que ni siquiera han alegado este hecho como causa de nulidad; siendo rogado el procedimiento civil es impropio, la estimación de oficio por el Tribunal «a quo» de una causa de anulabilidad que las partes no tuvieron posibilidad de impugnar; en definitiva, cabe decir que la autorización no la prestó éste o aquél funcionario, sino impersonalmente la Administración del establecimiento, como se infiere del texto de la resolución (folio 198). Queda por último la supuesta falta de audiencia de los padres naturales en el expediente de adopción, única de las causas de nulidad invocadas por el Tribunal «a quo» incluida en el apartado segundo del artículo 176 del Código civil; ciertamente el precepto se refiere a la audiencia en el expediente a sus más próximos parientes si fueren conocidos; según el Tribunal «a quo», los padres naturales de la adoptada eran sobradamente conocidos por la Administración del Instituto, pero la Sala de Instancia infiere tal conocimiento de las visitas que efectuó doña ... (la madre), afirmando que ella era la madre de la criatura, sin aducir más prueba que su propia versión de los hechos, por eso la sentencia impugnada acude al adverbio sobradamente, si tal conocimiento tuviese por base algún documento o dato indubitado no precisaría la sentencia emplear la locución sobradamente; dice el Tribunal «a quo» (considerando diez y ocho) que el conocimiento es un elemento subjetivo que resulta de datos objetivos y en este caso existió, ya que los reiterados intentos de recuperación de la niña revelaron convenientemente quiénes eran sus padres naturales, aunque no hubiera constancia formal de ellos; se trata, en suma, del conocimiento de un hecho esencial en la vida y en la filiación de un expósito cual es el de la paternidad natural, deducido de simples manifestaciones o reclamaciones no respaldadas por ninguna prueba

concreta. Que son interesantes las alegaciones, absolutamente objetivas, que el Ministerio Fiscal formula en su escrito de conclusiones (folio 507 de los autos), que recoge el recurrente, y termina afirmando que se han cumplido todos los requisitos exigidos por el párrafo segundo del artículo 176 del Código civil, y al no entenderlo así la sentencia recurrida invocando causas de nulidad no reconocidas por dicho precepto incide en su violación."

En el motivo sexto de su recurso, los adoptantes insisten en la cuestión del conocimiento por el Instituto de Maternidad de los padres de la acogida en el Centro:

"SEXTO.—Autorizado por el núm. 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; la sentencia recurrida incide en error de derecho en la apreciación de la prueba documental, infringiendo por violación el párrafo 1.º del artículo 1.218 del Código civil; el presente motivo, aunque independiente, es complementario del motivo primero del recurso, en el que fue estudiado el problema del conocimiento de los padres naturales, desde un punto de vista jurídico, esto es, lo que había de entenderse por conocimiento en el caso de una institución de carácter oficial encargada de la tutela de los menores abandonados, concluyendo que aquél no podía fundarse en una mera noticia, sino en pruebas reales que acreditasen suficientemente la paternidad de quienes la elegaban ante el Establecimiento. Que, según la sentencia recurrida, el conocimiento es un elemento subjetivo que resulta de datos objetivos; en este caso el conocimiento lo deduce la sentencia de simples manifestaciones subjetivas de unas personas que no lograron respaldar con los debidos datos objetivos. Que según el recurrente no contradicen plenamente aquella deducción puramente subjetiva del Tribunal «a quo» los siguientes documentos auténticos: a) la certificación literal de la inscripción de nacimiento de la exposita ... (aquí su nombre), obrante al folio 21 de los autos aportada por los demandantes recurridos; así desde el 10 de mayo de 1966 (fecha de la inscripción) hasta el 7 de octubre de 1968 (fecha de las anotaciones marginales), la filiación natural de la niña era totalmente desconocida como dato objetivo amparado por fe y publicidad del Registro Civil. b) El testimonio del Juzgado de Instrucción número 1 de Bilbao, obrante a los folios 259 vuelto al 263, expedido a petición de los actores, sobre particulares del sumario número 189/67, del que resulta acreditado que hasta mediados de mil novecientos sesenta y siete no formularon los padres naturales una reclamación en forma de la menor, cuando ya estaba finalizado y aprobado judicialmente el expediente de adopción y otorgada la escritura pública de 15 de marzo de 1968 (sic). c) La notificación oficial del señor presidente de la Diputación de Vizcaya (folio 22) aportada de adverso como documento número cinco, comunicando a los actores el Decreto de 26 de noviembre de 1968 denegándoles la petición de vista del expediente de adopción. d) La certificación del secretario de la Diputación Provincial de Vizcaya (folio 184), acompañando fotocopia del expediente de adopción, del que se infiere la exposición de una niña sin dato alguno de filiación natural, constando en el acta resolutoria del expediente de adopción no se pudo citar a los parientes naturales, por carecer de ellos o ignorar su existencia, y el auto del Juzgado del que consta haberse observado en el expediente las prescripciones legales, con la aprobación del expediente. Que todos los anteriores do-

cumentos gozan de la cualidad de públicos y auténticos a los efectos de la casación y la conclusión que se obtiene de ellos, respecto al conocimiento resultante de datos objetivos de los padres naturales, son radicalmente opuestos a lo que infiere el Tribunal «a quo» de simples declaraciones testificales; el Instituto de Maternología y Puericultura pudo tener simples referencias de la existencia de tales padres naturales, pero no un conocimiento indubitado derivado de datos objetivos. Que al no haber tenido en cuenta el Tribunal «a quo» el valor probatorio de los documentos mencionados, ha incidido en el error de derecho denunciado en este motivo infringiendo el artículo 1.218 del Código civil.”

El Tribunal Supremo resuelve estas cuestiones en sus considerandos primero y cuarto, que dicen así:

“CONSIDERANDO: Que entre las afirmaciones que se contienen en la sentencia que se recurre, figuran, la de que el conocimiento de los padres de la niña adoptada, por parte de la administración del Instituto de Maternología, era evidente, ya que ha quedado suficientemente acreditado que ellos se interesaron por la hija y por su recuperación, y que fue retenida indebidamente contra la voluntad de sus progenitores a los que se les ocultó su paradero, resultando que el expediente de adopción no sólo se sustanció sin audiencia de aquéllos, a los que se ignoró indebidamente, sino a sabiendas de sus deseos de recuperar a su hija, esto es, contra su consentimiento, declarando asimismo en la mencionada resolución recurrida, no haberse cumplido en el expediente el requisito relativo al trámite de audiencia de los padres de la adoptada, a pesar de que por las razones que expone, en relación con los hechos que aprecia, eran sobradamente conocidos por la Administración del Instituto de Maternología, apreciaciones, todas ellas derivadas de puro hecho, que el Tribunal «a quo» deriva del examen conjunto de todos los elementos probatorios obrantes en el proceso, y contra los cuales se formalizan por parte de los demandados los dos recursos que son objeto de estudio en la presente resolución, y en la que se estima procedente, al objeto de seguir un orden lógico, examinar primeramente las motivaciones referentes a la congruencia denunciada en el motivo primero del segundo recurso formalizado por la representación de los adoptantes demandados, puesto que de accederse a la estimación del mismo, ello ocasionaría la casación total o parcial de la sentencia recurrida haciendo innecesario dilucidar otras causas de casación.”

“CONSIDERANDO: Que al no haber sido combatidos eficazmente los hechos básicos de la sentencia recurrida, es evidente que han de ser totalmente respetados, por lo que se hace necesario partir de ellos para el examen de los motivos segundo y cuarto, que denuncian: aplicación indebida del artículo 4.º del Código civil, en relación con la violación del artículo 175 de este Cuerpo legal, en cuanto al primero de ellos, y con el artículo 176, en el segundo, y que el recurrente los subordina al resultado de sus precedentes respectivos, que al haber sido rechazados éstos, lógicamente han de decaer aquéllos, tanto más, cuanto que sea «culpabilidad» que en relación con el abandono como motivo de extinción de la adopción, en que se fundamenta uno de ellos, y la de la falta de conocimiento, que respecto a los padres de la adoptada, dice,

tenía la administración del Instituto de Maternología, que se alega en el otro, resultan totalmente ineficaces, ya que no sólo constituye, ambos, supuestos de hecho totalmente contrarios a los sentados por la Sala sentenciadora, sino que, lo real y verdaderamente importante, es que la sentencia que se recurre decreta la nulidad de la adopción, no como derivación del caso contemplado en el artículo 175 del Código civil, que sanciona con la «extinción» de aquélla, sino al amparo del artículo 176, que según la redacción impuesta por la Ley de 24 de abril de 1958 —que es la aplicable a este proceso— contiene una sanción expresa de nulidad para el incumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo, y como es esa «nulidad» la que se declara en el fallo impugnado, es obvio, que dada la falta de audiencia de los más próximos parientes del adoptado en el expediente, exigida en aquél, al no haberse desvirtuado esta afirmación de hecho, se hacen inviables aquellos motivos, a cuya idéntica conclusión se llega con los ordinales primero, tercero y sexto del segundo recurso, que se amparan los dos primeros en alegaciones análogas a los estudiados anteriormente, y cuando a mayor abundamiento, los documentos que sirven de base al «error de derecho» acusado en el motivo sexto citado, además de haberse tenido ellos en cuenta por el Tribunal sentenciador, aunque con distinto sentido y alcance al que pretende darles el recurrente, es lo cierto, que su contenido no contradice el criterio establecido en la sentencia impugnada.”

En estos motivos de ambos recursos se vuelve a involucrar por los recurrentes el tema del abandono —supuestamente culpable— con el de la falta de audiencia a los padres de la adoptada, el cual, a su vez, exige el previo conocimiento de la Administración del Establecimiento de quienes sean éstos, por lo que la sentencia del Tribunal Supremo vuelve a hacer referencia al supuesto abandono para negar que haya existido.

La cuestión ofrece, al parecer, gran trascendencia para los recurrentes, ya que entienden que la inexistencia de abandono, junto con el conocimiento que la Administración del Establecimiento de Maternidad tuviera acerca de quienes fueran los padres de la adoptada, constituyen presupuestos necesarios para que tales padres deban ser oídos en el expediente de adopción tramitado por el propio Establecimiento. Si falta alguno de ellos, es decir, si hay abandono o si los padres no son conocidos, no deberán éstos ser oídos. Pero lo que resulta evidente en el caso de resultar desconocidos los padres o más próximos parientes, ya que mal puede oírse, ni siquiera citarse personalmente, a quien se ignora si existe, no lo es tanto en el caso del abandono. En efecto, el antiguo artículo 176 del Código civil dice que la Administración del Establecimiento hará las comprobaciones necesarias (lo cual impone un deber de diligencia por su parte, que luego examinaremos) oyendo a los más próximos parientes del adoptado, si fueren conocidos; luego el único requisito para que éstos sean oídos es su conocimiento por el Centro benéfico acerca de su existencia, pues no se dice que no deban ser oídos en el caso de haber abandonado al adoptado, aunque por práctica de los reglamentos de estas Instituciones se venga prescindiendo en muchos casos de la audiencia de los padres o más próximos parientes de los niños abandonados. Pero adviértase que semejante manera de proceder no está consagrada expresamente en la ley; el abandono culpable impide la revocación de la adopción *una vez efectuada ésta*, pero no

excusa de la audiencia de los padres o más próximos parientes del adoptado. Tal interpretación queda más clara a partir de la Ley de 4 de julio de 1970, que exige sean oídos el padre o la madre a quienes se hubiere privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad (art. 173); y en el artículo siguiente dispone que en la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor, prevenido en el artículo anterior, sin perjuicio de que se oiga a los padres si fueren conocidos o se presentaren". Luego claramente se comprende que la audiencia de los padres es necesaria incluso en el caso de abandono, por lo que confundir ambas cuestiones y hacer de la inexistencia de abandono presupuesto necesario para la audiencia de los padres está en abierta contradicción con la propia Ley.

En el presente caso y a mayor abundamiento, como resulta que la sentencia de la Audiencia niega haya habido abandono, tesis que hace suya el Tribunal Supremo, la solución no puede ser otra que exigir la audiencia de los padres o de los más próximos parientes de la adoptada "si fueren conocidos". Ahora bien, ¿qué tipo de conocimiento se requiere? Este el nudo de la cuestión.

Según la Diputación recurrente, "el conocimiento debe nacer de actos claros e inequívocos, sobre todo los que subjetivamente se pueden apreciar de forma fehaciente y exacta". Y según los adoptantes, el conocimiento, en el caso de una institución de carácter oficial encargada de la tutela de los menores abandonados..., no podrá fundarse en una mera noticia, sino en pruebas reales que acreditasen suficientemente la paternidad de quienes la alegaban ante el Establecimiento".

De lo datos obrantes en autos se desprende que para la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, "el conocimiento es un elemento subjetivo que resulta de datos objetivos", cuya existencia en el presente caso debatido deduce de las reiteradas comparecencias de los padres ante el Centro y sus repetidos intentos de recuperar a su hija.

El Tribunal Supremo se limita a decir que "el conocimiento de los padres de la niña adoptada por parte de la Administración del Instituto de Maternología era evidente, ya que ha quedado suficientemente acreditado que ellos se interesaron por la hija y por su recuperación, y que fue *retenida indebidamente* contra la voluntad de sus progenitores, a los que se les ocultó su paradero...", de lo que deduce que no sólo se les ignoró (a los padres) indebidamente, sino que incluso se procedió a la adopción *contra su consentimiento*.

A mi modo de ver, en el conocimiento caben tres grados o matices principales, equivalentes, en cierto modo, a los de la certeza, probabilidad y mera posibilidad.

1) Conocimiento cierto e indubitado, que resulta de actos o documentos auténticos a los que el ordenamiento jurídico atribuye fehaciencia y prueba plena. Evidentemente no es este el tipo de conocimiento exigido por el antiguo artículo 176, por cuanto, de serlo, haría inoperante en la mayoría de los casos la audiencia de los más próximos parientes o de los padres, y porque al no requerirse el consentimiento de éstos, sino sólo que sean oídos, no guardaría correspondencia una tal exigencia con la función a cumplir, de sólo mera audiencia.

Además, como muy bien se destaca en la sentencia comentada, el conocimiento es algo esencialmente subjetivo, que, por lo mismo, requiere una acti-

tud de recepción activa, no pasiva, una colaboración inicial en la persona llamada a poseerlo, mientras que de exigir este tipo de conocimiento absoluto o certeza, se impondría de afuera, derivado no de la actitud de la persona, sino de la autenticidad oficial impuesta a todos por los órganos estatales. Y sobraría en tal caso hablar de conocimiento, debiendo sustituir esa expresión por la de “quienes *acrediten* ser padres o más próximos parientes”, u otra análoga.

2) Conocimiento probable, que se acerca mucho al anterior y descansa en la fama pública o notoriedad. Podríamos decir que mientras el anterior tipo de conocimiento dimana de la ley y del aparato estatal, éste procede del pueblo y de la costumbre y usos sociales. Tampoco este tipo de conocimiento es el exigido por el artículo 176 antiguo, porque precisamente en los casos de los niños acogidos en Centros de Maternología y Beneficencia, al no gozar de un “status” familiar y social definido, existe imposibilidad inicial de crear o consolidar una fama pública o notoriedad acerca de quienes sean sus padres o más próximos parientes.

3) Queda, por tanto, y por exclusión el tipo de conocimiento con mera posibilidad, que no exige documento auténtico ni fama pública o notoriedad, sino que basta con la manifestación responsable y consciente de una persona, en base a la cual surge la obligación de diligencia para el Centro benéfico, consistente en *hacer las comprobaciones necesarias*, como muy bien dice el antiguo artículo 176. Este es el conocimiento al que alude ese precepto y hoy recoge el actual artículo 174, como resulta de la disyuntiva de este último al decir “si fueren conocidos o se presentaren”. En el mismo momento en que una persona aparezca diciendo ser el padre o la madre de un menor que va a ser dado en adopción, cuya tramitación no esté completamente terminada, surge el deber de tenerla en cuenta, comprobar en su caso si su afirmación corresponde a la realidad y darle audiencia en el expediente.

Si volvemos a los hechos expuestos al comienzo de este comentario, observamos cómo los padres formularon su comparecencia e intentaron recuperar a su hija *antes* de la conclusión del expediente de adopción, el cual, por otra parte, se tramitó con una sospechosa celeridad. Queda firme, por tanto, y resulta a ajustada a Derecho la afirmación de que la Administración del Instituto de Maternología tenía conocimiento, en la medida que tal conocimiento se exige por el artículo 176 antiguo, de quiénes eran los padres de la adoptada, no obstante lo cual hizo caso omiso de ellos y no les oyó en el procedimiento, por lo que está plenamente fundada la sentencia comentada.

c) *La nulidad de la adopción menos plena por defectos formales en la tramitación del expediente y en la escritura pública (art. 176 antiguo del Código civil, en su aspecto formal).*

Aunque la sentencia comentada haya declarado la nulidad de la adopción en razón a la básica omisión de la audiencia de los padres de la niña adoptada en el expediente, existen algunos otros supuestos motivos de nulidad que, por ser mencionados en los recursos y referirse a ellos considerandos de la sentencia, merecen también nuestra atención.

Estos motivos de nulidad pueden agruparse en tres apartados, según se re-

fieran a la actuación de funcionario incompetente en la instrucción del expediente por el Instituto de Maternología, a posibles defectos de la escritura de adopción, o incidan en la consideración del título de la adopción.

Al funcionario incompetente se refieren los motivos quinto y sexto del recurso de la Diputación y parte del motivo primero del recurso de los adoptantes. El motivo segundo del recurso de éstos, así como el motivo séptimo del recurso de la Diputación se ocupan de la escritura pública. Y los motivos cuarto y quinto del recurso de los adoptantes se refieren al título de la adopción.

Por su parte, el Tribunal Supremo desestima el motivo quinto del recurso de la Diputación, como lo hiciera con otros, por defecto formal en su formulación en el considerando tercero, mientras que en el quinto se ocupa de los motivos sexto y séptimo del recurso de la Diputación y segundo del recurso de los adoptantes, para analizar en su considerando segundo los motivos cuarto y quinto del recurso de los adoptantes y en el considerando sexto el antedicho motivo cuarto de los adoptantes.

Los motivos quinto y sexto de la Diputación dicen así:

"QUINTO.—Al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la L.E.C.; error de derecho cuando de la apreciación de las pruebas se deduce una interpretación errónea de los artículos 176 (redacción de 1958) y 1.253 del Código civil al existir evidente equivocación del juzgador. Que la sentencia recurrida llega a la conclusión de que el firmante del expediente de adopción había causado baja por enfermedad y, por tanto, era incompetente para instruir el expediente al haber sido sustituido por quien efectivamente ejercitaba las funciones de hecho y derecho de Administrador del Instituto Benéfico; se trata de una interpretación errónea del artículo 1.253 del Código civil, ya que la presunción establecida por la sentencia confunde una baja por enfermedad con la inhabilitación o pérdida del servicio activo del funcionario que instruye el expediente; éste estaba en servicio activo y seguía siendo el Jefe de Administración, estaba plenamente facultado para instruir y firmar el expediente, pero además el expediente estaba tramitado por quien administrativamente podía hacerlo: el Instituto Benéfico; confusión errónea entre la competencia por razón de la persona y la que dimana del Organismo facultado para la instrucción. Que las consideraciones de que el funcionario instructor del expediente de adopción era un funcionario incompetente son erróneas por las siguientes razones: Primera. Porque se trata de un funcionario en servicio activo y, por tanto, la simple baja por enfermedad no supone incompetencia, sino que estaba, administrativamente hablando, gozando de licencia por razón de enfermedad. Segunda. Porque seguía desempeñando el cargo de Jefe de Administración y el suplente había sido autorizado por la Diputación para aquellos actos que por razón de su enfermedad no pudiera ejercer el Administrador propietario. Por tanto, el expediente fue instruido por funcionario competente y los criterios seguidos por la sentencia para llegar a la conclusión contraria nacen de una errónea interpretación de las normas seguidas para las presunciones, según determina el artículo 1.253 del Código civil. Que la interpretación que se requiere dar al incumplimiento de los requisitos señalados por el artículo 176 del Código civil para la tramitación de los expedientes de adopción, son igual-

mente erróneas, pues dicho precepto no impone otro requisito que la instrucción del expediente de adopción debe hacerse por el establecimiento benéfico donde se encontrare acogida el adoptado: como en el presente caso aparece efectivamente tramitado dicho expediente por el Instituto de Maternología de la Diputación de Vizcaya, abstracción hecha de la mala salud del funcionario que lo instruye, no debemos declarar por este motivo una incompetencia personal, cuando al hablar de competencia se ha de referir al organismo administrativo.

“SEXTO.—Al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 de la L.E.C.; infracción de Ley por aplicación indebida del párrafo primero del artículo 4.º del Código civil y del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en relación con la interpretación de los artículos 176 del Código civil, artículos 20, 40, 47 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo y artículos 40 y 41, números 2 y 3 de la Ley de Funcionarios de 7 de febrero de 1944. Que la declaración de nulidad (art. 4.º del C. c.) de un acto administrativo (artículo 47 de la Ley de 17 de julio de 1958), cual es la tramitación de un expediente de adopción, se aplica indebidamente en este caso por no ir contra lo dispuesto en el artículo 176 del Código civil, cuyo precepto señala quién debe tramitar el expediente y cómo este último precepto indica que la adopción la debe tramitar la administración, según expresan los artículos 40 y 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, existiendo igualmente una competencia “ad personam”, al encontrarse en servicio activo el funcionario instructor (artículos 40, 41, Ley 7 de febrero 1964) resulta evidente el vicio señalado por la sentencia, ya que la enfermedad no hace incompetente al funcionario, y consecuentemente la nulidad radical aplicada por la sentencia recurrida lo ha sido de forma indebida. Que la sentencia hace una interpretación errónea de los criterios legales mencionados y su apreciación incide en infracciones legales como las siguientes: 1) La incompetencia de un funcionario en la tramitación del expediente puede tan sólo dimanar de las causas que expresamente señala el artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo; entre ellas no se da ningún supuesto en que se incluya la baja por enfermedad. 2) La situación de los funcionarios en servicio activo (artículos 40 y 41, Ley 7 de febrero de 1964) sólo se pierde por alguna de las causas que expresa el artículo 37 de la misma Ley (renuncia, sanción, excedencia, jubilación), por tanto la baja por enfermedad no excluye el servicio activo. 3) El derecho a la inamovilidad del funcionario que además se encuentra en servicio activo, son los factores determinantes de su incompetencia (sic) personal. 4) El núm. 2.º del artículo 41 de la Ley de funcionarios señala taxativamente que el disfrute de licencia o permisos reglamentarios no altera la situación del servicio activo. 5) El núm. 3.º del mismo artículo dice que los funcionarios en servicio activo tienen todos los derechos, deberes y responsabilidades inherentes a su condición. 6) La enfermedad supone la licencia para dejar de acudir al trabajo, pero no exime de deberes y responsabilidades. Que en consecuencia se pueden señalar las conclusiones siguientes: a) El órgano administrativo es el competente para la tramitación del expediente de adopción y así aparece cumplido en el presente caso. b) El funcionario que lo instruye se encuentra en servicio activo como Jefe del Instituto de Maternología, quien se dice podía tener la incompetencia es tan

sólo su sustituto, pero tal situación no excluye la competencia del instructor. Que de ello se infiere ha sido interpretado erróneamente el artículo 176 del Código civil, siendo inexistente el vicio de nulidad invocado, como también aparecen infringidos los preceptos sustantivos de que se ha hecho mención”.

Por su parte, el motivo primero del recurso de los adoptantes señala que la nulidad “por supuesta incompetencia del funcionario instructor, tampoco puede encuadrarse en las que taxativamente señala el párrafo 2.º del artículo 176 del Código civil, únicas que es posible amparar en tal precepto, en todo caso se trataría de un supuesto de anulabilidad del expediente, y los actores no solamente ría de un supuesto de anulabilidad del expediente y los actores no solamente no han ejercitado la acción de anulabilidad, sino que ni siquiera han alegado este hecho como causa de nulidad; siendo rogado el procedimiento civil es impropcedente la estimación de oficio por el Tribunal “a quo” de una causa de anulabilidad que las partes no tuvieron posibilidad de impugnar: en definitiva, cabe decir que la autorización no la prestó este o aquel funcionario, sino impersonalmente la Administración del Establecimiento, como se infiere del texto de la resolución (folio 198)”.

Como ya hemos dicho, el Tribunal Supremo desestima estos motivos de los recursos por defectos formales en su formulación, en el considerando tercero.

En el motivo séptimo del recurso de la Diputación se contiene lo siguiente:

“SEPTIMO.—Al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; infracción legal por violación del artículo 4.º, párrafo primero del Código civil, en relación con la interpretación errónea del artículo 176 del mismo Código y violación del principio “ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus” y doctrina jurisprudencial que lo consagra. Que la sentencia de la Audiencia de Burgos considera nula la adopción por falta de comparecencia en la escritura pública del Instituto Benéfico; el artículo 177 del Código civil exige tan sólo que se otorgue la escritura, pues según expresa la adopción ha sido ya aprobada por el Juez y no existen disposiciones que requieran la presencia del Administrador del Establecimiento Benéfico al otorgamiento de la escritura, pues nada dice al respecto dicho artículo, ni tampoco ninguna Ley. Que el párrafo primero del artículo 4.º del Código civil supone un auxilio del Derecho para remediar una falta grave o fundamental en un acto jurídico o procesal; se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser aplicado con criterio rígido, sino con criterio flexible, como señala la Jurisprudencia. Que bajo tal criterio jurisprudencial la sentencia recurrida adolece de una rigidez inaudita, ya que pretende dar un alcance al precepto que éste en sí no tiene, lo que hace incurrir en violación del mismo, al considerar necesaria la comparecencia del Administrador del Instituto de Maternología en la escritura de adopción para dar su consentimiento en nombre del menor, pero tal consentimiento y comparecencia son innecesarios por los siguientes fundamentos: 1.º Porque en los casos de abandono o exposición quien tiene a su cargo la custodia y guarda del menor, decide la conveniencia de la adopción en primer término, presta en el expediente de adopción su consentimiento y la somete a la definitiva aprobación judicial. 2.º Que aprobada definitivamente la adopción por el Juez se otorgará escritura, dice el artículo 177, es decir, que la adopción de expositos o abandonados surge desde la tramitación de un expediente por el organismo ad-

ministrativo donde fue depositado el menor y enlaza con otro acto de jurisdicción voluntaria, donde el Juez, con dictamen del Ministerio Fiscal aprueba y la adopción queda consumada y perfecta. 3.º Que la escritura de adopción es tan sólo un requisito formal para tener acceso al Registro Civil y anotar el acto. 4.º El artículo 177 del Código civil no exige cuáles son los requisitos que deba contener la escritura; dicho artículo no dice otra cosa que aprobada la adopción (hecho consumado) se otorgará la escritura expresando en ella las condiciones en que se haya hecho, es decir, reflejando documentalmente el cumplimiento del artículo 176 anterior. 5.º Porque hasta el presente, en todas las modificaciones habidas en materia de adopción, hasta la Ley de 4 de julio de 1970, se exigía la comparecencia al otorgamiento de la escritura del Administrador del Instituto Benéfico (sic). 6.º Porque teniendo en cuenta las mismas razones que se alegan en la sentencia recurrida, quien podrá intervenir en la escritura de adopción, no es el Administrador del Instituto Benéfico, sino el propio Juez que aprueba en definitiva la adopción, o el Ministerio Fiscal que informa sobre su procedencia. Que realizada la adopción al pretendido efecto en la escritura pública no puede producir la nulidad radical de la que se infiere la violación del artículo 4.º del Código civil; ello no es así por las razones siguientes: a) Porque lo que invalida la adopción es el incumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 176 del Código civil; b) Porque el artículo 4.º del Código civil no es bastante por sí solo para fundar una declaración de nulidad absoluta, pues el acto jurídico que se dice viciado puede ser en todo caso objeto de subsanación, ya que no alteró el hecho de la adopción. Que exigir la presencia del Administrador del Organismo Benéfico para otorgar la escritura cuando la ley no lo dice y no lo exige es infringir el principio general de derecho ya citado y la doctrina jurisprudencial que lo refrenda.”

Los adoptantes, en el motivo segundo de su recurso se expresan así:

“SEGUNDO.—Autorizado por el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la sentencia recurrida infringe por violación el artículo 177 del Código Civil reformado por la Ley de 24 de abril de 1958, al estimar como causa de nulidad de la adopción la no comparecencia en la escritura pública del Jefe Administrativo del Instituto de Maternología de Bilbao. Que en la nueva redacción del artículo 177 del Código Civil se advierta: Primero. que a diferencia del artículo anterior—el 176—, que impone la nulidad de la adopción por falta de cumplimiento de los requisitos del expediente, el 177 no establece causas específicas de nulidad derivadas de la escritura; Segundo. Que da por sentado que la adopción nace con la aprobación definitiva por el Juez. Que la primera cuestión a dilucidar es si la escritura de adopción tiene o no carácter constitutivo de la misma, es decir, si la adopción nace como vínculo jurídico en el momento de otorgar la escritura; según la redacción del Código civil parece evidente que no es así; el artículo 176 al referirse al expediente de adopción aprobado por el Juez, dice en su último párrafo: “será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos”; el artículo 177 dice: “Aprobada definitivamente la adopción por el Juez, se otorgará escritura”; resulta de ello que el vínculo adoptivo nace o surge a la vida jurídica con la aprobación definitiva, se refiere a la firmeza del auto aprobatorio, de la adopción por el Juez; así ha de entenderse cuando el propio Código declara nula

la adopción si no se cumplen los requisitos del expediente, identifica la aprobación de éste con la adopción; en lo que se refiere a la escritura se limita a decir que se expresarán en ella las condiciones en que se haya hecho la adopción, luego al otorgarse la escritura la adopción está ya hecha. Que el criterio doctrinal que atribuye carácter constitutivo a la escritura pública, no está avallado por el texto reformado del Código Civil, ni cuenta más que con la opinión de un sector de la doctrina. Que actualmente se dispone de una interpretación auténtica del legislador en la nueva reforma, introducida en esta materia por Ley de 4 de julio de 1970, la cual, de modo concreto, desvanece en el artículo 173 todos los equívocos que han surgido anteriormente entre aprobación judicial del expediente y la adopción propiamente dicha, como advierte la exposición de motivos, pues el mismo valor constitutivo tienen el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de la escritura pública. Que la sentencia recurrida infringe en este aspecto el artículo 177 del Código Civil cuando en el considerando 23 atribuye a la escritura de adopción valor constitutivo o "ad substantiam", y al expediente administrativo y al judicial un acto de jurisdicción voluntaria; afirmando "que la escritura no está destinada a constatar, sino a hacer nacer la adopción a la vida jurídica". Que tal criterio de la Sala no es más que una opinión, que el Legislador se encarga de desvanecer en la nueva Ley, atribuyendo a esta interpretación auténtica efectos retroactivos siquiera sea para explicar la redacción anterior al Código, por eso dice la exposición de motivos que en esta materia no se han introducido modificaciones sustanciales en el régimen precedente, o sea que tanto en aquél como en el nuevo las formalidades señaladas son requisitos esenciales con igual valor constitutivo. Que según la sentencia (considerandos 23 y 24) es necesario que haya dualidad de consentimientos, uno el preparativo del expediente; otro, el constitutivo de la escritura pública; nace tal exigencia del error de la sentencia de atribuir valor constitutivo, sólo a la escritura pública, cuando en realidad la adopción es un negocio complejo con tres fases: consecuencia de voluntades, o sea el consentimiento, aprobación judicial de la adopción; otorgamiento de la escritura; de ello se infiere que el consentimiento sólo es imprescindible prestarlo en el expediente como requisito previo y necesario para que el Juez apruebe la adopción; luego el testimonio literal del autor que se incorpora a la escritura hace innecesaria nueva prestación del consentimiento por las partes. Que según la sentencia del Juzgado (considerando 9.º, folio 537), para que la incomparecencia en la escritura del representante de la Administración en casos de adopción diera lugar a una causa de nulidad absoluta sería necesario que se dispusiera así en la Ley o hubiera que reducirlo de los principios normativos que rigen la institución, lo cual no concurre en cuanto a la adopción se refiere; menciona luego la legislación antigua (Partidas, Proyectos de 1881, Código civil a través de sus diversas modificaciones hasta la Ley de 4 de julio de 1970, Ley y Reglamento Notarial vigente), que no impone tal comparecencia; no puede estimarse como un requisito sustancial y susceptible de producir la nulidad radical al amparo del artículo 4.º del Código civil. Que la sentencia recurrida no aduce ninguna norma concreta para fundar su tesis; basándose simplemente en el carácter constitutivo de la escritura de adopción y en la consideración de esto como negocio jurídico bilateral estima necesaria la duali-

dad de consensos. Que la teoría del carácter constitutivo de la escritura no es más que una opinión doctrinal compartida, puesto que ningún precepto exige con carácter necesario la dualidad de consensos, hay que concluir que la incompetencia del Jefe de Administración de la Casa de Maternidad en el otorgamiento de la escritura no constituye como pretende la sentencia recurrida causa de nulidad radical de la adopción.”

Y en los motivos cuarto y quinto de su recurso se refieren más concretamente al título de la adopción, en la siguiente forma:

“CUARTO.—Autorizado por el número 1.º del artículo 1.692 de la L.E.C.; la sentencia recurrida infringe por violación los artículos 176 y 177 del Código civil, reformados, al decretar la nulidad de la adopción, sin la declaración previa de nulidad del título constitutivo de la misma, constituido por el expediente administrativo, el auto judicial y la escritura pública de adopción. Que la sentencia recurrida declara la nulidad de la adopción menos plena a que se refiere la escritura pública de 15 de marzo de 1967; pero no declara previamente a la vez la nulidad del expediente administrativo; el conjunto de los tres elementos, expediente, auto judicial y escritura han servido de título para que se practicara en el Registro Civil la inscripción marginal primera que refleja la adopción. Que mientras no se declare la nulidad del conjunto de elementos que integra el título de la adopción, ha de mantenerse ésta con su vigencia total y al no estimarlo así la sentencia recurrida, ha incidido en las infracciones denunciadas por este concepto de los artículos del Código civil.”

“QUINTO.—Autorizado por el número 2.º del artículo 1.692 de la L.E.C.; la sentencia recurrida no es congruente con las pretensiones deducidas por los actores en la demanda, infringiendo por violación el artículo 359 de la L.E.C. Que la demanda solicita en el suplico se decrete la inexistencia o en otro caso la nulidad y subsidiariamente la rescisión de la adopción contenido en la escritura, decretando la cancelación marginal originada por la repetida escritura, al ser declarada la nulidad o rescisión del título en cuya virtud se hizo. Que la declaración de nulidad del título ha de preceder a la de la institución y a la cancelación de las inscripciones marginales del Registro Civil; es un presupuesto sin el cual no es posible declarar la cancelación referida a inscripciones, por eso los demandantes piden en el suplico de la demanda la declaración de nulidad o rescisión del título. Que la sentencia declara la nulidad de la adopción menos plena, pero ni una sola referencia a la declaración de nulidad de la escritura, solicitada de adverso en la demanda; la incongruencia es evidente y notoria, el fallo no puede mantenerse en tales términos, pues en este caso concreto falta la declaración de nulidad del título.”

El Tribunal Supremo resuelve estos motivos del recurso de la Diputación y del de los adoptantes, conforme a las siguientes consideraciones:

“Que, en tal aspecto, el motivo quinto de este segundo recurso (de los adoptantes), denuncia la violación del artículo 359 de la L.E.C., y es lo cierto que de los términos de dicho precepto está concebido, da a entender que la norma establece una distinción conceptual entre la congruencia y el exceso o defecto de poder, y así se deduce también del artículo 1.692 de la propia Ley rítuaria, que en su número segundo autoriza la casación por vicio de incongruen-

cia, y contempla en el número tercero los casos en que el fallo otorgue más de lo pedido o no contenga declaraciones sobre alguna de las peticiones oportunamente deducidas en el pleito; y como este motivo quinto que se analiza, denuncia el vicio de incongruencia, precisamente sobre la base de no haberse resuelto en el fallo, según el recurrente, uno de los pedimentos contenidos en el suplico del escrito de demanda, aduciendo que en la sentencia no se contiene ni una sola referencia a la "declaración de nulidad de la escritura" solicitada en aquél escrito inicial, es claro que esta supuesta omisión no encaja su impugnación en el número 2.º del artículo 1.692 citado, como fija en su motivo el recurrente, sino que el cauce obligado para ello está regulado en otro apartado del mismo precepto procesal, por lo que dado el rigorismo formal exigido en el trámite del recurso de casación, este defecto procesal es causa de inviabilidad del motivo, a cuya misma conclusión se llegaría de haberse planteado correctamente la infracción denunciada, desde el momento que la resolución que se recurre, al declarar la nulidad de la adopción referida a dicha escritura pública, ella comprende a todas sus fases, como momentos todas ellas constitutivas del mismo acto, por lo que no se da el vicio de incongruencia denunciado."

"Que declarada la nulidad de la adopción en virtud de la falta de uno de los requisitos esenciales exigidos en el artículo 176 del Código civil, en su anterior redacción, y siendo ello suficiente para mantener la resolución recurrida, es indudable que se hace totalmente intrascendente el estudio de los demás motivos que se contienen en ambos recursos y que se dirigen a impugnar aquellas otras conclusiones que en relación con el incumplimiento de otros requisitos también exigidos en aquel precepto mencionado son objeto del fallo recurrido—motivos sexto y séptimo del primer recurso (de la Diputación) y segundo del último (de los adoptantes)—, ya que aun en el supuesto hipotético de ser aceptados, ello no produciría el efecto de alterar la parte dispositiva de la sentencia impugnada, por todo lo cual se hace innecesario su análisis."

"Que casi toda la doctrina científica estima que hasta tanto no se llega al otorgamiento de la escritura pública no queda perfeccionada la adopción, pues ella es la que recoge el consentimiento firme de las partes, y como la Ley de 4 de julio de 1970 reformadora del Código civil en cuanto a esta institución se refiere, al establecer, que aprobada judicialmente la adopción se otorgará escritura pública que se inscribirá en el Registro civil correspondiente, da a entender que la perfección de este contrato se alcanza con el otorgamiento de aquélla, aunque la adopción necesite para su existencia no solamente el acta material de la escritura, sino también la autorización judicial y el consentimiento de las partes, como momentos todos ellos del mismo acto que tienen igual valor constitutivo, por lo que no puede prosperar el criterio que mantiene el recurrente en el motivo cuatro del segundo recurso (de los adoptantes), sin que, por otra parte, aquella supuesta omisión de declaración de nulidad de la escritura que denuncia como cometida en la sentencia, tenga refugio correcto en este motivo, por cuanto ya fue rechazado el criterio del recurrente en el considerando segundo de esta resolución, en el que se rechaza el vicio de incongruencia denunciado en el motivo quinto, por todo lo cual declina el motivo cuarto estudiado, y como consecuencia de todo lo hasta aquí fundamentado se hace imperativo la desestimación de los dos recursos formalizados en los que han

de tenerse en cuenta las medidas accesorias previstas en el artículo 1.748 de la L.E.C. en cuanto se refiere a las costas producidas.”

Teniendo en cuenta que estos últimos motivos de los recursos y los considerando que los resuelven no constituyen la “ratio decidendi” del fallo, y a fin de no alargar excesivamente estas notas, sólo haré referencia a las principales cuestiones civiles que en los mismos se abordan.

La sentencia del Tribunal Supremo configura la adopción con un concepto que pudiéramos llamar unitario de la misma, en el sentido de que la adopción no es el resultado de actos independientes, sino un solo acto complejo, compuesto de tres fases o momentos, judicial, notarial y registral. Su contenido esencial es contractual, entendido en el mismo o análogo sentido en que se pueda hablar de contrato en el matrimonio. Como la adopción no es acto compuesto de otros simples o con propia sustantividad jurídica independiente, sino acto complejo dotado de interna unidad, se comprende fácilmente que declarada la nulidad de la adopción, tal declaración comprende la nulidad de todas sus fases, como momentos todos ellos constitutivos del mismo acto, según expresa la sentencia comentada. Sería, sin embargo, equivocado interpretar la expresión “mismo acto” como equivalente a acto simple; cabe perfectamente un mismo acto que sea complejo. Ello explicaría cómo al afectar la nulidad a la fase judicial de la adopción, acarrea la nulidad de la subsiguiente escritura pública, mientras que no siempre la nulidad centrada exclusivamente en la escritura pública llevará consigo la nulidad de las precedentes actuaciones practicadas, con la consecuencia de tener que repetir todas ellas, resultado excesivamente oneroso. Por otra parte, la práctica profesional nos ha enseñado a desconfiar del conceptualismo: de la naturaleza jurídica atribuida a una institución no podemos deducir inexorablemente resultados de ineludible aplicación práctica, entre otras razones porque es muy posible que al efectuar la calificación estemos ya prejuzgando las previsibles consecuencias que deseamos obtener. A fin de no atribuir demasiada importancia a la naturaleza jurídica de la adopción en orden a la resolución del pleito, conviene tener en cuenta que la expresión “mismo acto” es en realidad un “obiter dictum”, ya que el motivo se desestima por defecto de forma en su planteamiento: no habría incongruencia, dice el Tribunal Supremo, sino defecto de poder consistente en resolver menos de lo pedido, razón por la que debiera haberse citado en el recurso el número tercero en vez del número segundo del artículo 1.092 de la L.E.C. La diferencia es clara: existe incongruencia cuando la sentencia incurre en contradicciones al resolver diversamente de lo pedido (hay error en el “quale”, art. 1.692, núm. 2.º de la L.E.C.); estamos ante un exceso o defecto de poder, cuando la sentencia resuelve, respectivamente, más o menos de lo pedido (hay error en el “quantum”; artículo 1.692, núm. 3.º, de la L.E.C.).

Por todo lo dicho, no creo exista contradicción, sino que es perfectamente compatible considerar la adopción como:

- 1) Un negocio jurídico del Derecho de familia y, dentro de ella, relativo a la filiación, pues crea una relación de filiación legal. De ahí sus caracteres constituidos por la existencia de un interés público, de subordinación y autoridad, su conexión con el estado civil de las personas y la vigorosa actuación del ingrediente ético y del orden público.

2) Un negocio jurídico complejo y de formación sucesiva, una especie de acto-procedimiento, consistente en la concatenación de actos preordenados a la producción de un efecto jurídico, de tal modo que cada uno de esos actos, por sí solos, no es nada y sólo adquiere relevancia jurídica mediante su recíproca integración. Puestos a distinguir fases, parece admisible distinguir una fase judicial o previa a la creación del vínculo adoptivo, y una fase registral o final, de publicidad. La sentencia comentada centra precisamente la perfección de la adopción en el acto del otorgamiento de la escritura pública.

3) Un negocio jurídico solemne, como lo son, por lo general, los de Derecho de familia, pues se exige una forma especial "ad substantiam".

En cuanto a la cuestión de si es requisito esencial que el representante del Centro Benéfico comparezca en la escritura pública para dar su consentimiento a la adopción de la niña acogida en el mismo, volvemos a lo dicho antes. De la naturaleza jurídica de la adopción no cabe, sin más, deducir una solución. Así, aunque se participe de la consideración contractual de la adopción, ello no implica, por sí sólo, que deba comparecer el citado funcionario en la escritura, ya que puede muy bien entenderse que en su consentimiento prestado a través de la tramitación del expediente se contiene la oferta de contrato dirigido a los adoptantes y que éstos aceptan al comparecer por sí solos ante el Notario y otorgar la escritura, o bien que se trata de un consentimiento anticipado y expresado con la entrega de la niña adoptada. El problema, a mi juicio, debe resolverse teniendo en cuenta la legislación por la que se rige el otorgamiento de la escritura pública. De los artículos 1.217 del Código civil y 143 del Reglamento Notarial, parece que se regirá por la legislación Notarial. Por eso precisamente el Código civil no determina quiénes han de intervenir en la escritura pública y se cuida muy bien el antiguo artículo 176 de puntualizar que el consentimiento de las personas a que el mismo se refiere *se manifestará a la presencia judicial*. Incumbe, por tanto, al Notario verificar esa determinación "en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas", haciendo constar "que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto en que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate" (artículo 167 del Reglamento Notarial).

Por último, parece que el recurrente se deja llevar por una concepción registral "inmobiliaria" del Registro del Estado civil, siendo así que en éste el título fundamental o de atribución no es el documento, sino el supuesto de hecho del que depende su existencia jurídica, que puede ser un simple hecho (artículos 136, 17, núm. 4.º, del Código civil), una declaración de voluntad (artículos 15, núm. 1.º, 18, 100, 131, etc., del Código civil) o un auto o sentencia judicial (aa. 218, 221, 228 del C. c.) (Cfr.: F. de Castro. *Compendio de Derecho civil*, 2.ª edic., Madrid, 1964, p. 184).

FRANCISCO CASTRO LUCINI,  
Notario de Pontevedra