

La adopción y el Registro de la Propiedad

SUMARIO: I. GENERALIDADES Y CARACTERES DE LA NUEVA REGULACIÓN.—II. REGULACIÓN LEGAL: A) *Elementos personales*: a) Personas que puede adoptar. b) Personas que pueden ser adoptadas. B) *Elementos formales*: a) Expediente y aprobación judicial. b) Escritura de adopción. c) Inscripción en el Registro Civil correspondiente. C) *Efectos*: a) Personales b) Patrimoniales y sucesorios. D) *Extinción*.—III. REPERCUSIONES REGISTRALES DE LA NUEVA REGULACIÓN: A) *El problema del pacto sucesorio*. B) *La sucesión testada y la intestada del adoptante frente al Registro*. C) *Sucesión testada e intestada del adoptado*. D) *Reservas y reversión*. E) *Inatacabilidad de ciertos actos patrimoniales*. F) *Enajenaciones y otros actos jurídicos*.—IV. LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES.

I

GENERALIDADES Y CARACTERES DE LA NUEVA REGULACION

Nuestro Código civil reguló insuficientemente la adopción en sus artículos 175 a 180, siendo criticado por su falta de orientación práctica y de matiz moderno. Esta normativa vino complementada por la Ley de 17 de Octubre de 1941 para la adopción de los expósitos y acogidos en Establecimientos de Beneficencia. Aparte de esta regulación subsistían—como instituciones análogas a la adopción—el prohijamiento y el acogimiento familiar.

La Ley de 24 de Abril de 1958 reguló la adopción dando nueva redacción a los artículos 172 a 180 del Código civil y derogando la Ley de 1941, intentando con ello superar todos los defectos que a la anterior redacción se le atribuían y que la doctrina había ido poniendo de relieve en una abundante bibliografía sobre el tema.

La rapidez vertiginosa de la vida moderna se ha encargado de dejar anticuada esta última regulación exigiendo otro retoque de nuestro primer cuerpo legal. Campañas de prensa, gestiones, reuniones y trabajos procedentes de diversos ángulos de la vida nacional llevaron el tema de la adopción a unas Jornadas Nacionales y, por fin, cristalizaron en un Proyecto de Ley remitido a la Presidencia de las Cortes por acuerdo del Consejo de Ministros y que fue publicado en el Boletín de las Cortes de 6 de Febrero de 1970 conteniendo la modificación del Capítulo V, del Título VII del Libro I del Código Civil. El Ministro de Justicia aclaró al presentar el Proyecto que dos finalidades fundamentales se advertían en el mismo: una, la de facilitar la constitución de las adopciones, destruyendo algunos obstáculos existentes dentro del régimen actual y que demoran excesivamente, la creación del vínculo adoptivo; otra, la de potenciar los efectos de la adopción constituida, robusteciendo aquel vínculo e integrando del modo más perfecto al adoptado en la familia del adoptante.

Este Proyecto de Ley fue sometido al estudio de una Ponencia expresamente designada y compuesta por los Procuradores CABANILLAS (Pío), FANJUL SEDEÑO (Juan Manuel), GÓMEZ DE ARANDA Y SERRANO (Luis), PÉREZ SERRANO (José Luis) y PIÑAR LÓPEZ (Blas), que vistas las enmiendas presentadas y las discusiones planteadas, emitió el informe correspondiente para que la Comisión de Justicia a su vista elevara al Presidente de las Cortes el Dictamen del texto definitivo, que en pública sesión fue defendido por el procurador CABANILLAS (Pío) como Ponente y aprobado con solamente dos votos en contra de los procuradores PIÑAR y MERINO. Publica el dictamen de lo que ha sido Ley el Boletín de las Cortes del día 22 de Junio de 1970. El *B. O. del Estado* de 7 de Julio de 1970, publica la Ley Modificativa de 4 de julio de 1970.

El hecho de que el Director del Centro de Estudios Hipotecarios me encomendase unas sugerencias críticas sobre el primitivo proyecto de Ley, relacionadas con la institución registral, me ha animado a llevar a cabo una comparación entre lo que entonces escribí y la nueva letra de la Ley que se ha transformado en los artículos 172 a 180 del Código civil. Me propongo hacer una referencia a las orientaciones generales de la reforma y precisar los caracteres de la misma, para luego exponer la nueva regulación y relacio-

nar la última parte del trabajo con la institución registral y la adopción donde ambas pueden tener puntos de contacto interesantes.

a) *Orientaciones.*

Antes hemos transcrito las palabras que el Ministro de Justicia pronunció cuando presentó a las Cortes el Proyecto de Ley y que sustancialmente vienen a coincidir con el espíritu que la reforma persigue y que se plasma en la Exposición de Motivos de dicho proyecto: Como tónica dominante—se dice—, el proyecto persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo. Mientras en la Ley de 1958, en donde ya hizo irrupción ese propósito, entrañaba una considerable novedad respecto de las directrices imperantes en el año 1889, ahora lo nuevo no se traduce tanto en una mutación de rumbo como en la continuada y progresiva apertura de derroteros ya esbozados.

Para centrar la principal orientación que las nuevas reglas imprimen a la adopción es preciso contemplar el fenómeno en su inevitable variación. LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA, así como JÖRS y KUNKEL, nos lo explican brevemente. Hago la cita de estos autores a través de otro que los recoge: PUIG BRUTAU (J.), en un volumen de su obra (1). El significado de la adopción—dice dicho autor—ha variado profundamente en sus diversas fases. LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA dicen que su evolución responde, en general, al desplazamiento de su finalidad. Si comparamos su punto de partida y su momento actual, observamos la existencia de dos finalidades completamente diferentes: fortalecer y asegurar la *continuación de la familia* del adoptante y *conceder protección a los menores* desvalidos. Romanistas como Jörs y KUNKEL advierten que la adopción es una figura jurídica, cuya significación en la vida de los pueblos primitivos era totalmente distinta de la que hoy tiene en el mundo moderno. En general, los motivos que en la actualidad pueden inducir a la adopción son de índole estrictamente personal; pero en las etapas más atrasadas de civilización predominaba en ella el interés objetivo de la familia, el interés en la continuación de la

(1) PUIG BRUTAU (J.), *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, volumen II Filiación Patria Potestad. Adopción. Alimentos y Tutela. Bosch, Barcelona. 1970, pág. 275.

estirpe, absolutamente necesaria para la supervivencia del culto de los antepasados.

CABANILLAS GAYAS, en su defensa del dictamen ante las Cortes (2), ponía de relieve esta misma idea diciendo que, dado que la adopción es una creación jurídica, no debe olvidarse nunca que la finalidad de la institución ha variado con las circunstancias históricas, a través de una evolución que es necesario tener siempre en cuenta para la comprensión de las cuestiones derivadas de dicho fenómeno. Se refiere al Derecho romano con su postura objetiva, al Derecho intermedio y a la Edad Moderna con su escasa regulación y gran complejidad. Hoy podemos decir, remata dicho autor, que la orientación de esta materia es precisamente la contraria, y se habla de una "teología benéfica de la institución", e incluso algún autor ha podido afirmar que se trata de una institución civil en euforia. Este momento, que coincide con las posguerras, es el que justifica el nuevo planteamiento del tema y exige pensar en cuál es la orientación que a su tratamiento debe darse. Las reglas actuales son las de facilitar al máximo la adopción y proporcionar un *status* familiar sólido al hijo adoptado. Si los viejos Códigos hacían descansar el concepto de familia en la única fuente del matrimonio, quizá haya que pensar en el mañana en superar esta exclusividad y admitir la coexistencia y compatibilidad de otras fuentes normativas que permitan la regulación de vínculos afectivos.

A esta posición impulsan, en el momento presente, razones políticas: la eliminación de todo principio discriminador entre los componentes de la comunidad y la igualdad de los ciudadanos ante la Ley; sociales: el vasto movimiento en pro de la infancia abandonada y la necesidad de protección para ella (hablándose en algunas obras recientes de la adopción como servicio social), y, finalmente, razones históricas: como son la reducción del concepto de familia, que, afectada por "el principio de la contracción" en la sociedad industrial, queda reducida al núcleo familiar elemental (padres e hijos) y fuerza, por tanto, a revalorizar otros vínculos.

(2) CABANILLAS GAYAS (P.), Discurso en defensa del Dictamen sobre modificación del Código civil en materia de adopción, pronunciado el día 30 de junio de 1970 en el Pleno de las Cortes. La referencia de que me valgo es puramente periodística (A B C, miércoles 1 de junio de 1970).

BLAS PIÑAR (3), en su magnífico trabajo sobre el tema, ya invocaba a PUIG PEÑA, quien al contemplar el panorama legislativo mundial pudo decir con gran acierto que estábamos asistiendo indudablemente a la "tercera vida" de la institución. Esta frase no puede ser más oportuna en los momentos actuales, en los que la nueva regulación trata de facilitar y dar vigor a una institución que, en el fondo, como diría IHERING, no pasa de ser una "*ficción jurídica*" (4).

Pero se trata, no debemos olvidarlo, de una institución que, al decir de PUIG BRUTAU (5), es de verdadera trascendencia social, pues proporciona familia y hogar al menor que carece de estos elementos fundamentales para su normal existencia y para su formación personal. El Preámbulo de la nueva Ley sobre Adopción de 4 de julio de 1970 (B. O. del 7 de julio de 1970) resume las ideas sobre la materia, destacando este sentido social, diciendo: "Dado el sentido progresivo, beneficioso y concorde con las aspiraciones sociales que entraña el régimen de la adopción, ha parecido conveniente no referirle de modo exclusivo al futuro; y así por medio de la oportuna disposición transitoria, se permite acomodar las adopciones anteriores al nuevo régimen legal, siempre que concurren los requisitos sustanciales y de forma exigidos".

De las palabras pronunciadas por el defensor de la Ponencia y del preámbulo de la nueva Ley podemos exprimir las orientaciones principales que presiden la nueva reglamentación:

1. La principal orientación de la nueva normativa es la de facilitar y desarrollar la institución. Con palabras del propio legislador transcribimos este destacado párrafo: "Como tónica dominante, la Ley persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo. Mientras en la Ley de 1958, en donde ya hizo irrupción este propósito, entrañaba una considerable novedad respecto de las directrices imperantes en el año 1889,

(3) PIÑAR LÓPEZ (B.), *La adopción y sus problemas jurídicos*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 31 de enero de 1950. «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo VIII, páginas 143 y sigs.

(4) VON IHERING (R.), *Abreviatura del espíritu del Derecho romano*, «Revista de Occidente», Buenos Aires, 1947, pág. 418. Habla este autor de «una mentrta técnica consagrada por la necesidad».

(5) Op. cit., pág. 278.

ahora lo nuevo no se traduce tanto en una mutación de rumbo como en la continuada y progresiva apertura de derroteros ya esbozados".

MADRUGA MÉNDEZ (6), entre otros autores, ya ponía de relieve en el año 1963 que el sistema español en materia de adopción era incompleto; sus normas, decía, no son bastantes para dar satisfacción a una legítima necesidad social. Ha de tenerse presente, a la vez, que la imposibilidad actual de identificar con la propia familia legítima al hijo extraño que se cita en su seno, determina a muchos matrimonios a no tomarlo a su cargo. Y lo que se necesitan son medios que estimulen a recoger a niños desamparados, no sólo por las innumerables razones que hacen insustituible el hogar, sino hasta por el interés elemental de defender a la Sociedad contra el aumento de la delincuencia.

Las normas que responden a esta orientación o finalidad se traducen en las condiciones exigidas para adoptar y ser adoptados, tanto en su forma plena como en la simple. Esto es, los elementos llamados personales sufren un retoque importante. Ello va unido a esas disposiciones que precisan los efectos de la figura.

2. También debemos calificar de decisiva la orientación de la reforma en materia de efectos directos de la adopción al llegar a la casi total equiparación del hijo adoptado con el legítimo. Materia ésta que puede calificarse de "avance" legislativo de la Ponencia sobre el proyecto formulado por la Comisión de Justicia. Ya compararemos en su momento los dos textos al examinar los reflejos de esta equiparación en los distintos campos del Derecho.

MADRUGA MÉNDEZ, ya citado anteriormente, y otros autores, entre los que destacamos a CASTRO LUCINI (7), ya habían hecho notar esta necesidad. El último de ellos nos

(6) MADRUGA MÉNDEZ (J.), *La adopción*, «Anuario de Derecho Civil», 1963, fascículo III, págs. 747 y sigs.

(7) CASTRO LUCINI (F.), *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción. I. El adoptante*, «Anuario de Derecho Civil», 1966, págs. 337 y sigs.

decía, al comentar la prohibición de adoptar a quienes tuvieran hijos legítimos, que la conclusión lógica es que el adoptado deberá gozar de los mismos derechos hereditarios que corresponderían a los hijos legítimos, sin perjuicio de respetar la porción legítima de aquellos que naciesen con posterioridad o caso de supervivencia del hijo legítimo fallecido; si, por el contrario, no se concede tal equiparación, no existe razón suficiente para mantener dicha prohibición.

Dos son principalmente las proyecciones de esta igualdad. La primera es la que recoge el artículo 176 en su primer párrafo al decir "al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo" y el artículo 179 al señalar que "el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos". Este último principio sólo es de aplicación a la adopción plena.

3. La tercera orientación podría sintetizarse diciendo que la nueva Ley procura reforzar el *status* de hijo adoptivo iniciando una *desvinculación* entre el adoptado y la familia de origen y da nuevas bases objetivas a la situación de *abandonado*, facilitando con ello al máximo la posibilidad de adoptar.

La *ficción jurídica* que supone la adopción ha tenido siempre el inevitable juego de dos intereses familiares: el de la familia que surge por la adopción y la familia por naturaleza. La coordinación de ambos intereses es de difícil solución, pues sólo puede lograrse restringiendo unos y aumentando otros, cosa que la nueva reglamentación ha realizado fortaleciendo la situación de adoptante y adoptado y reduciendo a inevitables efectos los intereses de la familia de origen. Con ello ha tratado de evitarse aquel panorama que dibujaba MADRUGA MÉNDEZ (8), al decir: "Es fácil apreciar la importancia y frecuencia de un grave problema actualmente sin solución satisfactoria, que se plantea en las familias que han criado y educado como hijo a un menor desamparado, que ocupa en su seno el mismo lugar que tendría el legítimo, tanto en los cuidados como en el afecto,

(8) 'Op' cit, pág. 780.

y a quien, sin embargo, no puede otorgársele sino la calidad de hijo adoptivo. La cuestión tiene caracteres dramáticos cuando el menor cree ser hijo del matrimonio que lo ha formado, y a quien se producirá duro quebranto, con repercusiones morales y psíquicas irreparables, en muchos casos si se le descubriera su verdadera situación. Desde el punto de vista de la formación espiritual de los niños, ha interesado fundamentalmente evitar toda causa que pueda provocar penosos procesos que alteren el psiquismo infantil y originen estados de inferioridad".

Las medidas tomadas por la nueva normativa se traducen en la atribución de derechos y obligaciones iguales al del hijo legítimo, la supresión de ciertos derechos de los parientes por naturaleza en la herencia del adoptado y otras que veremos más concretamente al exponer su regulación. De otra parte el concepto de abandonado se realiza sobre otras bases, diciendo el preámbulo legislativo que la situación del menor abandonado, que en el texto precedente se contemplaba junto con la del expósito y a los estrictos efectos de la adopción plena, es considerada ahora de manera más amplia y precisa en el plano de las disposiciones generales. El texto propuesto bosqueja un concepto del menor abandonado en términos que hacen innecesaria la referencia a la figura anacrónica y peyorativa del expósito.

4. La última orientación digna de ser destacada es el considerable refuerzo que sufre el *arbitrio judicial*, permitiéndole la valoración de la conveniencia de la adopción para el menor.

Esta orientación realmente no es más que una vuelta "reforzada" a la legislación del año 1889, pues el Código civil, en su artículo 178, imponía que el Juez, previas las diligencias que fueran necesarias, aprobara la adopción, si está ajustada a la Ley y la cree conveniente al menor. La Ley de 24 de abril de 1958, al dar nueva redacción al articulado de la adopción precisó únicamente que el Juez, a quien se eleve el expediente, en el plazo de ocho días y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impida. Ante esta nueva situación creada

a partir del año 1958 CASTRO LUCINI (9) se preguntaba si esta intervención judicial debería apreciar los posibles "justos motivos" para la adopción y las posibles "ventajas para el adoptado". Cosas ambas que soluciona favorablemente considerando que la resolución judicial debe ser fundada, a diferencia de lo que sucede en los Derechos francés e italiano, y ello sobre los siguientes argumentos: a) Nada indica que exista un cambio a partir del año 1958, a pesar del silencio de la Ley. b) Porque el criterio de la reforma es proteger o mejorar la situación del adoptado. c) Porque la Ley de Enjuiciamiento Civil determina expresamente que se ofrecerá información sobre "la utilidad de la adopción para el adoptado" y que "si el Juez estimare que procede la adopción según derecho y que es útil al adoptado, concederá la autorización..." d) Porque parece que cabe esta actuación judicial dentro del amplio término utilizado por el artículo 176 al hablar de "comprobaciones necesarias".

Actualmente la terminología es clara y terminante. No sólo en el artículo 173, que habla de que el Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptado, sino en el 174, en el que se le faculta para apreciar y declarar la situación de abandono. Ya insistiremos sobre este punto al tratar de los requisitos formales, no obstante aquí debemos destacar cómo la decisión judicial suple consentimientos en varios casos.

b) *Caracteres.*

CASTÁN TOBEÑAS (10) dibujó con singular maestría unos caracteres que servían de orientación general para encuadrar o centrar la institución de la adopción. Aquellos caracteres, ajustados a las inevitables variantes de la nueva normativa, podemos sintetizarlos de la siguiente forma:

(9) Op. cit., pág. 341.

(10) CASTÁN TOBEÑAS (J.), *Derecho civil español común y foral*, tomo IV, Editorial Reus. 1942, pág. 62.

1. Se reconocen dos clases de adopción: la plena y la simple. Antes se distinguía entre adopción plena y menos plena, reservándose la primera para los llamados abandonados o expósitos. El preámbulo de la Ley explica las razones de la conservación de estas dos clases de adopción muy en la línea de la legislación europea (legislación francesa de 1966 y 1967; legislación portuguesa de 1966; legislación italiana de 1967 y la belga de 1969) a las que se anticipó el legislador español si es que no llegó a inspirarlas. En el orden terminológico la Ley, si bien conserva para la clase de adopción de efectos más intensos el nombre de "plena", elimina para la otra el de "menos plena", pues aunque gramaticalmente correcto parece denotar una adopción de entidad escasa y movía a verla con recelo, por lo que se ha sustituido aquella expresión por la de adopción "simple", la cual, sin ser totalmente satisfactoria, parece preferible. El texto propuesto admite de una manera expresa la posibilidad de transformar o convertir la adopción simple en plena.
2. Se trata de un acto jurídico de forma determinada condicionado por el consentimiento del adoptado o de las personas que deben darlo y sometido a la aprobación judicial, seguido inevitablemente del otorgamiento de la correspondiente escritura pública. El preámbulo de la Ley claramente lo dice: "No se han introducido modificaciones sustanciales en la consideración de la adopción como un acto, a la vez, consensual y formal, que requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de escritura pública, todo ello con igual valor constitutivo".
3. Se trata de un acto jurídico irrevocable, aunque se señalan casos de extinción de la adopción en el artículo 177 del Código civil. De todas las maneras, la posible extinción de la adopción no alcanzará a los efectos patrimoniales anteriormente producidos, principio éste que junto con el de la irrevocabilidad produce ciertos efectos dignos de ser tenidos en cuenta y que luego veremos.

4. La adopción causa parentesco entre el adoptante de una parte y el adoptado y sus descendientes de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales. Del resto de las consecuencias de este parentesco nos ocuparemos luego.
5. Se regula por el principio de unidad de personas, ya que ninguno puede ser adoptado simultáneamente por más de una, a excepción de cuando los adoptantes sean cónyuges. Con más sencillez lo dice el artículo 172 del Código civil: "Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona".

II

REGULACION LEGAL

Para exponer la nueva reglamentación de la adopción contenida en la Ley de 4 de julio de 1970 pueden escogerse diversos sistemas de ordenación, distinguiendo, por ejemplo, entre requisitos internos y externos, de fondo o fundamentales y accesorios, etc. Elegimos de la serie de sistemas de exposición el que tradicionalmente brindó CASTÁN al distinguir entre requisitos personales, formales y efectos.

A) *Elementos personales.*

En la exposición agrupamos las normas referentes a la adopción en general, a la plena y a la simple para así evitar repeticiones y excesiva extensión del trabajo.

a) *Personas que pueden adoptar.*

Exige el actual artículo 172 del Código civil que "la adopción requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles y tenga treinta años cumplidos. En la adopción por marido y mujer basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso el adoptante o uno de los cónyuges adoptantes habrá de tener, por lo menos, dieciséis años más que el adoptado".

Los diversos requisitos que este nuevo artículo plantea y exige vamos a desglosarlos para una más fácil exposición y comparación con disposiciones anteriores:

- *La adopción requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles.*—Exige, pues, una plenitud de capacidad, bastando que alguno de los derechos civiles no se le otorgue para que quede impedido ante la adopción. La redacción anterior exigía únicamente en el artículo 173 que el adoptante o adoptantes “se hallen en pleno uso de sus derechos civiles”. Las fórmulas, aunque aparentemente sean semejantes, difieren en ciertos puntos. Estimo que no es lo mismo el “ejercicio de todos sus derechos civiles” que encontrarse “en pleno uso de sus derechos civiles”. No obstante, ello nos lleva a perfilar cuándo estaremos en lo que la Ley llama ejercicio de todos los derechos civiles, es decir, cuándo debemos entender que el adoptante tiene plena capacidad de obrar. La tendrá cuando no sufra ninguna de las causas restrictivas o modificativas de su capacidad de obrar consignadas en el artículo 32 del Código civil (locura o demencia, imbecilidad, sordomudez que impida la lectura y escritura, prodigalidad e interdicción civil). Dejamos a un lado la menor edad y la emancipación, pues tampoco la mayoría de edad significa aquí la plenitud de derechos, pues al mayor de edad se le niega uno de sus derechos civiles: el de adoptar.

CASTRO LUCINI (11) mantuvo en una interpretación amplia del artículo 173 anterior que el quebrado y el concursado no podían adoptar, pues no gozaban en toda su extensión de los derechos civiles. En la actualidad esta opinión tiene más apoyo en esa dicción legal que habla, como hemos visto, del ejercicio de *todos* sus derechos civiles”. Estoy también con este último autor al estimar que ni el ausente ni el extranjero están incapacitados para adoptar, pues el primero puede hacerlo en el lugar donde se encuentre y los segundos gozan en España de los mismos derechos civiles que los espa-

(11) Op. cit., pág. 350.

ñoles, salvo lo dispuesto en las Leyes especiales y en los Tratados (art. 27 del Código civil).

- *El adoptante debe tener treinta años cumplidos.*—El primitivo Código civil de 1889 exigía cuarenta y cinco, la Ley de 1958 rebajó la edad a treinta y cinco y ahora se reduce el requisito en cinco años menos. La razón de esta reducción reside únicamente en la idea central de facilitar la adopción. El preámbulo de la Ley dice que bajo el propósito de facilitar el acceso a la institución se rebaja la edad exigida al adoptante, que pasa ahora a ser la de treinta años y es solución concorde con el derecho comparado, justificada también por la mayor facilidad con que hoy se anticipa si se carece de posibilidad de descendencia.

Es novedad la disposición según la cual en la adopción conjunta por marido y mujer basta que *uno de ellos* tenga la edad de treinta años. No se exigía antes que el marido y la mujer tuvieran determinada edad, sino simplemente que el que adoptase tuviere la edad fijada, consintiendo simplemente el otro. Ahora la cosa se simplifica, exigiéndose que cualquiera de los cónyuges tenga treinta años, aunque no sea el que lleve la iniciativa de la adopción. No creo que quepa hablar aquí de que uno de los cónyuges adopta y el otro consiente, sino que la adopción en estos casos es conjunta, como dice la Ley, “adopción por ambos cónyuges”. Si creo, sin embargo, que debe mantenerse eso que he llamado “iniciativa”, pues el mismo artículo 172, como veremos, nos habla de una prohibición especial para adoptar: la de un cónyuge sin el consentimiento del otro.

- *El adoptante o uno de los cónyuges adoptantes habrán de tener en todo caso dieciséis años más que el adoptado.*—Hemos estado a punto de regresar históricamente al Código de 1889 en el que se exigían sólo quince años más que el adoptado: sólo un año nos separa de la regresión. En la Ley de 1958 la diferencia es la que establecía la mayor parte de la legislación extranjera: los dieciocho años.

La razón de esta disminución de edad—pulsada por nuestro “viejo” Código civil—está en función de facilitar el ac-

ceso a la institución, como dice el preámbulo de la Ley. CASTRO LUCINI (12) tantas veces citado, decía que "cuanto menor sea la diferencia exigida, tanto más se facilitará la adopción y dejará de ser este requisito un obstáculo para llevarla a cabo. Por eso quizá hubiese sido conveniente rebajar la diferencia de edad por bajo de los dieciocho años, o, al menos, permitir su dispensa, en el caso de que uno de los cónyuges adopte a un hijo de su consorte, pues, de no ser así, como la diferencia de edades es siempre constante, puede darse el caso, sobre todo en los viudos que contraen nupcias, de no poder llevar a cabo la adopción. Sin embargo, la exigencia de que el adoptante tenga, por lo menos, treinta y cinco años, soslayará este problema cuando el adoptando sea de edad temprana, quedando un margen bastante amplio".

Estimo críticamente que no era preciso establecer una edad especial para la adopción, bastando, como dijo un Procurador en la discusión del proyecto de Ley, con la diferencia de edad. También estimo que las facilidades dadas para la adopción deberían tener un límite de edad para evitar debilidades seniles de última hora. La testamentificación activa y la capacidad adoptiva deberían ser cuidadas por el legislador a ciertas edades.

Al lado de la capacidad para la adopción es preciso contemplar los casos en que se prohíbe la misma. Más que prohibición es falta de capacidad para llevarla a cabo. Tanto el Código civil de 1889 como la reforma del 1958 hablaban de prohibición. La actual redacción establece una terminología distinta, pues habla de que *no podrán adoptar*:

Primero.—Las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio. Aunque la incapacidad no se ha concretado tanto como en la legislación del Código civil y su reforma de 1958, que se referían exclusivamente a los "eclesiásticos" ha prevalecido en el texto definitivo este impedimento para llevar a cabo la adopción.

Como el proyecto de Ley suprimía la prohibición concerniente a los eclesiásticos, dando a los mismos la posibilidad de ser adop-

(12) Op. cit., pág. 346.

tantes, se generó en la discusión parlamentaria una división de opiniones que tuvo que resolverse a base de una votación. Pese a las opiniones de CABANILLAS y GÓMEZ DE ARANDA, contrarios a establecer tal prohibición, estimo que teniendo en cuenta los votos de pobreza y castidad que han de prestar los pertenecientes al estado religioso, son razones más que suficientes para pensar en una posible incapacidad. Aceptando la postura de dichos Procuradores, pertenecientes a la Ponencia, hubiéramos desembocado en aquel famoso caso de partición realizado por un "zurupeto" que a la muerte del señor cura-párroco asignó al "ama" la cuota viudal usufructuaria...

La doctrina, concretamente PUIG BRUTAU (13), había precisado que la prohibición se refería a los ordenados *in sacris* y a los profesos en una orden religiosa, como dice, para otros efectos, el artículo 83, 4.º, del Código civil. Observa GAMBÓN ALIX (14) que esta prohibición "tiene un indudable matiz nacional. No se encuentra en las legislaciones extranjeras, ni aún siquiera en las de aquellos países en que se profesa la religión católica u otra en que impere el principio del celibato eclesiástico". Según este autor—sigue diciendo PUIG BRUTAU—, "se ha querido evitar que mediante este instituto puedan ampararse relaciones familiares no permitidas". Pero quizá cabe pensar, en términos más generales, que el estado clerical es poco idóneo para cumplir los deberes que derivan de la adopción. PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN (15) dicen que la prohibición se refiere, no sólo a los clérigos que hayan recibido órdenes mayores, sino también a los profesores en una orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad, máxime si se tiene en cuenta que los votos religiosos serían incompatibles con el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes que nacen de la adopción" (16).

(13) Op. cit., pág. 284.

(14) GAMBÓN ALIX (G.), *La adopción*, Barcelona, 1960, pág. 98.

(15) PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN TOBEÑAS, *Notas al Derecho de Familia de KIPP y WOLFF*, Barcelona, 1948, vol. II, pág. 166.

(16) CASTRO LUCINI (F.), *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción. II. El adoptado*, «Anuario de Derecho Civil», 1968, pág. 406. Este autor concreta la prohibición de adoptar a los «eclesiásticos» diciendo que no comprende la generalidad de las personas ligadas con voto perpetuo de castidad, sino que se limita a los que han recibido Ordenes Sagradas y Ordenes mayores, puesto que las menores pueden ser quebrantadas por determinación voluntaria y no ligan *per aeternum* al ordenado. El artículo 173, por tanto, no

Si la adopción como ficción legal no supone más que una imitación de la naturaleza en la que se calculan edades para que el vínculo adoptivo se parezca al que la naturaleza crea por generación, es evidente que aquellos a quienes no se permite el matrimonio estén también impedidos para acceder a esta institución. Será preciso tener en cuenta los cánones 1.072 y 1.073 del Código canónico, y el artículo 83, 4, del Código civil.

Segundo.—El tutor respecto de su pupilo antes de ser aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela. Sustancialmente es la misma incapacidad que el Código civil de 1889 y la Ley de 1958 establecieron. En la redacción actual solamente se han hecho correcciones de estilo.

Tercero.—Uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, salvo el declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación. Fuera de la adopción "*por ambos cónyuges*", nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona. Esta incapacidad, que la falta del consentimiento del cónyuge supone, dio margen a la doctrina para plantear una serie de problemas que parcialmente ha resuelto la nueva regulación. La exigencia del consentimiento del cónyuge se arrastra desde el Código civil de 1889 en su primitiva redacción y se funda o basa en la necesidad de evitar que la adopción provoque desavenencias conyugales. De entre los problemas que la doctrina plantea, destacamos aquí éstos:

- De la redacción actual del Código se desprende que tanto para la plena como para la simple cabe que un cónyuge adopte y el otro consienta, como que adopten "conjuntamente" ambos cónyuges. En la anterior redacción ESPÍN CÁNOVAS (17) había concretado que la exigencia del consentimiento del cónyuge solamente se refería a la adopción "menos plena", pues para la plena era preciso que se realizara conjuntamente

se refiere a los religiosos profesos, sino en tanto en cuanto los mismos hayan sido ordenados de mayores; ahora bien, como según sus reglas particulares no suelen poder adoptar, la consecuencia será la misma que si los comprendiese. Por otro lado, el voto de pobreza les imposibilita, dado el caso de que pudieran adoptar, para la prestación de alimentos, y lo cierto es que desde que se consagran exclusivamente a la vida de oración y recogimiento, renuncian a todos los afectos mundanos, por lo que en la práctica no se plantearán conflictos.

(17) ESPÍN CÁNOVAS (D.), *Manual de Derecho civil*, IV, 2.^a edición, pág. 339.

por ambos cónyuges. Ahora en la plena cabe una adopción de "consuno" o por ambos cónyuges, pero también una adopción de un cónyuge respecto de hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo de su consorte y una adopción de un padre o madre respecto del hijo natural reconocido. En la menos plena, o simple, caben la conjunta, la unilateral con consentimiento y la que un cónyuge haga del hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo del consorte.

Por todo ello quizá hubiera sido más correcto hablar en vez de "consentimiento" de "asentimiento", como dice CASTRO LUCINI (18), o limitar la actuación del cónyuge del adoptante a "ser oído" por el Juez en el expediente de adopción. Aventurar aquí que el consentimiento del cónyuge es un caso análogo a la llamada licencia marital o *uxoris* es atrevido, pues en ningún caso la falta de consentimiento del cónyuge no adoptante puede ser suplida por el Juez. Actualmente, el artículo 173 del Código civil hace cierta la opinión de este autor, ya que la voluntad del Juez suple consentimientos al decidir "lo que considere más conveniente al menor".

- El problema que la doctrina planteó para los casos de separación legal y que PRÑAR LÓPEZ (19) solucionó, diciendo que como la Ley no distinguía era preciso en todo caso el consentimiento del cónyuge, no siendo suficiente la habilitación judicial, ha sido en la actualidad solventado por la reforma: en los casos de separación legal, no separación de hecho, el cónyuge inocente puede adoptar sin el requisito del consentimiento del otro cónyuge.

Hay otra serie de supuestos, como los de incapacidad mental, imbecilidad, etc., así como separaciones de carácter

(18) CASTRO LUCINI (F.), *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción. I. El adoptante*, «Anuario de Derecho Civil», 1966, pág. 363. El preámbulo de la actual Ley se hace eco de esta opinión doctrinal y dice: «En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento, como el del cónyuge si la adopción no es conjunta, el de los padres del menor de edad y el del tutor, que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del 'asentimiento'; si bien la falta en el código de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo». No obstante, añade: «En las hipótesis indicadas, si la citación del llamado a *consentir* o *asentir* no pudiera efectuarse o, practicada, no concurriera, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptado».

(19) Op. cit., pág. 187.

temporal que claudican por la reconciliación, que no han sido recogidas por el texto legislativo, aun y a pesar de ser planteadas en la discusión parlamentaria y que llevan a la inevitable conclusión de que sólo en el caso indicado el cónyuge inocente puede adoptar sin el consentimiento o asentimiento del otro. Con ello se ha hecho cierta la opinión de GAMBÓN ALIX (20), al decir que "si existe separación de derecho—pues la de hecho no cuenta jurídicamente—entre los cónyuges es comprensible que no se exija el requisito de que tratamos, ya que carecería de verdadera finalidad, salvo la demasiado remota de prevenir dificultades en una eventual reconciliación" (21).

Estas vienen a ser actualmente las tres incapacidades que la Ley señala para la adopción en general y que se aplican, no sólo a la simple, sino a la plena. Se ha suprimido una prohibición importante, con el ánimo de facilitar hasta límites extremos la adopción. Me estoy refiriendo a la que establecía el artículo 173 del Código civil en su última redacción y que decía que se prohibía la adopción a los que tuvieran descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos.

En el proyecto de Ley presentado a las Cortes se suavizaba la prohibición dicha al permitir la adopción en caso de descendencia legítima, legitimada o reconocida, si mediara dispensa del Jefe del Estado; pero la Ponencia, en su informe, suprimió esta prohibición suavizada, aceptando enmiendas de BATLLÉ VÁZQUEZ, ANGULO MONTES, VILLEGAS GIRÓN y PEIRÓ RIBAS, explicándose únicamente esa supresión en el preámbulo legislativo con estas palabras: se suprime la prohibición relativa a quienes tienen ya descendientes, aproximándose con ello el Derecho común al catalán, en el que, a tenor de la Compilación especial de Derecho civil, no existe la

(20) Op. cit., pág. 165.

(21) No obstante, mantiene un criterio más amplio FORT BRUTAU en la obra ya citada, pág. 290, al decir que si el cónyuge del adoptante no puede prestar el consentimiento por ausencia, incapacidad o alguna otra causa de justificada imposibilidad, la prohibición dejará de tener eficacia. Y esta opinión, a pesar de la letra de la Ley, debemos hoy día reputarla viable pues en el expediente de adopción si cualquiera de los llamados a prestar consentimiento no pudiere ser citado o no concurriera, el Juez resolverá lo más conveniente para el menor o, lo que es lo mismo, el Juez tiene facultades decisorias que suplen consentimientos en todos esos casos.

llamada prohibición de descendientes. En efecto, el artículo 6 de la Compilación dispone: "Además de las personas a que se refiere el Código civil, podrán adoptar quienes tengan hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos". La única limitación es la valoración judicial de conveniencia en estos casos especiales (art. 173. último párrafo).

La supresión de la prohibición no hace más que seguir la línea de numerosas legislaciones extranjeras que no la incluyen (Suecia, Ecuador, Noruega, Dinamarca, Holanda, Hungría, Servia, Inglaterra, Estados Unidos en su mayoría, etc.) y elimina una serie de problemas que la doctrina había elaborado en torno a la figura del concebido, de la legitimación y el reconocimiento anterior o posterior a la adopción, etc.

Precisada hasta aquí la teoría general se hace necesario exponer las exigencias que el Código impone para llevar a cabo la llamada adopción plena. A este respecto, el artículo 178 del Código civil dice que "sólo podrán adoptar plenamente":

— *Los cónyuges que vivan juntos, procedan de "consuno" y lleven más de cinco años de matrimonio.*—Al haberse respetado por el legislador la misma redacción en este punto que la que tenía el artículo en el año 1958, pudiera parecer que la razón del precepto sigue siendo la misma, pero la situación, a nuestro entender, ha cambiado.

Por la fortaleza del vínculo que se crea—se dijo entonces—se reserva esta forma de adopción plena sólo a los matrimonios sin hijos, exigiéndose un plazo de cinco años, que viene a asegurar una cierta probabilidad de que no llegará a tenerlos. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (22) decían que "la Ley sólo autoriza esta clase de adopción a quien no tenga hijos y sea previsible que no va a tenerlos; pero si después de la adopción los tuviere el matrimonio adoptante, aquélla subsiste: sólo así tienen sentido los artículos 84, 6.º, y 174 del Código civil; así lo prevé el preámbulo de la Ley de 1958". Dicho preámbulo hablaba de evitar posibles adopciones precipitadas en los primeros años del matrimo-

(22) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, Barcelona, 1966, pág. 434.

nio, sin eliminar la posible superveniencia de hijos con posterioridad a la adopción.

La intención del legislador en el año 1958 era permitir esa adopción a los matrimonios sin hijos, pero sin descartar la posibilidad de tenerlos. Posibilidad que curiosamente cita CASTRO LUCINI (23), al decir que "una vez haya logrado vencer esa flaqueza, la adopción tendrá resultados favorables, habiéndose llegado a comprobar numerosos casos de mujeres que, habiendo adoptado después de ocho, diez o incluso quince años de esterilidad, han concebido después de la adopción; lo que explica el ginecólogo americano W. S. KROGER por la desaparición del proceso inhibitorio, debido al optimismo provocado por la adopción".

Al haber desaparecido la prohibición de adoptar a los matrimonios que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, queda sin razón de ser la argumentación utilizada por el legislador en el preámbulo y que la doctrina interpretó correctamente. Hoy basta con el transcurso de los cinco años para adoptar, existan o no hijos. En todo caso, claro está, habrán de cumplirse las exigencias de edad que impone el artículo 172 del Código civil ya visto.

- *El cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal.*—El supuesto es nuevo y responde de una parte a la orientación general legislativa de facilitar la adopción, y de otra, a la necesaria coordinación con la norma que dispensa del consentimiento del cónyuge al declarado inocente en los casos de separación por ejecutoria (24).
- *Las personas en estado de viudedad o soltería.*—En la reglamentación anterior al viudo se le permitía el acceso a la adopción plena, pero nada se decía del soltero. Ahora se comprenden las dos situaciones, y en ellas la doctrina man-

(23) Op. cit., I parte, A. D. C., 1966, pág. 365.

(24) No debe olvidarse que entre las prohibiciones para adoptar está la de uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, salvo el declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación. Al ser este precepto genérico, el legislador pudiera haberse ahorrado la repetición del supuesto, tanto en la adopción plena como en la simple. En la plena al admitirlo expresamente y en la simple al remitirse a los preceptos de la plena en el artículo 180.

tendrá el problema de si cuando el viudo o viuda, el soltero o la soltera contraigan nuevo matrimonio, deben o no adoptar por su parte al adoptado para hacer viable esa exigencia de que los cónyuges deben proceder de "consuno".

Las soluciones doctrinales que se dieron al problema del viudo podrían ser también aplicables al caso del soltero, pero entendemos que, en la actualidad, el problema ha cambiado. Decía—por ejemplo, GAMBÓN ALIX (25)—que en tales supuestos habría que pensar en una "adopción plena y conjunta por inserción", lo que se conseguiría mejor permitiendo la adopción complementaria del cónyuge del viudo. También CASTRO LUCINI (26) se planteó el problema al tratar de la adopción "póstuma" del Derecho francés que en el español no cabía, ni cabe, precisamente por la autorización al viudo para adoptar. Resolvía este autor que el nuevo cónyuge del viudo podía adoptar plenamente, ya que cuando el viudo adoptó no existía el presupuesto necesario que luego surge con el nuevo matrimonio.

Conviene pensar que antes el Código sólo admitía como excepción al hecho de que los cónyuges tengan que proceder de "consuno", el del cónyuge viudo y ahora no sólo se admite este presupuesto, sino que se extiende a aquellos casos de soltería e incluso se admite, como luego veremos, que un cónyuge adopte al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o *adoptivo* de su consorte, lo cual viene a solucionar plenamente la cuestión planteada. En esos casos se hace realidad la llamada adopción "sucesiva".

- *Uno de los cónyuges al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo de su consorte.*—Todos estos supuestos presuponen una situación anterior y un matrimonio posterior en el que uno de los cónyuges "aporta" al matrimonio un hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo. Debo aclarar que el reconocimiento del hijo natural cabe que sea posterior al matrimonio.

En todos estos casos, la adopción posibilita una convi-

(25) Op. cit., pág. 109.

(26) Op. cit., I parte, A. D. C., 1966, pág. 366.

vencia familiar, aunque provoque ciertas complicaciones sucesorias y patrimoniales, como luego veremos.

- *El padre o la madre, al propio hijo natural reconocido.*—Con anterioridad a la reforma actual, el problema del hijo natural reconocido y su posible adopción fue resuelto negativamente por la Resolución de 23 de octubre de 1947 sobre la base de que el hijo natural reconocido tenía más derechos con arreglo al Código civil que el adoptivo. En igual sentido se pronunciaba PUIG BRUTAU (27), al decir que cuando se trate de hijos naturales, la facultad de reconocerlos ha de excluir la de adoptarlos. Es decir, ante el hecho de que los hijos naturales reconocidos tienen mayores derechos que los adoptivos, permitir su adopción sería equivalente a tolerar que empeorara su estado civil.

Estas razones han desaparecido en la actualidad, pues el adoptado plenamente se equipara al legítimo y, por ello, el natural reconocido, que se transforma en adoptado, no solamente no pierde derechos, sino que los gana.

Para terminar esta exposición de las personas que pueden adoptar se hace preciso insistir en que, en todos los casos enumerados será necesario observar los requisitos de edad y de diferencia que señala el artículo 172 del Código civil, salvo para el caso de los hijos naturales, como veremos. Conviene también destacar que el fenómeno jurídico de la adopción no rechaza la institución de la representación y, por ello, la sentencia de 30 de mayo de 1951 admitía que la adopción se realizara mediante apoderado.

Para la adopción simple no exige—como dice el artículo 180—otros requisitos que los prevenidos en la sección 1.^a del presente capítulo, esto es, los generales antes expuestos. Únicamente hace la salvedad respecto del cónyuge declarado inocente, que se rige por lo establecido en el artículo 178, conforme a la remisión que dicho artículo hace y que el intérprete no alcanza a comprender, pues en dicho párrafo 1.^o sólo se habla de una adopción plena que puede realizar el cónyuge inocente, y ya en el artículo 172 del mismo Código, al inocente se le dispensaba del consentimiento del otro cónyuge, lo cual implica una repetición normativa.

(27) Op. cit., pág. 295

b) *Personas que pueden ser adoptadas.*

En un tema que estudié para la preparación de oposiciones se decía la siguiente frase—que ahora al releerla provoca este comentario—: “podrán ser adoptados aquellas personas que no estén ya adoptadas”, cosa que hoy, ante la redacción del artículo 178 del Código civil, debe ser descartada como principio general. La facilitación que la nueva ordenación hace del instituto, fuerza las posibilidades de adopción casi al máximo.

Conforme a esta nueva reglamentación, podríamos concretar las personas que pueden ser adoptadas de la siguiente forma:

1. *Podrán ser adoptados aquellas personas que tengan dieciséis años menos que el adoptante.*—Este requisito de diferencia de edad estimamos que debe ser aplicado a todos los casos de adopción, incluida la plena, salvo el supuesto de los hijos naturales que a continuación veremos.
2. *Los hijos naturales (propios) reconocidos podrán ser adoptados, aunque no concurren los requisitos de edad mencionados en el párrafo anterior.*—Antes hemos visto cómo el problema de los hijos naturales ha cambiado con la actual legislación, en la cual cabe la adopción de los mismos en sus dos formas de plena y simple.

En esos casos no es preciso que el adoptante o su cónyuge tenga treinta años cumplidos y tampoco lo es que exista la diferencia de edad.

La palabra “propios” que utiliza el artículo 172 del Código civil y en cuya virtud se dispone que la edad y de su diferencia pone un interrogante sobre los casos en que cabe la adopción con esas ventajas. Hemos de concretar que no solamente cabe que el padre o la madre adopten a sus “propios hijos naturales”, sino que ambos pueden hacerlo respecto de los “propios” hijos naturales comunes que en estado de soltería hubiesen tenido. La adopción en este caso choca con la legitimación por subsiguiente matrimonio que equipara plenamente a los hijos legitimados con los legítimos y evita todas las formalidades de la adopción. Pero como también cabe, la adopción—tanto en su forma plena, como simple—de los hijos naturales reco-

nocidos del consorte del adoptante (arts. 176 y 178 del Código civil) se plantea el problema de si a dichos casos se les aplica la dispensa de edad y su diferencia.

Creo que la solución del caso reside en la interpretación de la frase "los propios hijos naturales reconocidos" y su alcance restrictivo o extensivo. Entendemos que así como no es lo mismo "la legítima estricta" que "estrictamente su legítima", aquí no creo que pueda contraponerse la frase "los propios hijos naturales" a "los hijos naturales propios", pues no puede hablarse de "impropios" hijos naturales, ya que entonces desembocaríamos en lo que el Código civil llama "los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición de naturales...". Por ello, aunque a la frase "los propios hijos naturales reconocidos" pueda oponérsele gramaticalmente ciertos reparos, ya que el adjetivo que designa una cualidad eventual de las personas o las cosas se pospone siempre al sustantivo, ese defecto no puede repercutir en la interpretación, y el adjetivo "propios" solamente debemos entenderlo referido a los hijos comunes de los cónyuges adoptantes o propios del adoptante, pero no a esos casos en que una persona adopta al hijo natural reconocido del consorte. Podría ofrecerse el argumento contrario, haciendo destacar la finalidad primordial de la nueva regulación, esto es, la de facilitar el vínculo adoptivo hasta el máximo, pero si esa hubiera sido la intención legislativa con haber hablado de hijos naturales reconocidos simplemente, sin adjetivarlos de propios, hubiese facilitado la comprensión, dentro de la frase, de todos los casos (28).

3. *Los hijos legítimos, legitimados o adoptivos del otro consorte.*—El supuesto se contempla por la nueva regulación, tanto para el caso de la adopción en general o simple como para la plena (arts. 176 y 178 del C. c.).

(28) Tanto la Ley como el preámbulo utilizan indistintamente la frase «los propios hijos naturales reconocidos» como los hijos naturales propios. Así el artículo 172 y el párrafo nueve del preámbulo hablan de «propios hijos naturales». El mismo párrafo nueve, sin embargo, habla del «hijo natural propio». Por su parte, el artículo 178, 1.º habla «de propio hijo natural reconocido».

La problemática que estas adopciones plantea la veremos en su momento oportuno al hablar de las repercusiones sucesorias y patrimoniales, como ya hemos anunciado al tratar de las personas aptas para la adopción.

4. *Los menores abandonados.*—La legislación anterior parecía equiparar los términos abandonado o expósito, ya que el artículo 178, 2, al referirse a la adopción plena, decía: únicamente podrán ser adoptados plenamente los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueran pro hijados antes de esa edad por los adoptantes.

La situación ahora ha cambiado. El Proyecto de Ley decía en su preámbulo que “la situación del menor abandonado, que en el texto precedente se contemplaba junto con la del expósito y a los estrictos efectos de la adopción plena, es considerada ahora de manera más amplia y precisa en el plano de las disposiciones generales. El texto propuesto bosqueja un concepto de menor abandonado en términos que hacen innecesaria la referencia a la figura anacrónica y peyorativa del expósito. Sobre la base de datos facilitados por la experiencia, unidos a criterios que tienen el respaldo de la ciencia médica, con el propósito de dispensar la máxima protección al menor, ha parecido oportuno reducir el tiempo requerido para apreciar determinadas situaciones de abandono al exigir sólo el transcurso de seis meses. Así resultará legalmente posible la adopción en edad óptima para el adoptado, tanto en el sentido de poder beneficiarse primero de los cuidados del adoptante como en el de no percibir el cambio que en otras edades se experimenta”. En parecidos términos se pronuncia el preámbulo de la Ley sancionadora de la nueva reglamentación de la adopción.

La doctrina, concretamente CASTRO LUCINI (29), había llegado a una precisión entre los términos abandonado y expósito. Utilizando antecedentes históricos, Derecho com-

(29) Op. cit., II parte A, D. C., 1968, pág. 381.

parado y ciertas disposiciones de carácter penal y administrativo, llegó a decir el autor mencionado que por abandonados deberíamos entender “aquellos que por su edad o circunstancias estén imposibilitados de atender a su subsistencia por sus propios medios. Quien pueda valerse por sí mismo, no podrá ser abandonado”. Por lo que se refiere al expósito, decía dicho autor, que “el abandono constituye el género y la exposición la especie o, dicho de otro modo, que todo expósito es un abandonado, pero no todo abandonado es un expósito. Este es el hijo de padres desconocidos, abandonado al nacer, de modo que no se ponga en peligro su vida. De suerte que, faltando alguna de estas circunstancias, no existirá exposición, sino abandono”.

La Ley, guiada un tanto por estas directrices doctrinales, por el Derecho comparado y por otras disposiciones, ha precisado solamente el concepto de abandonado, refundiendo en el mismo el de expósito que aún persiste en Leyes y Reglamentos de Beneficencia. Dice el artículo 174 del Código civil que “se considera abandonado el menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias.

La entrega del menor en una casa o establecimiento benéfico se considerará también como abandonado en los siguientes casos:

- a) Cuando el menor hubiese sido entregado sin datos que revelen su filiación.
- b) Cuando, aun siendo conocida su filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores.

En uno y otro caso la apreciación del abandono exigirá que hayan transcurrido durante el internamiento del menor *seis meses* continuos sin que el padre, madre, tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo efectivo mediante actos que demuestren su voluntad de asis-

tencia. La mera petición de noticias no interrumpe por si sola el referido plazo". Esta disposición supone un avance con relación a la legislación anterior en que la situación de abandono exigía el transcurso de tres años, dentro de los cuales había el tiempo suficiente para que la familia natural "interrumpiese" ese plazo de usucapión de estado de abandono que ahora se reduce sensiblemente.

Aparte de la novedad que estas definiciones encierran y que presuponen un concepto del abandono, la legislación no reduce la posibilidad de la adopción a solamente la plena, como las disposiciones anteriores, sino que extiende la posibilidad de la adopción simple a los abandonados y para la plena comprende no solamente a los abandonados, sino otros supuestos que a continuación veremos. El preámbulo de la Ley dice que "cabe la adopción plena del menor de catorce años sin necesidad de que se encuentre en la situación de abandono; esta situación contará sólo a los fines de no requerirse el consentimiento de los padres...".

5.º *Para la adopción plena se dan normas especiales y amplias.* Ya no se circunscribe "a los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueran prohijados antes de esa edad por los adoptantes". Ahora los términos son más amplios y se dispone en el artículo 178 que únicamente podrán ser adoptados en forma plena:

- a) *Los menores de catorce años.* — Estos menores pueden ser los abandonados del artículo 174 del Código civil (en cuyo caso la edad mínima es la de seis meses y la máxima de catorce años), los propios hijos naturales y los hijos legítimos, legitimados o adoptivos del consorte.
- b) *Los mayores de catorce años, siempre y cuando estuvieran viviendo antes de alcanzar dicha edad en el hogar y compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos.* Considero que esta dicción legal suple dos situaciones anteriores llamadas prohijamiento y acogimiento familiar y comprende las posibles situaciones de los

hijos naturales, legítimos, legitimados y adoptivos en situación de convivencia con el adoptante. Al prohijamiento se llegaba por el cumplimiento de las disposiciones que establecía la Ley de Beneficencia de 23 de enero de 1822 y el Reglamento de 14 de mayo de 1852, dictado para la ejecución de la Ley de 20 de junio de 1849, así como el Decreto de 2 de junio de 1944. El acogimiento familiar lo regulaba la Orden de 1 de abril de 1937 (30).

- c) *También pueden ser adoptados los mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos, que el Juez valorará en la forma establecida en el artículo 173.* No obstante, para este caso se dispensa que no medie esta circunstancia, refiriéndose, sin duda, al hecho de la *convivencia* con el adoptado o adoptantes o cualquiera de ellos antes de alcanzar la edad de los catorce años.

CASTRO LUCINI (31), tantas veces citado, había estudiado el problema de la adopción entre parientes y realmente sus conclusiones sirven ahora para precisar de quiénes habla la Ley cuando se refiere a los *mayores de catorce años unidos al adoptante por vínculos familiares*. Para el autor citado dentro de la adopción entre parientes en línea recta hay que descartar la que pueda hacer el descendiente frente al ascendiente y la que pudiera realizar el padre de su propio hijo, reduciéndose, por tanto, a las que se hagan entre parientes de segundo o ulteriores grados (verbi gracia: abuelo y nieto, etc.). Cabe también admitir como viables las adopciones entre colaterales y la adopción entre afines. No cabe, sin embargo, la adopción entre cónyuges. Ya BLAS PIÑAR había planteado el problema y lo había re-

(30) Aunque la Ley no contiene disposición derogatoria de las normas que rigen el prohijamiento y el acogimiento familiar, siempre resulta un dato orientador del criterio legislativo el preámbulo de la Ley en el cual se dice que: «Y se admite asimismo la adopción plena del mayor de catorce años sin necesidad de que se dé la poco clara situación de prohijamiento, pues le basta vivir con anterioridad a la adopción en compañía del adoptante. O, sin mediar esta circunstancia, hallarse unido a él por vínculos familiares o afectivos».

(31) Op. cit., II parte, A. D. C., 1968, pág. 399,

suelto negativamente, pues un cónyuge no puede comportarse como hijo adoptivo del otro (32). Añade ahora CASTRO LUCINI que si conforme al artículo 84, 5, del Código civil el matrimonio es imposible entre adoptante y adoptado, por el camino inverso de la adopción vendría a crearse la misma situación que trata de evitarse. Creo que la cuestión de si cabe la adopción entre cónyuges no podemos plantearla a la vista de estas conclusiones.

Los "vínculos afectivos" de que habla el artículo que comentamos dan una gran amplitud para incluir infinidad de casos, pero creo que es llegado el momento de afrontar si dentro de dicha frase cabe la adopción de los *hijos ilegítimos* no naturales. También BLAS PIÑAR había puesto la cuestión en tela de juicio y mientras descartaba la posibilidad de adoptar a los hijos naturales (posición que reforzó la Resolución de 23 de octubre de 1947), se pronunciaba favorablemente hacia la adopción de los hijos ilegítimos cuya paternidad o maternidad no conste, ya que jurídicamente se consideran como extraños (33). GAMBÓN ALIX (34), refiriéndose a los hijos ilegítimos dice que "su adopción por el padre no ofrece cuestión alguna, tanto porque la paternidad—aunque no la maternidad—es legalmente desconocida, como porque, aunque así no fuera—y puede no serlo para algunos aspectos en los casos del artículo 140, 1.º y 2.º—, les sería sin duda beneficiosa su adopción por el padre o madre". CASTRO LUCINI (35) consideró que la adopción de los hijos ilegítimos era viable, siempre y cuando se reuniesen los requisitos generales y especiales según la clase de adopción, aunque posteriormente se descubra o ponga de manifiesto, incluso por acto voluntario del padre o madre adoptivo, esa relación de paternidad, no afecta a la adopción, pues desde el punto de vista legal no existe, en realidad, una situa-

(32) Op. cit., pág. 169.

(33) Op. cit., pág. 169.

(34) Op. cit., págs. 143 y 144.

(35) Op. cit., II parte, A. D. C., 1968, pág. 403:

ción familiar, sino sólo efectos muy concretos y restringidos de esa generación ilegítima (arts. 140, 143 y 845 del Código civil).

Si con arreglo a la legislación anterior la postura doctrinal era unánime en admitir el caso de la adopción de los hijos ilegítimos, es indudable que ahora debe ser admitido no sólo para la adopción en general, sino para la plena en la que ese "vínculo efectivo" da entrada sin discusión a los hijos ilegítimos. Lo que no precisa el Código es si ese "vínculo efectivo" admite la adopción entre personas del *mismo sexo* o tienen que ser de *sexo contrario*. En general, este último caso es el que suele prohibirse en otras naciones (Inglaterra, Ecuador, Panamá, etc.).

B) *Elementos formales.*

En esta materia se han introducido algunas modificaciones y ciertas matizaciones, pero creemos que la fundamental es la que ya destacábamos al hablar de las orientaciones: el considerable refuerzo que sufre el arbitrio judicial, permitiéndole la valoración de la conveniencia de la adopción para el adoptado y suplir voluntades en ciertos casos.

Sigue respetándose la cualificación del acto jurídico adoptivo como revestido de una forma determinada y condicionado por el consentimiento del adoptado o de las personas que deben darlo y sometido a la aprobación judicial y seguido inevitablemente del otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Por ello podríamos seguirlo encuadrando, como dice CASTRO LUCINI (36) dentro de los llamados negocios de formación sucesiva con tres fases (fase judicial o previa a la creación del vínculo adoptivo; fase notarial o central generadora del vínculo adoptivo y fase registral, final o de publicidad).

El preámbulo de la Ley explica sucintamente las reformas in-

(36) CASTRO LUCINI (F.), *Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción. III. Forma o procedimiento*, «Anuario de Derecho Civil», 1970, páginas 271 y sigs.

introducidas en este punto (37) y conforme a ello y a los artículos 173, 174 y 175 del Código civil debemos distinguir:

a). *Expediente y aprobación judicial.*

La redacción anterior del Código civil en su artículo 176 establecía que "la adopción se autorizará previo expediente..." La actual redacción del artículo 173 (que hace las veces del antiguo 176) nada dice de "expediente", exigiendo únicamente que la adopción requiere aprobación judicial con intervención del Ministerio Fiscal. No obstante, teniendo en cuenta la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya vigencia en este punto es clara, ya que no ha sido derogada, es preciso utilizar más que la expresión "expediente" la de "procedimiento". La palabra "expediente" tenía su razón de ser en la redacción anterior, pues cuando el adoptando estuviere sometido a la tutela de una casa de expósitos u otro establecimiento de beneficencia, el *expediente* había de ser tramitado exclusivamente por la administración del establecimiento. Hoy, al haber sido suprimida esta posibilidad, sólo queda el cauce judicial del procedimiento de jurisdicción voluntaria regulado en los artículos 1.825 a 1.832, correspondientes al título II del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(37) «No se han introducido modificaciones sustanciales en la consideración de la adopción como un acto, a la vez, consensual y formal, que requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de escritura pública, todo ello con igual valor constitutivo. Por lo que se refiere al consentimiento se han estimado oportunas algunas matizaciones. En la regulación propuesta son distinguibles tres grados o escalas. Hay un consentimiento básico, sin el cual carecería de sentido siquiera pensar en la adopción: el del adoptante y el adoptado mayor de catorce años. El Juez carece, como es natural, de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas o ante la falta del mismo. En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento, como el del cónyuge si la adopción no es conjunta, el de los padres del menor de edad y el del tutor, que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento; si bien falta en el Código civil de una aceptación de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo. En las hipótesis indicadas, si la citación del llamado a consentir o asentir no pudiera efectuarse o, practicada, no concurriera, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptado. El último grado o escala lo ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas: el adoptado menor de catorce años, el padre o la madre privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad y la persona que ejerciere la guarda del adoptado. En tales casos el Juez tiene plenas facultades para decidir no sólo si es imposible citar a dichas personas o si, citadas, no concurrieren, sino también para hacerlo en contra de un criterio de las mismas, opuesto o desfavorable a la adopción».

Debemos advertir, sin embargo, que determinadas disposiciones de dicha L. E. C. están en abierta contradicción con la nueva regulación dada a la adopción y, por ello, será preciso resolver la disyuntiva en forma favorable al Código civil por ser Ley posterior, entendiendo derogadas o no aplicables las disposiciones citadas. No debemos olvidar tampoco que la reglamentación que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene puro carácter supletorio, como lo demuestra su artículo 1.825, al decir: "para aquellos casos en que con arreglo a Derecho sea necesaria licencia judicial para adoptar" (38).

Partiendo de estas bases, debemos distinguir los siguientes requisitos del procedimiento:

1. Se inicia por medio de un escrito dirigido al Juez de Primera Instancia del domicilio del adoptante (art. 62, 16, L. E. C.), sin que sea preciso la intervención de Abogado ni de Procurador (arts. 4.º y 10 de la L. E. C.), exponiéndose en el mismo las razones que el adoptante tenga para la adopción y, como es lógico, el cumplimiento o concurrencia de todos los requisitos legales exigidos por el Código civil. Al escrito se deberán acompañar las partidas de bautismo o certificaciones de nacimiento del adoptante y adoptado y los demás documentos que sean pertinentes, ofreciéndose información sobre los extremos que no puedan justificarse con documentos, y sobre la *utilidad* de la adopción para el adoptado (art. 1.825 de la L. E. C.).
2. El segundo requisito de este procedimiento es el consentimiento que, como dice el preámbulo de la Ley, tiene tres grados o escalas: el consentimiento básico, la decisión judicial y el simple trámite de las personas que sólo deben ser oídas.
 - *Deben prestar consentimiento:* a) El adoptante y su cónyuge. b) El adoptando mayor de catorce años y su cónyuge. Es preciso en este caso tener en cuenta que el ma-

(38) No obstante, como reminiscencia de situaciones anteriores y descuido legislativo, en el artículo 177, número segundo, se sigue hablando de «expediente» y en base de ello nosotros hemos seguido conservando el tradicional epígrafe.

rimonio canónico sólo puede contraerse por el varón a partir de los dieciséis años y la mujer a partir de los catorce, edades que para el civil se reducen a catorce y doce respectivamente. Por ello la dicción legal sólo cobra realidad inmediata en el caso de varón que contraiga matrimonio civil, o la mujer que contraiga matrimonio canónico, pues en los otros dos casos el mayor de catorce años no puede tener cónyuge canónico que preste consentimiento hasta que cumpla los dieciséis y la mujer casada a los doce no precisa el consentimiento del esposo civil. De otra parte en el caso de la adopción plena no será preciso el consentimiento de los menores de catorce años (art. 178 C. c.). En caso de separación legal, no será necesario el consentimiento del cónyuge del adoptando.

c) El padre o la madre, conjuntamente o por separado, del adoptando menor de edad sujeto a la patria potestad.

d) El tutor con autorización del Consejo de Familia si la tutela estuviere constituida (art. 173 C. c.).

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 fueran conocidos o se presentaren (artículo 174 C. c.).

Estimamos que el artículo 1826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se dice que los padres del adoptando pueden suscribir la solicitud de adopción, ratificándose de ella o prestando su consentimiento, sólo puede estimarse en vigor si por "ratificación" debemos entender consentimiento que como hemos visto es preciso conforme al artículo 173 del Código civil.

- Si cualquiera de los llamados a prestar el consentimiento fuera del caso del adoptante y adoptado (consentimientos de los que no se puede prescindir), no pudiera ser citado o citado no concurriese, el Juez resolverá lo que *considerare más conveniente para el adoptando*.

La decisión judicial en estos casos cobra relieve y trascendencia, sin que, como dice el preámbulo, tenga caracteres decisorios en contra del consentimiento del

adoptante y del adoptando menor de catorce años, pero sí en los demás casos.

- *Deberán simplemente ser oídos el adoptado menor de catorce años si tuviera suficiente juicio (entre los que pueden encontrarse todos los casos de adopción plena de menores de catorce años), el padre o la madre a quienes se hubiere privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad y la persona que estuviere ejerciendo la guarda del adoptado. Cuando se trate de huérfanos, serán también oídos los abuelos de la línea del padre o madre premuertos.*

Si cualquiera de los que debieren ser oídos, fuera del caso del adoptado, no puede ser citado o citado no compareciere o compareciendo manifiesta criterio desfavorable a la adopción, el Juez resolverá lo que considere más conveniente a la adopción (art. 173 C. c.).

La Ley de Enjuiciamiento Civil añade en el artículo 1.827, que cuando el adoptando sea mayor de *siete años*, el Juez le hará comparecer para explorar su voluntad, consignándose también en los autos si está conforme con la adopción o no la contradice. Este artículo fue comentado por MADRUGA MÉNDEZ (39), refiriéndolo a la anterior redacción del Código civil, en la que parecía haber contradicción, pues sólo se imponía este trámite de ser oído al adoptado cuando se tratase de adoptados sometidos a la tutela de una Casa de Expósitos (art. 176 del C. c.) y en los casos de petición de extinción de la adopción (art. 175 C. c.). Consideraba dicho autor que el Juez deberá siempre ponerse en contacto con el menor, bien para averiguar la suficiencia de su juicio o estado de razón o bien para explorar su voluntad respecto de la adopción. Estimamos que hoy día el precepto de la L. E. C. cobra relieve y vigencia aunque la edad de siete años en muchos casos no “suponga suficiente juicio” ni prefije la ausencia de “suficiente juicio” de un menor de siete años.

(39) Op. cit., pág. 754.

3. El tercer trámite de este procedimiento es la admisión de la información ofrecida por el Juez con citación del Ministerio Fiscal. Esta información deberá ser por lo menos de tres testigos, de cuyo conocimiento dará fe el Actuario, y si no los conociere, se presentarán dos testigos, que respondan al conocimiento de aquéllos (art. 1.828 L. E. C.).

Dada la información, se pasará el expediente al Ministerio Fiscal, por término de seis días, para que emita dictamen sobre si se han justificado en forma los requisitos legales para la adopción, o si se estima necesario que se amplíe la justificación o se subsane algún defecto en el procedimiento (art. 1.829 L. E. C.). Devuelto el expediente por el Ministerio Fiscal y subsanados o suplidos, en su caso, los defectos u omisiones que hubiere notado, el Juez llamará los autos a la vista, y dentro de cinco días dictará auto con la resolución que estime procedente (art. 1.830 L. E. C.).

4. La resolución judicial que revestirá, según hemos visto, la forma de auto, está supeditada a la valoración de conveniencia que el Juez debe hacer, así como lo referente al cumplimiento de los requisitos legales establecidos.

El Juez, de una parte, debe estimar o valorar la existencia de los requisitos legales o, como dice la L. E. C., estimar que procede la adopción conforme a Derecho (art. 1.831), pero también, y esto es muy importante, valorar lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil denomina la utilidad que la adopción puede tener para el adoptado o como el Código civil establece actualmente: "El Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptado, conforme a las circunstancias de cada caso, y muy especialmente si el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos" (art. 173 C. c.).

La valoración del Juez tiene una gran amplitud en la nueva reglamentación de la adopción, ya que no solamente en el momento de la decisión judicial de la procedencia o improcedencia de la adopción se le otorga la facultad de valorar la "conveniencia", sino que se le impone esta valo-

ración en los casos de dificultades para citar a los que deben prestar consentimiento, a los que deben ser oídos, a la ausencia de concurrencia de unos y otros y a las manifestaciones contrarias a la adopción. En todos estos casos el Juez debe resolver valorando lo "que considere más conveniente" para el adoptando. Igualmente se otorga al Juez la facultad valorativa de la situación de abandono, ya que el artículo 174 dice en su último párrafo que: "La situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer del expediente de adopción". Que la valoración de estas conveniencias y situaciones deben de estar fundamentadas en el propio auto es indudable sólo con pensar en la redacción del artículo 371 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si el Juez estimare que procede la adopción y que es útil al adoptando, concederá la autorización y licencia judicial para que se lleve a efecto, mandando que se libre y se entregue a los interesados el oportuno testimonio para el otorgamiento de la correspondiente escritura (art. 1.831 L. E. C.) En caso de denegación nada dice el texto legal, pero la forma de auto será la más adecuada. Discutida es—según dice MADRUGA MÉNDEZ (40)—la posibilidad de que contra el auto denegatorio quepa recurso. CASTÁN negó su posibilidad (41), pero tanto el autor antes citado como CASTRO LUCINI (42) admiten la posibilidad de recurso (reposición y apelación), conforme a los artículos 1.819 a 1.824 de la L. E. C.

b) *Escritura de adopción.*

Pocas novedades presenta la nueva legislación en este punto. El actual artículo 175 dice que: "Aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública..." En relación con el artículo 177 anterior se notan dos modificaciones: a) La palabra "escritura" va seguida ahora del calificativo de pública, que la identifica siempre con la notarial. b) Antes se decía que en dicha escritura se expresarían las condiciones en que se haya hecho y ahora

(40) Op. cit., pág. 758.

(41) CASTÁN TOBEÑAS, *Notas a KIPP y WOLF*, tomo 4, *Derecho de familia*, pág. 168.

(42) Op. cit., III parte, A. D. C., 1970, pág. 288.

nada de esto se dice. También es preciso destacar la supresión del pacto sucesorio, manteniéndose, sin embargo, el pacto de sustitución de apellidos.

De los diversos problemas que la doctrina ha planteado en el otorgamiento de la escritura pública, estimo que pueden destacarse tres fundamentales: 1) El valor de la escritura. 2) Las personas que en ella deben comparecer. 3) El contenido propio de ella.

Por lo que se refiere al primer punto hay cierta unanimidad en la doctrina—referida siempre a la legislación anterior—en considerar a la escritura pública como el momento culminante en el que la adopción se perfecciona eliminando la otra posibilidad en la que el Notario, como dice CASTRO LUCINI (43), se limita a dar fe de que la adopción existe, pero no crea el vínculo. Militan en la dirección de considerar a la escritura pública como constitutiva PIÑAR LÓPEZ (44), LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA (45), PUIG PEÑA (46), PERE RALUY (47), DE CASTRO (48) y MADRUGA MÉNDEZ (49). Se destaca como postura aslada la de CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (50), que hace residir en el auto judicial toda la fuerza de la adopción, ya que los consentimientos son precisamente dados en el procedimiento judicial y no deben ser reproducidos en la escritura. Utiliza algún otro argumento como el de la antigua sanción de nulidad que establecía el artículo 176 del Código civil y que no se establecía en el 177 al hablar de la escritura. Estimo que poco se puede añadir a las brillantes argumentaciones dadas por la doctrina en defensa del carácter constitutivo de la escritura pública, aparte de que la legislación, al no variar nada en este punto, permite utilizar favorablemente esos argumentos. No obstante, creo que debemos apuntar la idea de que la escritura pública al ser exigida por el legislador sólo puede tener por objeto dos finalidades: o ser forma constitutiva de la adopción o servir de vehículo para lograr la inscripción

(43) Op. cit., III parte, A. D. C., 1970, pág. 294.

(44) Op. cit., pág. 159.

(45) Op. cit., pág. 429.

(46) PUIG PEÑA, *Las situaciones finales en la adopción*, «Revista de Derecho Privado», 1948, pág. 1.045.

(47) PERE RALUY, *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1962, pág. 480.

(48) DE CASTRO Y BRAVO (F.), *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1964, página 219, y *Derecho civil de España*, tomo II, Madrid, 1952, pág. 78.

(49) Op. cit., pág. 759.

(50) CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (B.), *La adopción y figuras similares ante la nueva regulación*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1959, págs. 42 y sigs.

en el Registro Civil, al estilo del Registro de la Propiedad. Esta segunda finalidad debemos descartarla, ya que, conforme al artículo 23 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil las inscripciones se practicarán en virtud de documento auténtico o por declaración en los casos señalados por la Ley. Todos sabemos que el testimonio judicial del auto con el que acaba el procedimiento de jurisdicción voluntaria de la adopción es documento auténtico y, por ello, no cabe pensar que el legislador haya querido añadir un nuevo documento auténtico, sino dar a la escritura pública otro rango y carácter (51).

En lo referente a las personas que deben comparecer en la escritura pública se hace necesario la cita de PIÑAR LÓPEZ (52), que es de los primeros en plantear el problema de si en la adopción de los menores de edad debe o no comparecer el adoptado. A tenor del artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la escritura "intervendrán el adoptante, el padre o madre del adoptado y éste si fuera mayor de catorce años", lo cual provocaba cierta antinomia con el primitivo artículo 178 del Código civil y el 176 en su reforma de 24 de abril de 1958. El citado autor resolvía el problema considerando que tan sólo el adoptante o adoptantes, el adoptado si es mayor de edad o las personas que por minoridad o incapacidad del adoptado representen a éste, son las que han de comparecer y otorgar su consentimiento para que la adopción surja. LA RICA (53) solucionó el problema sosteniendo que la antinomia podría resolverse pensando en que existe una edad especial de catorce años para ser sujeto pasivo de la adopción. Estimo que la posición más acertada y la que parece encajar más en la terminología y espíritu actual de la Ley es la que mantuvo CASTRO LUCINI (54) al decir que el artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe reputarse derogado y que en todo caso será el Notario quien determinará quiénes deben intervenir en el otorgamiento de la escritura y el

(51) No obstante se hace preciso apuntar que el preámbulo de la Ley, con cierta influencia interpretativa de la mente del legislador, dice que la adopción requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de la escritura pública, «todo ello con igual valor constitutivo». Lo cual demuestra que la escritura pública sigue siendo el último momento de un acto sucesivo en el cual todas sus fases son constitutivas.

(52) Op. cit., pág. 160.

(53) LA RICA Y ARENAL (R.), *La adopción y sus problemas jurídicos*, en esta REVISTA, 1950, págs. 89 y sigs.

(54) CASTRO LUCINI (F.), III parte, pág. 292.

modo y manera de acreditar la representación de los incapaces y demás personas en casos especiales a tenor de lo que dispone el Reglamento Notarial (art. 164, 168). En la escritura de adopción deberán intervenir el adoptante, el adoptado si es mayor de edad y capaz, o menor emancipado (no debemos olvidar que el artículo 173 actual exige el consentimiento del adoptado menor de catorce años y de su cónyuge, lo cual supone una posible emancipación por matrimonio, siempre y cuando se cumplan las edades que para contraerlo exige la legislación canónica y la civil, según la clase de matrimonio), su representante legal en otro caso y el cónyuge del adoptante (55).

El último punto que nos queda por abordar es el del contenido de la escritura pública que hoy día queda un poco huérfano de regulación al haberse suprimido aquella frase del artículo 177 del Código Civil "expresando en ella las condiciones en que se haya hecho". Estimo que la estructura de la escritura de adopción en cuanto al orden de su contenido debe ser el de todas las demás: comparecencia, manifestación y exposición de antecedentes, estipulaciones y otorgamiento, siendo preciso que el testimonio judicial del auto se incorpore a la matriz para su reproducción en las copias. La firma del secretario judicial debe ser legitimada por el Notario autorizante. PUIG BRUTAU (56) opina que en la escritura no se pueden alterar los términos de la adopción que figuran en el auto judicial, sobre todo si es en sentido desfavorable al adoptando, pero es preciso estimar como posible que en la escritura se concedan al adoptado derechos superiores a los consignados en el expediente judicial. En el mismo sentido parece pronunciarse CASTRO LUCINI (57). Estimo que en la actualidad las estipulaciones han de sujetarse al contenido del auto judicial y a los límites que la ley marca en los derechos y prerrogativas concedidas al adoptado. Suprimido el pacto sucesorio que admitía estas posibles ampliaciones de derechos, la estipulación queda hoy reducida legalmente al problema de la sustitución de apellidos en la adopción simple (artículo 180, 2, Código civil).

(55) MADRUGA MÉNDEZ (J.) en su citada obra opina que en la escritura de adopción deben intervenir las mismas personas que en el expediente judicial, página 758.

(56) Op. cit., pág. 299.

(57) Op. cit., III parte, A. D. C., 1970, pág. 295.

c) *Inscripción en el Registro Civil correspondiente.*

Establece el artículo 175 del Código civil en su nueva redacción: que “aprobada judicialmente la adopción... se inscribirá en el Registro Civil correspondiente”. Añade el segundo párrafo que “el Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal. Fuera de los casos taxativamente establecidos en la legislación del Registro Civil, no podrá expedirse certificación literal”.

Las modificaciones que la actual redacción establece frente a la anterior las explica genéricamente el preámbulo de la Ley, diciendo que: “Tras establecer que el Registro Civil no publicará nada concerniente a la filiación u origen del adoptado, ha parecido mejor, en lugar de regular el derecho de expedición de certificaciones literales, remitirse a las disposiciones del Registro Civil, el cual, sobre todo a raíz de su última reforma, refleja un criterio más restrictivo, con determinación taxativa de supuestos, entre los cuales contempla el de la adopción en términos más limitados que los establecidos por la Ley de 24 de abril de 1958 en el Código civil”. Debemos recordar que la redacción anterior del artículo 178 del Código civil restringía la publicidad registral única y exclusivamente para la adopción plena, mientras que ahora las normas vienen a ser de tipo general para toda adopción, como veremos.

Aparte la Legislación creadora del Registro Civil constituida por la Ley de 8 de junio de 1957 y Reglamento de 14 de noviembre de 1958, es preciso tener en cuenta el Decreto de 22 de mayo de 1969 por el que se modifican determinados artículos del Reglamento del Registro Mercantil, La Resolución de 24 de febrero de 1970 sobre Instrucciones en materia de Registro Civil a los juzgados de Paz y la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1970 sobre los cambios de apellidos.

Conforme a todo ello podríamos distinguir cuatro puntos claves en orden a estas inscripciones: a) Registro Civil competente. b) Forma y contenido de la inscripción. c) Valor de la misma y d) Publicidad.

- El Registro Civil competente para verificar la inscripción de la adopción es siempre el que contenga la inscripción de nacimiento del adoptado, (artículo 46 de la Ley del Registro

Civil, aunque, conforme al artículo 2 del Reglamento, los particulares podrán formular peticiones ante el Registro Civil de su residencia o domicilio cuando la Oficina competente, a la que se dará inmediato traslado, radique en otro término o demarcación. Caso de falta de competencia de cualquier Registro lo será el Central en la forma que establece el artículo 18 de la Ley.

- La forma de la inscripción se reduce a una anotación marginal. Dispone el artículo 46 de la Ley que la adopción se inscribirá al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento. Se verificará en virtud de copia de la escritura pública y, conforme al artículo 6 del Reglamento, en el plazo de tres días siguientes al otorgamiento de la escritura. En la inscripción se harán constar, según dispone el artículo 175 del Reglamento, si la adopción es plena o menos plena, debiendo entenderse reformado dicho precepto en el sentido de hablarse hoy día de adopción plena y simple. Igualmente se hará constar las circunstancias generales que establece la Ley y el Reglamento.
- El valor de la inscripción—como dice CASTRO LUCINI (58)—queda reducida a ser título legitimador, careciendo de valor constitutivo. La adopción no inscrita no puede, de otra parte, oponerse al tercero de buena fe.
- Respecto a la publicidad, la adopción se ajusta a las normas genéricas de la Ley y Reglamento del Registro Civil, por lo cual puede llegarse a su conocimiento a través de la manifestación y examen de los libros, así como a través de las certificaciones literales y en extracto (artículo 6 de la Ley).

Esta publicidad está también facilitada por la constatación que en el Libro de Familia y en el de Filiación se hace de la adopción, aunque en los casos de la adopción plena el artículo 36 se remite al 21 del Reglamento. Y los artículos 21 y 22 de dicho Reglamento, éste último reformado por el Decreto de 22 de mayo de 1969, precisan que no se dará publicidad, sin la autorización del Juez de Primera Instancia

(58) Op. cit., III parte, A. D. C., 1970, pág. 297.

- de las adopciones cuando el adoptado lleve como primer apellido el del adoptante, no necesitando dicha autorización
- en la adopción plena, el adoptado mayor de edad y en la menos plena (o simple, actualmente), el adoptante, el adoptado y los ascendientes, descendientes o herederos de uno y otro.

De las consecuencias de estas restricciones y de otras disposiciones de la legislación del Registro Civil, nos ocuparemos más adelante.

C) *Efectos de la adopción.*

Ya destacamos al hablar de las orientaciones el gran avance legislativo que suponía el efecto fundamental que se concede hoy día a la adopción en general: la equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos. Este avance se llevó a sus últimas posibilidades por la Ponencia frente al proyecto formulado por la Comisión de Justicia, sobre todo en lo que se refiere al aspecto sucesorio del que más adelante trataremos. El preámbulo de la nueva Ley dice que: "La Ley, al enunciar como norma general la equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos, salvo preceptos expresos en sentido distinto—los cuales principalmente han quedado circunscritos a algunos aspectos del régimen sucesorio—, se mantiene fiel a su tendencia muy difundida en el mundo que responde al frecuente deseo de los adoptantes y viene a potenciar el instituto de la adopción". El artículo 176 del Código civil en su nueva redacción dice en su primer párrafo: "En todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo".

Adoptando clasificaciones ya tradicionales en este punto, podríamos distinguir, a los efectos de precisar estos efectos, los que son puramente personales de los patrimoniales y sucesorios.

a) *Personales.*

Dentro de ellos es preciso destacar en forma general la orientación que la nueva Ley lleva en sí al procurar reforzar el *status* de hijo adoptivo iniciando una desvinculación entre el adoptado y la familia de origen. Para su precisión conviene distinguir:

1. *Patria potestad*.—Dispone a este respecto el artículo 176, 3, del Código civil que “la adopción confiere al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad”. La norma es de tipo general aplicable, por tanto, a la adopción simple como a la plena.

La nueva regulación unificada en este punto presenta esa idea antes apuntada de la desvinculación de la familia de origen que se manifiesta, a diferencia de la legislación anterior, en que cuando faltase el adoptante en la plena la patria potestad se extinguía y en la simple pasaba a los padres por naturaleza (arts. 179, 2.º, y 180 C. c.). Actualmente cuando se extinga la patria potestad del adoptante, el Juez proveerá a la guarda del menor, conforme a lo establecido en los capítulos II y IV del título IX, libro I. El Consejo de Familia se compondrá de las personas que el padre o la madre adoptantes hubiesen designado en su testamento o, en su caso, de cinco personas honradas, prefiriendo a los amigos de los adoptantes.

De otra parte, aunque parcialmente ya estaba recogida la norma, la prueba de la filiación legítima del adoptado, el reconocimiento de su filiación natural o la legitimación no afectan a la adopción (art. 177, 2, C. c.). Como vemos, a la dicción del antiguo artículo 175 del Código civil, en su último párrafo, se le ha agregado nada menos que la ineficacia de la prueba de la filiación legítima, sin perjuicio de que tanto los padres legítimos como los naturales puedan impugnar la adopción dentro de los dos años siguientes a la misma en los casos de no haber intervenido en el procedimiento (el art. 177 habla de “expediente”) o no haber prestado consentimiento, si probaren que fue por causa imputable a ellos (art. 177, 2.º, C. c.).

Debe también señalarse en este proceso desvinculador de la familia de origen el dato que ya apuntábamos al hablar de la definición que el Código civil hace de los abandonados y que exige el transcurso de “seis meses” (antes era preciso que transcurriesen tres años, conforme al art. 178, 2, del Código civil), sin que el padre, madre o tutor se “interese” por él de modo efectivo mediante actos que demuestren

su voluntad de asistencia. Antes, las meras preguntas o visitas por parientes del abandonado interrumpían ese lapso de tres años y hacían difícil la adopción a temprana edad. Ahora, la mera petición de noticias "no interrumpe por sí sola el referido plazo de seis meses" (art. 174).

Por lo que a la adopción plena se refiere, la desvinculación llega al máximo, pues según el artículo 178, 4, del Código civil, al adoptado no le serán exigibles deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, prescindiendo de las matizaciones que respecto de alimentos establecía la normativa anterior (art. 179, 2, y 3 C. c.).

Regla general, también en materia de patria potestad, es que cuando uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo del otro consorte, la patria potestad se atribuirá a ambos por el orden establecido en el artículo 154, 1.º, del Código civil; esto es, al padre y en su defecto a la madre. Con esta disposición se hace incierta la dicción del artículo 168 del Código civil en la redacción que al mismo le dio la Ley de 24 de abril de 1958: "Las ulteriores nupcias del padre o de la madre no afectarán a la patria potestad...". El signo legislativo español es el de la precipitación y, sobre todo, el de no saber o no querer afrontar en los casos inevitables de reformas parciales un retoque general de la legislación, que queda afectada por la reforma.

Lo dicho del artículo 168 del Código civil puede predicarse del artículo 47 del Código civil. Conforme a dicho artículo, si se tratase de hijos adoptivos, se pedirá la licencia para el matrimonio al adoptante. En su defecto, si la adopción es plena, se solicitará del Consejo de Familia; si es menos plena (ahora simple), antes que a éste, se pedirá a las personas de la familia natural a quienes corresponda. Y esta normativa era lógica antes de la última reforma, pues en el caso de la adopción menos plena, en defecto del adoptante, la patria potestad pasaba a los padres por naturaleza; pero ahora hemos visto que, en defecto de la patria potestad del adoptante, la institución tutelar y el Consejo de Familia son las personas encargadas de la guarda del menor adoptado.

Y la pregunta surge inmediata: ¿Debemos entender derogadas estas disposiciones que están en contradicción con la nueva reglamentación—entre ellas, el artículo 168, 47, y otros que veremos del Código civil y 1.831 y 1.832 de la L. E. C.—o debemos hacerles decir cosa que no dicen? La actual Ley reformadora del Código civil en materia de adopción no ha tenido ni la más previsora disposición derogatoria en lo que contradiga a sus preceptos y, sobre todo, en esa normativa de prohijamientos, acogimientos y demás figuras colindantes con la adopción.

Debemos, sin embargo, respetar esa disposición del artículo 166 del Código civil, en el cual al padre adoptante en forma menos plena (ahora simple) se le priva del usufructo de los bienes de los hijos adoptivos, así como de la administración de dichos bienes, salvo que presten fianza a satisfacción del Juez para asegurar sus resultados. Digo que debemos respetar esta disposición—que al contrario de las otras no está en contradicción con la nueva normativa—, pues en ella se prevé que “en todo lo no regulado expresamente de *modo distinto* por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo” (art. 176 C. c.).

2. *Vínculo parental*.—Dispone actualmente el artículo 176. 3, del Código civil en forma general que: “La adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales”.

Creo que el comentario más acertado—y, por tanto, más previsor en este punto del vínculo parental—es el que adelantó PRÑAR LÓPEZ (59), en su conocidísimo trabajo, diciendo: “Tan parcos y limitados son los efectos que estatutariamente nacen de la adopción, que puede preguntarse si en nuestro Derecho es lícita la frase *filiación adoptiva*, como paralela a la *filiación legítima* y *filiación natural*, toda vez que si el vínculo de filiación confiere un *status* de pa-

(59) Op. cit., págs. 171 y sigs.

dre y de hijo y por *status*, hemos de entender, al decir de FALZEA, una cualidad personal que coloca al sujeto en una situación jurídica compleja, integrada por todo un sistema de derechos y deberes, difícil resulta atribuir dicho *status filiationis* a las personas ligadas por el vínculo civil de la adopción. En efecto, el *status filiationis*, aparte de las acciones de impugnación y de reclamación, viene caracterizado, como se desprende de los artículos 114, 127 y 134, por un triple derecho del adoptado al nombre, a la prestación alimenticia y a la sucesión. Pues bien, el examen más ligero y superficial de los artículos 175, 176 y 177 del Código civil pone de relieve que, estatutariamente, del vínculo adoptivo no surge más derecho que el de exigir la prestación alimenticia. El derecho al nombre y el derecho a la sucesión son fruto de la simple estipulación de las partes".

Estas ideas, escritas en el año 1950, no fueron plenamente recogidas por el legislador del año 1958, aun cuando algo se adelantó en materia de adopción en aquella reforma legislativa, pero lo grave es que tampoco ahora se ha llegado a su plenitud. Es bien cierto que la Ley proclama la existencia de parentesco entre adoptante y adoptado, y que el hijo adoptivo tiene los mismos derechos y obligaciones que el legítimo, pero a la hora de concretarse esta afirmación legislativa quiebra en algunos puntos. Es bien cierto que, en la adopción plena, los derechos al nombre, a los alimentos y a la sucesión (con cierta restricción que luego veremos) parecen afirmar ese *status filiationis* de que nos habla PIÑAR LÓPEZ; pero en la adopción simple, la afirmación legal quiebra en el derecho al nombre (que sólo surge de la estipulación expresa de la escritura pública) y en el Derecho sucesorio, donde los derechos y obligaciones de padre e hijo legítimo se transforman en padre e hijo natural (art. 180 C. c.).

El vínculo parental, aparte de esta triple dirección apuntada, se circunscribe a una relación entre adoptante y adoptado y descendientes de éste (no dice si legítimos o naturales, cosa que antes se reducía a los legítimos, según

el art. 174 C. c.), eliminando toda relación del adoptado con la familia del adoptante. Es decir, la familia del adoptante (ascendientes, descendientes, colaterales y afines) no quedan vinculados con el adoptado y son considerados como "extraños", salvo el caso de impedimentos matrimoniales. Este caso lo recoge el artículo 84, 5, y 6 del Código civil: que impide el matrimonio al padre o madre adoptante y el adoptado; éste y el cónyuge viudo de aquéllos; y aquéllos y el cónyuge viudo de éste; los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, mientras subsista la adopción. Como vemos, al haber suprimido la palabra «legítimos» del vínculo de parentesco que une al adoptante con los descendientes del adoptado obliga a plantear el problema de si el artículo 84, 6, del Código civil debe comprender también a los descendientes naturales dentro de los impedidos para contraer matrimonio con el adoptante.

3. *Derecho al nombre*.—Aquí, la regulación de este derecho es preciso escindirlo, pues no es común a las dos clases de adopción. La distinción entre la plena y la simple es decisiva:

— En la adopción plena, el artículo 178 del Código civil dispone que: "El adoptado, aunque constare su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes". Para asegurar esta "ficción legal", la legislación anterior imponía silencio al Registro Civil respecto de los apellidos que en el acto de nacimiento se hubiesen impuesto al adoptado, ni de dato alguno que revelase su origen, y solamente con autorización judicial se podía lograr una certificación literal.

La legislación actual, tras establecer en el artículo 175 que el Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal, dice el preámbulo de la Ley, que en lugar de regular el derecho de expedición de certificaciones literales, se remite a las disposiciones del Registro Civil, el cual, sobre todo a partir de la última reforma, refleja un criterio muy restrictivo en este punto. Como de esta materia hemos de tratar más adelante al

afrontar los problemas de las sucesiones, transmisiones y liquidaciones, junto con las cuestiones que de ellas se desprenden y del silencio que la Ley impone, sólo diremos aquí que son fundamentales los artículos 17, 19, 21, 22, 27 y 29 del Reglamento del Registro Civil, reformado parcialmente por el Decreto de 22 de mayo de 1969. También debemos citar los artículos 201 al 204 del mismo Reglamento, que regulan lo relativo al nombre del adoptado y que, por lo que a la adopción plena se refiere, disponen que cuando la adopción se hace por varón, tiene por el mismo orden los apellidos del adoptante; pero si el adoptante es mujer, llevará sus dos primeros apellidos, pudiéndose invertir el orden de los mismos en la escritura o después, con sujeción a las formalidades de la adopción (art. 201 del Reglamento del Registro Civil). Expresamente regula la forma de hacer la modificación de apellidos posteriormente a la adopción el artículo 203 del mismo Reglamento (60). Es regla substantiva e importante la que recoge el artículo 204 del mismo Reglamento, al establecer que el adoptado transmite a sus descendientes el primer apellido, alcanzando el cambio de apellidos a los sujetos a la patria potestad y a los demás descendientes que expresamente lo consientan en la propia escritura o dentro de los dos meses siguientes.

No se regula, por ser posterior la reforma, los complicados casos que pueden surgir en caso de adopciones de hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptivos del consorte, sobre todo cuando se trata de la adopción plena.

- En la adopción simple, el derecho al nombre depende de la estipulación que expresamente se establezca en la escritura de adopción. Dice a este respecto el artícu-

(60) Artículo 203: «El uso de los apellidos del adoptante, su anteposición o la sustitución de los apellidos no naturales, puede establecerse después de la adopción con sujeción a las formalidades de ésta, o a petición del adoptado, por autorización de Ministerio de Justicia, si el adoptante o sus herederos y, por sí o sus representantes legales, el cónyuge y descendientes de aquél lo hubieran consentido».

lo 180, 2, que: "En la escritura de adopción podrá convenirse la sustitución de los apellidos del adoptado por los del adoptante o adoptantes, o el uso de un apellido de cada procedencia, en cuyo caso se fijará el orden de los mismos. A falta de pacto expreso, el adoptado conservará sus propios apellidos".

Completa esta disposición el Reglamento del Registro Civil, que prevé el caso de que se estipule el uso de apellidos del padre o madre adoptantes, pero "sin señalar el orden". La redacción del actual artículo 180 en este punto parece más exigente que la anterior, ya que antes se hablaba de que "podrá usar el apellido... si se expresa en la escritura..., en la que en tal caso se establecerá el orden en que haya de usarlos". Actualmente parece que lo facultativo es la estipulación de la sustitución de apellidos, pero es imperativo la fijación del orden de los mismos. No obstante, cabría también la interpretación—para así dejar a salvo el artículo 202 del Reglamento del Registro Civil y, por supuesto el artículo 56 de la Ley del mismo Registro—, considerando que el orden debe fijarse siempre cuando se estipule el uso de un apellido de cada procedencia, en caso de ser dos los adoptantes... Suponiendo que esté vigente el artículo 202 del Reglamento del Registro Civil, diremos que en el mismo se establece que, en el caso de no señalar orden y hacerse la adopción por el padre, se antepondrá al primer apellido natural el del adoptante, y en caso de ser mujer la adoptante, el apellido primero de ésta precederá al segundo del adoptado. Los apellidos *no naturales* pueden ser sustituidos en todo caso en la escritura, según la línea, por los del adoptante. Debe tenerse en cuenta también la disposición transitoria 6.ª del Reglamento del Registro Civil, que arbitra unas normas para cuando no se hubiera establecido el orden de apellidos en la adopción.

4. *Otros efectos personales.*—Para no hacer excesivamente larga esta exposición, agrupamos dentro de este epígrafe otros que vamos a sintetizar en aras a la brevedad:

- Deuda alimenticia. La redacción anterior establecía este derecho del adoptado y del adoptante, subordinándolo al preferente de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos; pero desde el momento en que la Ley equipara al adoptante y al adoptado como padre e hijo legítimo, atribuyéndoles los mismos derechos y obligaciones, queda claro que les son aplicables sin restricciones las normas que el Código civil establece sobre la deuda alimenticia (arts. 142 al 153 del C. c.). Ello quiere decir que nunca en el orden de parientes con derecho a alimentos pueden ser preferidos a los adoptivos—como antes lo eran por virtud del artículo 174 del Código civil—los hijos legítimos y los naturales reconocidos. El criterio orientador que trata de desvincular al hijo adoptivo de la familia natural se refleja en el último párrafo del artículo 178, referente a la adopción plena que libera al adoptado de todo deber con los ascendientes o colaterales por naturaleza, lo cual implica que no “deba” alimentos a dichos parientes.

La disposición anterior, que establecía la conservación de los derechos de alimentos del adoptado frente a su familia natural cuando no los pueda obtener del adoptante, deben reputarse derogados por el criterio desvinculador que la legislación persigue y solamente en los casos de que la impugnación de la adopción logre la extinción de la adopción, podría hablarse de este derecho del adoptado y, como es lógico, del correspondiente a los padres por naturaleza, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código civil.

- Defensa tutelar. Estimamos que la antigua disposición del artículo 174 del Código civil, en el que al hablar de la tutela y defensa del ausente se concedía derecho de preferencia a los hijos legítimos y a los naturales reconocidos, ha quedado derogada y es preciso sostener hoy día en pie de igualdad al hijo adoptivo con el legítimo por la equiparación que a éstos y otros efectos hace el artículo 176 del Código civil.

Pueden señalarse dentro de estos efectos el trato de favor que se dispensa a los extranjeros menores de edad que hubiesen sido adoptados por españoles en orden a la adquisición de la nacionalidad española, pues el plazo queda reducido a una vecindad de dos años (artículo 20 del Código civil en su redacción de 15 de julio de 1954). Igualmente cabe incluir aquí el artículo 58, 1, de la actual y vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, en el que se concede al adoptado el derecho a suceder en el arriendo al fallecimiento del inquilino si la adopción se realizó antes de los dieciocho años. Iguales condiciones exige el artículo 24, 1, para que el inquilino pueda subrogar en sus derechos al hijo adoptivo, exigiéndose, además, una convivencia habitual con dos años de antelación.

El Reglamento del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de 15 de octubre de 1958, reformado parcialmente por la Orden de 3 de febrero de 1964, se refiere a los hijos adoptivos, pero no los pone en pie de igualdad con los legítimos. A ellos se refería el antiguo artículo 71 y actualmente lo hace el 82 a los efectos de obtener los complementos o las pensiones de viudedad u orfandad. Y dice dicho artículo que se entiende por familia del Registrador, aparte de la viuda, los hijos legítimos, legitimados y naturales reconocidos; los adoptivos, que podrán obtener de la Mutualidad el complemento que les correspondería de tener igual pensión de Clases Pasivas que los hijos legítimos, siempre que no haya otros familiares con derecho preferente a la pensión. El párrafo 2 de dicho artículo precisa por remisión quién debe entenderse por familia del personal auxiliar.

b) *Patrimoniales o sucesorios.*

Una de las principales materias afectadas por la reforma legislativa es la que se refiere a los efectos patrimoniales o sucesorios del hijo adoptivo. De todos es conocido el primitivo sistema del Código civil, en el que se atisbó un sistema sucesorio del hijo adoptivo en el artículo 177 y que provocó diversos trabajos de gran altura doctrinal (61), que fueron el precedente del sistema

(61) CASTÁN TOBEÑAS (J.), *La sucesión «ab intestato» del hijo adoptivo*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1916, págs. 39 y sigs.; CABELLO, *Derechos hereditarios de los hijos adoptivos en el Código civil*, Madrid,

que implantó definitivamente la Ley de 24 de abril de 1958, basándose fundamentalmente en el sistema del "pacto sucesorio" y que, como es lógico, damos por conocido.

El proyecto presentado por la Comisión de Justicia a las Cortes eliminaba o superaba el sistema de pacto sucesorio, pero complicaba de una forma extraordinaria el problema sucesorio, ya que, después de equiparar a los hijos adoptivos con los legítimos, deslindaba unos supuestos de concurrencia, tanto en sucesión testada como en la intestada que con sólo su lectura se nublaba la visión jurídica del problema. La discusión parlamentaria fue dura y llena de sugerencias, precisándose dos posturas: la de los que trataban de equiparar al hijo adoptivo con el legítimo (y ahí—según dijo el Procurador FANJUL—puede estar el éxito o el fracaso del proyecto) y la que pretendía la equiparación al hijo natural reconocido. Triunfó la posición intermedia que recoge la actual redacción del Código civil: en la adopción plena, el hijo adoptivo ocupa la misma posición que los hijos legítimos, con las dos particularidades siguientes: si concurre con hijos legítimos no podrá ser mejorado más que el hijo legítimo menos favorecido, y si concurrese con hijos naturales, cada uno de ellos no podrán percibir menos porción que el adoptivo (art. 179 C. c.).

Se completa la regulación estableciéndose en el mismo artículo 180 que los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de los padres legítimos. Los parientes, por naturaleza, no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812 del Código (art. 179 C. c.).

Para la adopción simple, la equiparación al hijo legítimo no fue posible. El hijo adoptivo, aunque para otros efectos sea legítimo, ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos. El adoptante, por su parte, ocupa en

1917; ROBLES, *¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?*, en esta REVISTA, 1942, págs. 464 y sigs.; DE LA CÁMARA ALVAREZ (M.), *Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil*, «Revista de Derecho Privado», 1951, págs. 89 y sigs.; VALVERDE Y VALVERDE (C.), *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, pág. 460; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, tomo II, página 134; ORTEGA LORCA, en la 5.ª edición de MUSCIUS SCAEVOLA, tomo III, páginas 728 y 729; VALLET DE GOYTISOLO (J.), *La donación «mortis causa» en el Código civil*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo V, página 762, etc.

la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural (art. 180 C. c.).

Explica esta nueva regulación el preámbulo de la Ley, diciendo que: "Con la atribución a adoptado y adoptante de la posición sucesoria del hijo y del padre legítimos, el Proyecto agota las posibilidades de favorecimiento del vínculo adoptivo. El no poder recibir, por vía de testamento, el hijo adoptivo más que el legítimo menos favorecido, no es un límite propiamente dicho, sino más bien la consecuencia de la estricta equiparación que de lo contrario resultaría desbordada. Alguna atenuación de la regla ha de reconocerse, en cambio, en la hipótesis del hijo adoptivo único". Y por lo que se refiere a la adopción simple, dice dicho preámbulo: "Superado el sistema, a la par insuficiente y expuesto a complicaciones, del pacto sucesorio, al hijo adoptivo en la adopción simple se le reconocen por la Ley unos derechos que tienen considerable entidad y sobrepasan incluso a los hasta ahora otorgados por la adopción plena".

En la única disposición transitoria de la Ley se dispone la posibilidad de que las adopciones anteriores a la vigencia de la presente disposición puedan adaptarse a sus disposiciones, diciendo que en el caso citado puede "quedar sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado". De las repercusiones que el sistema sucesorio plantea y de esta situación transitoria hablaremos posteriormente al enfrentar el problema con el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora.

D) *Extinción de la adopción.*

Como la adopción—decía el preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1858—ha de gozar de la mayor estabilidad por afectar profundamente al estado y condición de las personas, sería perturbador dejar su subsistencia supeditada a la voluntad, concorde o unilateral de los interesados. Por ello, ya en dicha legislación se estableció el principio de que la adopción era irrevocable.

Actualmente, con la nueva redacción de la Ley de 4 de julio de 1970 se dice en su preámbulo que: "La extinción de la adopción continúa sometida a causas taxativas, en las que ha procurado acentuarse el matiz restrictivo. De ahí que tenga el verda-

dero significado de principio jurídico básico la irrevocabilidad proclamada al frente del artículo correspondiente. La norma, ya establecida en el texto anterior acerca de que el reconocimiento de la filiación no afecta a la adopción, comprende en el Proyecto, además, el supuesto de la prueba de la filiación legítima".

Bajo este principio general y esas orientaciones se dispone en el artículo 176 del Código civil:

"La adopción es irrevocable.

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

Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción:

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

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

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

Aparte el avance ya señalado por el preámbulo, debemos señalar—con relación a la legislación anterior—que los plazos para la petición de extinción se han acortado sensiblemente, pues de cuatro pasan a ser de dos años, y ese derecho del padre o madre legítimos, para pedir la extinción de la adopción, ciertamente contrario, como decía ESPÍN CÁNOVAS (62), al principio de irrevocabilidad, se condiciona—como dicho autor apuntaba—al cumplimiento de ciertos requisitos, entre los cuales figuran la prueba de su falta de intervención en el expediente, su falta de consentimiento y su inimputabilidad por estos hechos.

(62) ESPÍN CÁNOVAS (D.), *Una nueva familia civil: la adoptiva*, Salamanca, 1963. págs. 6 y 14.

No cabe duda que, aunque en la actualidad no se reproduce lo que disponía el artículo 176 en orden a la nulidad de la adopción (será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos), la norma sigue siendo la misma, y toda adopción que no se ajuste a lo preceptuado en la Ley queda viciada de nulidad por disponerlo así genéricamente el artículo 4 del Código civil.

III

REPERCUSIONES REGISTRALES DE LA NUEVA REGULACIÓN

Expuesta en forma genérica la reglamentación actual de la adopción y afrontando solamente aquellos problemas que hemos considerado de cierto interés, debemos en esta tercera parte del trabajo enfocar el estudio de la adopción, frente a una institución que en su función publicitaria exige para el despliegue de sus efectos que los actos que puedan provocar sus asientos sean válidos y estén ajustados a la Ley. Nos estamos refiriendo al Registro de la Propiedad que, con su principio de calificación, hace de gran juez para decidir si el acto que se pretende inscribir se encuentra tramitado con arreglo a la Ley. Para gozar de la publicidad y protección que el Registro de la Propiedad otorga es preciso someterse al control de la legalidad.

La equiparación que la Ley hace entre hijos legítimos y adoptivos, y las limitaciones que la Ley del Registro Civil impone para el conocimiento de la cualidad de adoptivos de los hijos, no serían ciertamente dificultades si sólo existiese un hijo adoptivo y no hubiese concurrencia de hijos adoptivos con legítimos, legitimados, naturales y adoptivos que legalmente ostentan diferentes derechos frente al adoptado. Existiendo estas diferencias, tanto en la adopción plena como en la simple, la falta de publicidad del Registro Civil ha de dificultar enormemente la tramitación de los actos patrimoniales y sucesorios en los que intervenga un hijo adoptivo y, además, concurren otros que no lo sean o que, siéndolo, hayan sido adoptados de nuevo. Sólo con hacer un repaso general de instituciones, como el testamento, la preterición, la

desheredación, la representación, la sustitución, la sucesión *ab intestato*, las reservas, las reversiones, las enajenaciones, cancelaciones, etc., hemos de ver cómo hay algo difícil de encajar sin la potente ayuda de la publicidad del Registro Civil.

En las lecturas apresuradas, hechas para redactar estas líneas, encontré unos párrafos que me han impresionado y que creo ya he citado en este trabajo. Se refieren a que la "ficción jurídica", creada por la adopción, debe ser llevada hasta los últimos extremos, haciendo siempre creer al adoptado, que es de derecho y de hecho, hijo legítimo. Dice MADRUGA MÉNDEZ (63) que: "La cuestión tiene caracteres dramáticos cuando el menor cree ser hijo del matrimonio que lo ha formado, y a quien se producirá duro quebranto, con repercusiones morales y psíquicas irreparables, en muchos casos, si se le descubriera su verdadera situación. Desde el punto de vista de la formación espiritual de los niños, ha interesado fundamentalmente evitar toda causa que pueda provocar penosos procesos que alteren el psiquismo infantil y originen estados de inferioridad". Pero este gran secreto—muy parecido en su montaje a la institución de los Reyes Magos—debe ser revelado, como dice CASTRO LUCINI (64), en el momento de morir el adoptante y sucederle el adoptado. El aspecto fiscal de la adopción y las inevitables operaciones registrales a que dará lugar una testamentaria abren el secreto de la adopción y ponen al adoptado frente a una dura realidad: «*La Ley te ha considerado como legítimo, pero te ha mentido, tú no eres más que un adoptado*». Sin poder entrar ahora en los nuevos procesos educativos ni en sus directrices principales, ni en la problemática de la juventud actual, lo cierto es que la línea que parece apuntarse en el proceso educativo es la de la claridad, el de la ausencia de mentira, el de la sinceridad. Nos extenderíamos demasiado al intentar desarrollar este punto, y por ello solamente cabe una cita de LÓPEZ IBOR en su conocido libro *Rebeldes* (65), en donde se dice que "la tradición es la hipocresía; el progreso, la sinceridad", aunque tampoco se descarta la posibilidad de una hipocresía que "es creadora como la sinceridad".

Por todo ello entiendo que si la juventud actual avanza con

(63) Op. cit., pág. 780.

(64) CASTRO LUCINI (F.), *Los derechos sucesorios del hijo adoptivo*, «Anuario de Derecho Civil», 1962, pág. 654.

(65) LÓPEZ IBOR (J. J.), *Rebeldes*, Editorial Rialp, 1965, págs. 52 y 57.

plena capacidad recepticia de sinceridades, y de exigencias de éstas, no puede hablarse de *traumas psíquicos* y procesos que originen estados de inferioridad. Los padres adoptantes deben afrontar ese problema como uno más de los educativos del niño que va creciendo. O eso, o que la Ley arbitre un sistema de "ficción legal" llevada a los últimos extremos, donde en ningún momento—ni siquiera el fiscal—pueda el niño adoptado descubrir su verdadero origen. Esto es, habría que regresar históricamente a la institución germánica del procedimiento simbólico, imagen de la generación presunta, del *perpallium et indusium*, de la que hablaba con auténtico ardor un amigo facultativo, al decirme, "ya que estamos mintiendo, hagámoslo con todas las consecuencias: finjamos una maternidad".

Prescindiendo de estas consideraciones que sólo trataban de centrar el momento culminante del descubrimiento de la cualidad de hijo adoptivo—de la que nadie tiene por qué avergonzarse—, pasemos al examen de una serie de problemas que la nueva reglamentación provoca en relación con el Registro de la Propiedad:

A) *El problema del pacto sucesorio.*

Del pacto sucesorio solamente cabe hablar actualmente como simple problema transitorio. Desaparecida en la [regulación vigente la "delación contractual" que provocaba el contrato sucesorio, no cabe abordar el problema de la inscripción registral de dicho pacto que la escritura de adopción podía contener.

El pacto sucesorio contenía una vocación hereditaria que atribuía al adoptado la simple e irrevocable cualidad de heredero sin concesión de "titularidad actual" sobre los bienes del adoptante, suponiendo solamente para éste una limitación en sus facultades dispositivas *mortis causa*. La proyección registral de este pacto sucesorio podía tener realidad al amparo del artículo 80 del Reglamento Hipotecario, que admite, como sabemos, la inscripción de bienes adquiridos o que hayan de adquirirse en lo futuro, en virtud de contrato sucesorio, pero que al intentar llevarlo a la práctica en materia de adopción chocaba con ciertas dificultades en orden al asiento o asientos a practicar. Nosotros hicimos ya un

estudio (66) con carácter de pioneros, concluyendo que era muy difícil predicarse la posibilidad de una inscripción, de una anotación preventiva o de una simple nota marginal, sobre todo si esa inscripción se pretendía realizar antes del fallecimiento del causante adoptante.

Por ello, la supresión del pacto sucesorio no va a provocar alteraciones en las posibles situaciones registrales. Dificilmente encontraremos casos de inscripciones de pactos sucesorios de hijos adoptivos, salvo que éstos hubieran concretado la sucesión a bienes determinados o que se hayan realizado una vez fallecido el adoptante. No obstante, para aquellos casos existentes convendría tener muy presente una norma de Derecho transitorio de cierta trascendencia registral. Dice la disposición transitoria única de la Ley de 4 de julio de 1970 que: "Las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones, siempre que concurren los requisitos y formalidades en la misma exigidos, pudiendo en tal caso *quedar sin efecto el pacto sucesorio* si hubiera mediado".

Esta última frase supone negar el carácter de "irrevocable" que la legislación anterior atribuía al pacto sucesorio y admitir su revocabilidad mediante un concierto de voluntades. La Ley, sin embargo, no declara nulo el pacto, sino "sin efecto". No dice la Ley "sin ningún efecto", sino "sin efecto", esto es, sin el efecto principal que la misma producía: la delación hereditaria. Publicada esta delación por el Registro, cuando recaiga sobre bienes concretos, ofrecerá sin ninguna duda ciertas dificultades el problema de su cancelación, ya que los principios de publicidad que rigen la institución registral seguirán publicando, salvo que se cancelen los asientos respectivos, una delación hereditaria y una limitación dispositiva. Creemos que la posible cancelación de esas inscripciones puede llevarse a cabo mediante la nueva escritura pública que deje sin efecto el pacto sucesorio y en la que estimo imprescindible que se consienta expresamente en la cancelación con arreglo al artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

(66) CHICO ORTIZ (J. M.ª) y BONILLA ENCINA (J. F.), *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1968, tomo II, 2.ª edición, en pág. 38.

B) *La sucesión testada y la intestada del adoptante frente al Registro.*

La proyección registral de la sucesión solamente tiene lugar en el momento del fallecimiento del adoptante o adoptantes, basándose sobre un título testamentario o *ab intestato*, y un documento particional, cuyo contenido será distinto, según se trate de adopción plena y simple y según la clase de sucesión. Por ello, vamos a distinguir una y otra clase de adopción y en ellas una y otra clase de sucesión:

- a) *Adopción plena.*—La norma general que establece el artículo 176 del Código civil, diciendo: “En todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo”, viene confirmada para la adopción plena en materia sucesoria, diciendo, por ello, el artículo 179 del Código civil que el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos con ciertas particularidades.

La actual regulación ha simplificado enormemente la que figuraba en el proyecto de la Comisión de Justicia, pues en él si bien se partía del mismo principio general de equiparación del adoptivo con el legítimo, se restringía el poder dispositivo del adoptante y los supuestos de concurrencia quedaban poco claros y difíciles de resolver. Prescindamos de ellos en aras de claridad.

— Si la sucesión es testada, el hijo adoptivo tiene los mismos derechos legitimarios que los hijos legítimos, pero con una restricción, pues concurriendo sólo con hijos legítimos, y tratándose de sucesión *testamentaria*, no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido (art. 179, regla 1.ª, del C. c.).

Ante esta redacción se ofrecen dos dificultades. Una, es la de saber cuándo el hijo adoptivo concurre con hijo legítimo, pues no debemos olvidar que el adoptivo es considerado como legítimo en todo lo no expresa-

mente dispuesto en contrario. La única *pista* para lograr descubrir esta situación es la manifestación del adoptante o adoptantes, ya que la legislación del Registro Civil cierra la expedición de certificaciones, limitando así la eficacia publicitaria. Por lo pronto, la certificación en extracto no da fe de la filiación, y tratándose de adoptados, mencionará únicamente el nombre del padre y madre cuyos apellidos ostentan en primer lugar (art. 29 del Reglamento del Registro Civil). A falta de manifestación del adoptante—que si mentalmente tiene el gran temor del *trauma psíquico* que puede causar al adoptado no dirá nada—habrá que acudir al examen directo, certificación o nota simple informativa, todo ello a juicio del Encargado del Registro, si se solicita por Autoridad o Funcionario, cuando lo exijan los asuntos de su respectiva función (artículo 19 del Reglamento del Registro Civil), o también a la certificación literal con autorización judicial concedida a quien o quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedirla (art. 21 del Reglamento del Registro Civil). Como en la adopción plena ésta debe ser *conjunta* y los apellidos de los adoptantes se anteponen siempre a los de la naturaleza, la equiparación con los hijos legítimos es prácticamente absoluta en este punto. Sólo en los casos de cónyuges separados, de viudos, de solteros y de cónyuges respecto de hijos del nuevo consorte, podría descubrirse por el funcionario la cualidad de adoptado. En los demás casos es preciso exigir certificación literal.

La segunda dificultad reside en esa palabra que el artículo 179, regla 1.ª, utiliza para matizar la concurrencia. ¿La limitación testamentaria de la mejora se refiere solamente al caso de que el adoptivo concorra “sólo con hijos legítimos” o se da también en aquellos casos en que el adoptado concurre con legítimos, naturales, legitimados y adoptivos? Las reglas interpretativas enseñan que las normas limitativas deben ser interpretadas, no con generalidad, sino ciñéndolas al caso

que el legislador pretende aplicarlas y sin extenderlas por analogía a otros supuestos. A pesar de la redacción, creo que la presencia de hijos legítimos, aun concurriendo con naturales, legitimados y adoptivos, debe mantener el límite que el artículo señala, pues de lo contrario el hijo legítimo que concurriese *solamente* con el adoptivo se beneficiaría de la disposición, viéndose perjudicado el también hijo legítimo que concurriese con otros hijos de diversa procedencia.

Parece que la disposición legal trata de evitar la desigualdad solamente en el *tercio de mejora* y, por ello, la disposición del tercio libre a favor del adoptivo no violaría la normativa del Código civil. No obstante, el proyecto en su redacción no concretaba así la norma, ya que hablaba genéricamente, diciendo que los hijos adoptivos "no podrán percibir más que el hijo legítimo menos favorecido". El sentido restrictivo de la limitación y la palabra *mejora*—aunque no esté precedida del sustantivo "tercio"—hace inclinarse al intérprete por la limitación reducida al tercio de mejora, entendiendo siempre que el otro tercio lo es, efectivamente, de libre disposición.

Hemos apuntado al comienzo que la equiparación entre legítimos y adoptivos sólo tenía la restricción, en la sucesión testamentaria, que la de la concurrencia con los primeros de los segundos, lo cual es bien cierto. ya que la concurrencia con hijos naturales no supone restricción, sino aumento de derechos para los hijos naturales. Conforme al apartado 2.º del artículo 170 del Código civil: "Si concurriere con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo". La gran meta a alcanzar por el hijo natural reconocido es o la de ser hijo adoptivo o la de concurrir con hijos adoptivos, pues la concurrencia con los legítimos no le beneficiaría. En efecto, conforme al artículo 840 del Código civil, en caso de concurrencia con hijos legítimos, los naturales reconocidos solamente tienen derecho a la mitad de la cuota que co-

responde a cada uno de los legítimos no mejorados, si cabe dentro del tercio de libre disposición, pudiendo satisfacer la legítima en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación.

Entiendo que cuando concurren con hijos adoptivos—aunque éstos, a efectos sucesorios, puedan ser considerados como legítimos—la norma del artículo 840 del Código civil no tiene aplicación. En primer lugar, porque ya el artículo 179, regla 2.^a, eleva la cuantía de los hijos naturales concurrentes con los adoptivos a la misma porción que éstos, lo cual supone no aplicación del artículo 840 del Código civil, y, en segundo término, porque la excepción que representa el artículo 179 del Código civil, frente al 840 del mismo cuerpo legal, no solamente ha de referirse a la cuantía, sino a la forma de pago que estimo que el hijo adoptivo no puede reducir a dinero o a otros bienes de la herencia a justa regulación. No obstante, caben opiniones en contra y, sobre todo, esa norma genérica del artículo 176 del Código civil, en la que se dice que: “En todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo”, y “expresamente” en el artículo 179 del Código civil no se cercena este derecho.

El artículo 840 del Código civil y su norma complementaria o modificativa del 179, regla 2.^a, será de difícil compaginación en el caso de que concurren hijos legítimos, naturales reconocidos y adoptivos, supuesto claramente advertido por la nueva reforma en diversos artículos. La concurrencia con los legítimos limita a la mitad la de los hijos naturales, pero la concurrencia con los adoptivos eleva la cuantía a la misma que corresponde a los adoptivos, que solamente no supera a la de los legítimos en el tercio de mejora. La limitación frente al hijo legítimo y la elevación frente al adoptivo parecen chocar abiertamente.

Juegan en esta institución testamentaria el problema de la preterición, aunque éste está ciertamente

salvado en parte por esa norma del artículo 772 del Código civil (redactado de acuerdo con la Ley de 24 de abril de 1958), en el que se dispone: "En el testamento *del adoptante*, la expresión genérica hijo o hijos comprende a los adoptivos". Aunque esta norma, lo mismo que la citada anteriormente de la concurrencia con los hijos naturales reconocidos, exige demostraciones ulteriores, pues no debemos olvidar que aquí se habla de *testamento del adoptante*. Otro problema en orden a la preterición lo trataremos más adelante, pero se circunscribe a esa frase que emplea el legislador en el artículo 179, último párrafo, al considerar aislados de todo derecho, salvo el del artículo 812 del Código civil, a los parientes *por naturaleza*, dicción demasiado amplia que puede incluir hasta los descendientes legítimos o naturales del hijo adoptivo...

Las instituciones de la transmisión de derechos sucesorios y las sustituciones no creo tengan inconveniente en su aplicación a los casos del adoptado en su calidad de hijo legítimo "asimilado". Pudiera plantear algún problema la desheredación en alguno de los supuestos, ya que habla el artículo 853, 1.º, de haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o *ascendiente* que le desherede. El hijo adoptivo no tiene deberes respecto de la familia del adoptante y, por ello, al *ascendiente*, aunque se le nieguen alimentos, será siempre con justo motivo.

- Si la sucesión es intestada debemos acudir a los llamamientos legales que para la misma establece el Código civil. Por ello, estimamos aplicables los artículos 930 y siguientes del Código civil, sin que en caso de concurrencia con hijo legítimo pueda aplicarse la norma restrictiva que expresamente dispone el Código civil en su artículo 179, regla 1.ª, para la «sucesión testamentaria».

El problema surge cuando la concurrencia sea de hijos adoptivos e hijos naturales reconocidos, cosa siempre poco facilitada en su conocimiento por el legislador. En este caso que no puede estimarse circunscrito a la

sucesión testamentaria, pues de lo contrario se hubiese expresado en la forma que lo hace la regla 1.^a, la concurrencia de hijos adoptivos con hijos naturales hace que estos últimos no puedan percibir menos porción que el adoptivo (art. 179, regla 2.^a). Conforme al artículo 942 del Código civil, en el caso de quedar descendientes o ascendientes legítimos (y hay que incluir ya en el primer grupo a los adoptivos por lo dispuesto en el artículo 179 del Código civil), los naturales y legitimados sólo percibirán de la herencia la porción que se les concede en los artículos 840 y 841 del Código civil. Creo que la doctrina que debe prevalecer es la del artículo 179 del Código civil, en cuanto ofrece un trato de favor para los hijos naturales reconocidos, pero para que ello sea viable y no se aplique el artículo 942 en su remisión al 840 del Código civil, es preciso demostrar que el hijo que aparentemente pasa como legítimo descubre su verdadera identidad (67).

- b) *Adopción simple*.—La equiparación que el artículo 176, 1.º del Código civil hace entre hijos adoptivos e hijos legítimos prevé la posibilidad de que esta equiparación se haga ilusoria en caso de que la Ley regule “de modo distinto” las consecuencias de esa asimilación. Este es precisamente el caso en que entra en juego una regulación diferente, pues el artículo 180 del Código civil dispone que el hijo adoptivo ocupe en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos. Siguiendo la misma orientación que hemos hecho en la adopción plena, distinguimos:

— Si la sucesión es testamentaria, la posición del hijo adoptivo como hijo natural reconocido es la que le corresponde en dicha sucesión, con lo cual habrá que traer a colación los artículos 840 y siguientes del Código civil para su debida aplicación a cada uno de los casos que se vayan presentando. Como el hijo adoptivo “simple” puede tener los apellidos del adoptante o adoptan-

(67) Al considerar aplicables los artículos 930 y siguientes del Código civil doy por supuesto que entra en juego el llamado derecho de representación.

tes, o el uso de un apellido de cada procedencia, dependiendo todo de la estipulación de la escritura pública correspondiente, los casos de calificación de tal hijo adoptivo (por conservar sus propios apellidos) o de hijo adoptivo "inducido" de certificación registral, son más viables. Si el adoptivo conserva sus propios apellidos es fácil que el liquidador en su cometido y el Registrador en su calificación descubran su verdadera cualidad y, caso contrario, el Reglamento del Registro Civil en su artículo 22, reformado por el Decreto del 22 de mayo de 1969, dispone que en caso de adopción simple no es precisa autorización judicial para obtener certificación literal cuando la solicite el adoptante, el adoptado y los ascendientes, descendientes o herederos de uno y otro. Con lo cual, los posibles casos de concurrencia de herederos, legítimos, legitimados o adoptivos, pueden ser solucionados más fácilmente.

- Si la sucesión es *ab intestato*, la norma anterior sigue siendo la misma, ya que el adoptivo se considera como natural reconocido. El proyecto que presentó la Comisión de Justicia era excesivamente complicado en este punto, haciendo inviable la aplicación del artículo 942 del Código civil con su remisión al 840 del mismo cuerpo legal (68). Hoy día creemos aplicables sin dificultad los artículos 939 al 945 del Código civil con las limitaciones que luego diremos referidas a la sucesión *ab intestato* del hijo natural. Al considerar aplicables los citados artículos damos por supuesto la aplicación del derecho de

(68) Dicho proyecto en el párrafo 3.º del artículo 180 del Código civil decía: «El hijo adoptivo ostenta en la herencia del adoptante la misma posición que los legítimos si no concurre con éstos, con la limitación establecida en la regla tercera del artículo anterior (si el hijo adoptivo único no concurre con otros hijos, el adoptante sólo habrá de respetar en su testamento, en concepto de legítima del hijo, un tercio de la herencia). En caso de concurrir, le corresponderá una cuota igual a la mitad de la legítima estricta de los hijos legítimos. Si concurren hijos naturales reconocidos e hijos adoptivos, recibirán éstos el mismo trato que aquéllos...» Es claro que cuando no concurrían hijos legítimos, los adoptivos tenían el mismo trato, pero cuando en vez de hijos legítimos concurren naturales reconocidos, éstos se equiparan en derechos a los adoptivos, lo cual impedía la aplicación de los artículos 942 del Código civil con su remisión al 840 del Código civil.

representación en la forma que determinan los artículos antes citados.

C) *La sucesión testada y la intestada del adoptado frente al Registro.*

Para la exposición de este punto debemos descender a la doble distinción que hicimos con el adoptante considerando que la adopción sea plena o simple. Las normas generales aquí son prácticamente las mismas, ya que rige el principio de equiparación entre padre adoptante y padre legítimo, salvo las excepciones que presenta la adopción simple. Marginalmente está la llamada familia natural frente a la cual el adoptado no tiene ningún derecho, aunque dichos parientes pueden tenerlo en cierto caso, quedando la duda de si dichos parientes siguen teniendo obligaciones sucesorias frente al adoptado. Procedamos ordenadamente:

- a) *Adopción plena.*—El testamento del hijo adoptivo no tiene, lógicamente, tanta trascendencia como el del adoptante, en el cual se trata de asegurar la subsistencia del hijo adoptivo. No obstante, la equiparación que el Código civil hace entre padre adoptante y padre legítimo a los efectos sucesorios con la frase “los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos” (art. 179, párrafo 2.º), provoca ciertos requisitos a tener en cuenta en el ejercicio de la testamentificación activa del hijo adoptivo.

— Toda la problemática de la sucesión testamentaria reside en salvar el peligro de la preterición que en caso de la adopción plena comprende no solamente los descendientes del adoptado, sino, en su caso, los cónyuges adoptantes, ya que en esta clase de adopción el acto debe ser de “consuno”, salvo los casos de viudez, soltería, separación y adopción de propios hijos naturales (artículo 178, 1.º, C. c.). La preterición no puede alcanzar más allá de los descendientes y padres adoptantes, pues los ascendientes (posibles abuelos del adoptado) no causan parentesco con el adoptado (art. 176, 2, C. c.). También

es interesante apuntar que al adoptado no se le exigen deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza (art. 178, 4.º, C. c.), lo cual excluye de la temida institución de la preterición a dichos parientes. Solución ésta que viene ratificada por el artículo 179, 3.º, del Código civil, al decir que: "Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812 del Código civil".

Debemos fijarnos en la redacción del artículo 179, 3, del Código civil, que habla de que "los parientes por naturaleza" no ostentan derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, lo cual hace que con esta *dicción amplia* debamos eliminar de posibles pretericiones—y consiguientes llamamientos en la sucesión intestada—a los descendientes del menor adoptado, bien sean legítimos, legitimados o naturales reconocidos. ¿Esta interpretación es correcta? Atendiendo a los términos de la Ley no habría ningún inconveniente en afirmarla, pues está hecha en forma muy general y sólo salva de esta prohibición que afecta a los "parientes por naturaleza" a los ascendientes del adoptado que, conforme al artículo 812 del Código civil, pueden suceder con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad. Pero este derecho que se ha querido reconocer a los ascendientes, padres y abuelos por naturaleza [véase la amplitud de este derecho en el proyecto (69)], es preciso relacionarlo con el artículo 178, 4, del Código civil, en el que la *dicción legal* parece ajustarse a sus propios términos, circunscribiendo los *parientes por naturaleza* a los ascendientes y colaterales, dejando abiertas y apli-

(69) «Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado. Sin embargo, en caso de morir éste, intestado y sin descendencia, dejando bienes o derechos adquiridos a título lucrativo de sus parientes por naturaleza, le sucederán en ellos estos parientes según las reglas de la sucesión intestada». Daba pie esta redacción a comprender no sólo a los padres, sino a los ascendientes y colaterales.

cables las normas legales que rigen la legítima de los hijos y descendientes, legítimos, legitimados y naturales reconocidos, indudablemente también parientes por naturaleza.

Queda en pie el problema de si en la sucesión testada del padre o madre por naturaleza del hijo adoptivo deben respetarse los derechos legitimarios que la Ley concede a todo hijo legítimo. En la legislación anterior el artículo 174 del Código civil en su párrafo 5.º establecía el principio general que el adoptado conservaba los derechos sucesorios que le corresponderían en la familia por naturaleza. En la misma forma se pronunciaba el proyecto de Ley que presentó la Comisión de Justicia a las Cortes. No obstante, en el texto definitivo ha desaparecido tal reserva de derechos y la duda está en si se conservan los mismos o deben considerarse, por el silencio legal, que dichos parientes naturales nada tienen que respetar frente al hijo que es adoptado. Al exponer los criterios orientadores de la reforma dijimos que una de las finalidades perseguidas por la legislación actual es la de "desvincular" al hijo adoptivo de su familia natural, pero aun así creo que debe prevalecer la norma anterior que respeta los derechos del adoptivo frente a la familia natural en base de dos razones:

- 1) Si así no fuera las adopciones que se ajusten a la nueva regulación pondrían en duda el principio de los derechos adquiridos y, aparte de ello, considero que todo lo que pueda beneficiar al adoptivo debe ser respetado.
- 2) El pronunciarse en sentido contrario lleva consigo a una grave situación, pues si conforme a la Ley cabe la adopción de los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptivos del otro consorte, resulta que al ser adoptados pierden la posibilidad de heredar a la madre o padre "por naturaleza" que al contraer matrimonio "aportó" al mismo una serie de hijos que fueron adoptados por el cónyuge. La adopción en este supuesto supondría disminución de derechos, y esta idea, pre-

vista o no por el legislador, creo que no pudo ser querida por el mismo.

Supuesto ese principio la práctica exige una viabilidad para el mismo, pues el cambio de apellidos que supone la adopción plena y la restricción en torno a la obtención de certificaciones del Registro Civil dificultarán a la hora del otorgamiento del testamento y de la inscripción registral—salvo excepcionales supuestos de declaración de verdad—la consiguiente incursión en la institución de la preterición.

- Tratándose de sucesión *ab intestato* también existen ciertos problemas que se hace preciso exponer. La consideración de padre adoptante e hijo adoptivo, como si se tratase de un vínculo legítimo, lleva consigo la aplicación de los artículos 930 y siguientes del Código civil, aun y a pesar de la poco afortunada dicción del Código civil en su artículo 179, párrafo último, en el que se excluye a los “parientes por naturaleza” de todo derecho hereditario por ministerio de la Ley.

Por todo ello cabe apuntar que la posible falta de descendientes del adoptado hace entrar en la sucesión al padre adoptante que ocupa la postura de padre legítimo, siendo excluidos los padres *legítimos* del adoptado en virtud de lo que dispone el artículo 179, 3, del Código civil, en su última redacción. No obstante, los “ascendientes” del adoptado que muera *sin posteridad* (70) tienen derecho de suceder, con exclusión de otras personas, en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión o en las acciones o en los bienes que los hayan sustituido si los permutó o cambió. Es una claudicación legislativa a favor de los parientes legítimos basada en el artículo 812 del Código civil.

Como la adopción no causa parentesco más que entre adoptante de una parte y adoptado de otra, con-

(70) Ver fundamentalmente el trabajo de MEZQUITA DEL CACHO, *Recobro «mortis causa» de donaciones a descendientes*, «Anuario de Derecho Civil», 1958, página 21.

forme al artículo 176, no puede hablarse de sucesión a favor de *parientes colaterales*, esto es, de hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos del padre adoptante. Creo que lo mismo debe predicarse del caso en que los adoptados sean más de uno, pues no pueden ser considerados como hermanos, ni como medio **hermanos** a los efectos del artículo 946 y siguientes del Código civil. Ajustándose un tanto a la letra del Código civil, la adopción, conforme al artículo 176, solamente causa parentesco entre el adoptante, o adoptantes, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra. Creo, fundamentalmente, que en contra de esta interpretación no debe alegarse el principio general de que al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo, pues la misma Ley ya dice que "en todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley" esta asimilación no debe entenderse como cierta. Pues bien, uno de esos casos es precisamente el de que la adopción no causa parentesco más que entre adoptante o adoptantes y adoptado y sus descendientes. No obstante, no hay que olvidar que "todos" los hijos adoptivos en forma plena ocupan en la *sucesión del adoptante* la misma posición que el hijo legítimo, pero tampoco debe olvidarse que se está refiriendo el Código civil a la herencia del adoptante y no del adoptado.

Debemos destacar otro supuesto un tanto problemático y es el del hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo del consorte del adoptante. El futuro padre o madre del consorte adopta a cualquiera de estos hijos o a todos, lo cual supone que si el hijo o hijos adoptivos tiene o tienen hermanos legítimos, legitimados o naturales o nacen del matrimonio realizado, deben ser tenidos en cuenta para la sucesión *ab intestato* posible, pues si la adopción no crea más que un parentesco entre adoptante y adoptado, aquí en el adoptado se reúnen dos condiciones: la de hijo y hermano o medio hermano legítimo y la de adoptado. La adopción no puede despojar de su cualidad de legítimo al que lo fue-

ra. La multiplicación de supuestos se hace difícil de exponer en estos casos, pero si queremos citar el caso del hijo adoptivo del consorte que es adoptado por el nuevo cónyuge, que adquiere derechos sucesorios del nuevo adoptante, pero que no causa parentesco ni respecto de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos del nuevo padre o madre adoptivos, ni, como es natural, respecto de los adoptivos que el padre o madre tuvieran.

A falta de descendientes, padre o madre adoptante o padres adoptantes, hermanos (que como hemos visto es difícil su existencia), ni cónyuge viudo, será llamado a la sucesión el Estado.

b) *Adopción simple*.—Para este caso la normativa se refiere únicamente a la posición que tanto en la sucesión testada como en la intestada ocupa el adoptante: la equivalente a la del padre natural. Siguiendo las distinciones que hemos venido haciendo debemos separar los casos de la sucesión testada y la intestada.

— Si la sucesión es testada procederá la aplicación del discutido artículo 846 del Código civil, que atribuye por reciprocidad al padre o madre natural el derecho de sucesión que la Ley da a los hijos naturales. Nada dice el Código civil, ni lo decía antes, de la familia por naturaleza o de origen a diferencia del caso de la adopción plena en la que los parientes por naturaleza quedan excluidos como hemos visto. Si el legislador español hubiese querido excluir a dichos parientes lo hubiese hecho expresamente. No obstante, el respeto de esos derechos plantearía auténticos problemas de muy difícil solución. Suponiendo que al momento de hacer testamento el adoptado en forma simple conserve sus propios apellidos y no tenga descendientes, deberá respetar la legítima de sus padres y los derechos que el artículo 180 concede al padre adoptante. Muerto sin descendientes, ¿cómo se compatibilizarían los derechos suce-

sorios de los padres por naturaleza y los del padre adoptante?

MADRUGA MÉNDEZ (71) ya planteó el problema siguiendo las sugerencias expuestas por ESPÍN CÁNOVAS, para quien era extraño que ningún precepto del Código se refiriera a los derechos sucesorios en la adopción menos plena. "Este silencio, unido a la expresa privación en la adopción plena, y a la existencia de derechos sucesorios en la adopción única anterior a la reforma (si bien no enunciada de modo expreso), permiten afirmar la existencia de derechos hereditarios en favor de la familia de origen; congruentemente debemos negar tales derechos al adoptante, no porque exista precepto que así lo disponga, sino por una coherente interpretación de la institución". La argumentación servía para la reglamentación anterior, pero es difícil de encajar en la actual, ya que el reconocimiento de los derechos del adoptante parece excluir los derechos de la familia natural. Lo que sí es evidente es que si la adopción simple se convierte en plena—por estar en el caso del artículo 172, 2, del Código civil—, la familia por naturaleza deja de tener esa expectativa sucesoria.

- Si la sucesión es *ab intestato* la aplicación de las normas del Código civil destinadas a la misma no ofrecen dificultad. Vuelve a plantearse aquí el problema de la familia natural y su posible llamamiento. De otra parte al permitirse la adopción de hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptivos del otro consorte, la apertura de una sucesión *ab intestato* de un hijo legítimo adoptado, supone tener en cuenta a los posibles colaterales caso de que se den los supuestos para su llamamiento. El hijo legítimo de viuda que tenga más hermanos y solamente sea adoptado por el futuro marido de su madre, no pierde su cualidad de hermano legítimo y sus hermanos seguirán manteniendo los derechos que les conceden los artículos 946 y sigs. del Código civil.

(71) Op. cit., pág. 768.

D) *Reservas y reversión.*

Realmente el problema de las reservas afecta muy poco al Registro de la Propiedad. No hay que olvidar esa norma reglamentaria recogida en el artículo 265 del Reglamento Hipotecario en el que se dispone que "En tanto los reservistas no hagan constar expresamente el carácter de los bienes reservable de los bienes los Registradores se abstendrán de asignarles este carácter al practicar los correspondientes asientos..." No obstante plantearemos unos casos en los que a nuestro juicio puede surgir tanto la reserva clásica, como la del 811 del Código civil.

El caso de la reserva clásica supone que un viudo o viuda pase a segundo matrimonio y tenga del primero hijos o descendientes. Como los hijos que el viudo o viuda traiga al segundo matrimonio pueden ser legítimos, legitimados, naturales reconocidos o adoptivos, debemos precisar si en todos esos casos surge la obligación de reservar. Conforme al artículo 971 (que habla de descendientes legítimos), la doctrina que lo interpreta y la jurisprudencia que lo aclara, es evidente que se excluye la reserva cuando existan hijos legitimados por concesión o naturales reconocidos, pues ninguno procede del matrimonio anterior. Nos queda ahora el caso del hijo adoptivo aportado por el viudo o viuda al nuevo matrimonio y adoptado o no nuevamente por el consorte. Si la adopción plena causa parentesco entre adoptante y adoptado, si al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo y si en la sucesión del adoptante el adoptivo ocupa la posición de hijo legítimo y viceversa, parece indudable la aplicación del artículo 968 en caso del segundo matrimonio del adoptante.

Otra cosa puede opinarse en el caso de que la adopción sea "simple", pues, en ese caso el padre y el hijo adoptivo, aunque en principio, deben ser considerados como padre e hijo legítimo, a la hora de precisar sus derechos sucesorios se les considera como padre e hijo natural, lo cual, conforme al artículo 971 del Código civil, elimina su posibilidad. Pudiera darse un caso de reserva en el supuesto de viuda con descendencia legítima que adopta durante su viudez. Esto es, estaríamos ante un caso que guarda cierta analogía con el 980 del Código civil.

Puede darse el caso de la reserva lineal del artículo 811 del Código civil en aquellos supuestos en los que se adopta a un hijo legítimo del nuevo consorte, se contrae matrimonio y se produce el supuesto de hecho que da lugar a la reserva lineal: fallece la madre y le heredan sus hijos (entre los que está el adoptivo), premuere el adoptivo sin haber otorgado testamento y le hereda el padre adoptante. Pero este supuesto al suponer *un nuevo matrimonio* provoca una colisión de reservas que tradicionalmente se ha solucionado dando preferencia a la viudal frente a la lineal (S. 4 de enero de 1911 y 22 de enero de 1922), criterio mantenido por opiniones doctrinales de tanto prestigio como ROCA SASTRE (72) y VALLET DE GoytisoLo (73), aunque otra cosa pudiera deducirse de la S. de 30 de mayo de 1956 que niega esa incompatibilidad.

Respecto al derecho de recobro o reversión del artículo 812 del Código civil es clarísimo, como vimos antes, que la Ley se lo concede a los parientes por naturaleza del adoptado plenamente. Es el único derecho sucesorio que se les reserva dificultado en su realización por el criterio restrictivo en orden a la averiguación del hecho jurídico de la adopción. Creo, sin embargo, que la prueba de la filiación legítima del adoptado, a pesar de la dicción del artículo 177 del Código civil, *afecta* a la adopción en este punto concreto del derecho de reversión. Hemos restringido el supuesto a los hijos legítimos, pero como es natural la amplitud o restricción del supuesto del artículo 812 del Código Civil reside en esa famosa frase "muertos sin posteridad" y en la interpretación que a ella se le da (74). Estimo que este derecho, tratándose de la adopción plena, puede entrar en juego respecto del adoptante que es considerado legalmente como padre legítimo, sin que pueda tener la amplitud del artículo 812 que habla de "ascendientes".

E) *Inatacabilidad de ciertos actos patrimoniales.*

Es principio general de la adopción, tanto en la actual regulación como en la anterior, que se trata de un acto *irrevocable*

(72) ROCA SASTRE (R. M.), *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1948, páginas 303 y sigs.

(73) VALLET DE GoytisoLo (J.), *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil*, «Anuario de Derecho Civil», 1957, págs. 327 y sigs. y otros diversos trabajos.

(74) Ver la nota número 64.

y que las causas que pueden producir su extinción, limitadas al máximo, aun teniendo éxito no pueden alcanzar a los efectos patrimoniales anteriormente producidos (artículo 177 del Código civil). Prácticamente venía a estar así dispuesto por la anterior legislación, aunque las palabras no fueran las mismas (75). Ello supone confirmar el criterio de la teoría de los derechos adquiridos y el principio de la no retroacción de las leyes. De entre los muchos actos que podemos citar considerándolos firmes, vamos a señalar los siguientes:

1. La donación hecha por el adoptante a favor del adoptado se hace irrevocable cuando se extinga la adopción, sin que puedan entrar en juego ninguna de las causas que la puedan provocar conforme a los artículos 644 y siguientes del Código civil (supervivencia o superveniencia de hijos, incumplimiento de condiciones e ingratitud). Claro está que con arreglo a la dicción legal la extinción de la adopción no alcanza a los efectos patrimoniales *anteriormente producidos*, lo cual nos llevaría a un análisis minucioso del momento de producción del efecto. Tratándose de donaciones, el caso puede ser éste: hecha la donación y no aceptada la misma por el donatario, sino después de provocada la extinción. ¿Debemos considerar irrevocable dicha donación al no estar perfecta antes de la extinción de la adopción? Los supuestos podrían multiplicarse.
2. La sucesión en el arriendo por fallecimiento del inquilino, en este caso el adoptante, así como la subrogación que la L.A.U. regula y que ya vimos venían establecidos en los artículos 58,1 y 24,1 del texto vigente de 24 de diciembre de 1964, deben ser actos irrevocables aunque se provoque posteriormente a ellos la extinción de la adopción.
3. Igualmente consideramos irrevocable, aunque solo tenga aspectos patrimoniales muy remotos, la nacionalización llevada a cabo conforme al artículo 20 del Código civil en su redacción de 15 de julio de 1954.

(75) «En los casos en que se declare extinguida la adopción quedará sin otros efectos que los ya consumados» (art. 175 del Código civil en su anterior redacción). Como vemos, era más amplia la conclusión legislativa.

La lista podríamos prolongarla, pero en honor a la brevedad dejamos al pensamiento del que leyere el completo de la misma.

F) Enajenaciones y otros actos jurídicos.

Bajo este epígrafe señalaremos esquemáticamente una serie de actos que por la equiparación legal entre adoptante y adoptado como padre e hijo legítimo nos llevan de la mano a la aplicación de preceptos jurídicos que el legislador español pensó para la situación creada por la naturaleza, pero que ahora debemos reputarlos aplicables a estos supuestos de "ficción legal":

- a) Conforme al artículo 176 del Código civil en su nueva redacción la adopción, en general, confiere al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad. Lo cual nos lleva a la aplicación no sólo de los artículos 154 a 158 del Código civil en el aspecto personal de la relación, sino los artículos 159 a 166 en lo que tradicionalmente se ha venido llamando doctrina de los peculios, así como en materia de enajenación de bienes inmuebles y la institución del defensor judicial (aunque el orden de llamamientos tendrá que ajustarse a lo que dispone actualmente el artículo 176 del Código civil).

Lo dicho se refiere en general para la adopción, pero no debemos olvidar que la adopción simple (o menos plena) tiene un precepto especial en el artículo 166 del Código civil en el que el padre adoptante no se le concede el usufructo y la administración de los bienes del adoptado hasta que se preste la correspondiente fianza a satisfacción del Juez o de las personas que deben concurrir a la adopción, lo cual supone que hasta que esa fianza no esté constituida no entrará en juego el artículo 164 del Código civil.

- b) Conforme a los artículos 644 y siguientes del Código civil, el mero hecho de ocurrir el nacimiento de un hijo legítimo, legitimado por subsiguiente matrimonio o natural reconocido, la donación puede ser revocada. Esta disposición provoca el problema de si la revocación de donaciones también puede producirse en el caso de que el donante adopte a una per-

sona. Si la equiparación entre hijos legítimos e hijos adoptados debemos llevarla a todos aquellos casos en los que no se regule por la Ley de modo distinto (artículo 176 del Código civil) es evidente que las razones de la revocación deben ser idénticas y, por ello, debe estimarse aplicables al caso de adopción los posibles de revocación. En este supuesto debe estimarse indiferente los efectos de la revocación el que la adopción sea plena o simple.

- c) En la legislación hipotecaria también existen ciertos preceptos que por razón de la asimilación legal de los hijos adoptivos con los legítimos deben ser aplicados. Así tenemos en materia de cancelaciones el artículo 82 de la Ley Hipotecaria y su concordante 178 del Reglamento Hipotecario. Conforme a este último el representante legal—y en la adopción esta representación corresponderá durante la menor edad del adoptado al padre o madre adoptantes—puede consentir la cancelación de la inscripción o anotación hecha a favor del adoptado, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la legislación civil para la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales constituido sobre los mismos, esto es, se cumpla lo dispuesto en el artículo 164 del Código civil. No obstante, no será precisa la autorización judicial cuando se trate de renunciaciones o donaciones a favor de hijos representados por el padre o la madre, salvo el caso de la oposición de intereses del artículo 165 del Código civil en que será preciso el defensor judicial.

Claro está que toda esta normativa no exige la “prueba” de la cualidad de hijo adoptivo y padre o madre adoptantes, pues al ser igual las posiciones y no existir matices diferenciales, las normas se aplicarán haciendo caso omiso de la situación que las provoca. No obstante, como la adopción tiene dos matices según sea plena o simple, todo lo dicho es aplicable a la plena, pero para la simple existe el precepto especial del artículo 166 del Código civil en el que para que el padre o madre adoptantes puedan tener el usufructo y la administración es necesaria la prestación de la fianza correspondiente, no pudiendo mientras tanto proceder a la cancelación en calidad de representantes legales.

Como estimo aplicables a la adopción las instituciones jurídicas de la emancipación y habilitación de edad, es preciso también dar entrada al párrafo 3 del artículo 178 del Reglamento Hipotecario en cuanto admite la posibilidad de practicarse cancelaciones otorgadas exclusivamente por los menores emancipados o habilitados de edad.

La materia referente a las hipotecas legales, tanto en lo que se refiere a la hipoteca por razones de patria potestad como por razón de tutela, debe reputarse aplicable al hijo adoptivo y, por ello, cuando el padre o madre adoptantes contraigan nuevo matrimonio surge la obligación de dicha hipoteca en los términos que previene el artículo 168, 3, de la Ley Hipotecaria y preceptos concordantes de la misma Ley y Reglamento Hipotecario. Igualmente cuando se extinga la patria potestad y surja la tutela del hijo adoptivo, surgirá también la obligación del tutor señalada en el número 4 del artículo 168 de la Ley Hipotecaria en orden a la hipoteca legal.

IV

LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES

El momento más difícil de salvar por el hijo adoptivo el padre o madre adoptantes es aquel en que tiene que enfrentarse al Fisco, pues éste por todos los medios a su alcance intentará descubrir la verdadera situación existente a los efectos de que la tributación que corresponde a la herencia del adoptante o a la del adoptado se ajuste al rigor legal que se separa de esa pretendida equiparación entre hijos legítimos y adoptivos. Hacer pasar por hijo legítimo al que solo lo sea adoptivo supone un posible fraude fiscal (76).

(76) MERCEDES FORMICA, en el *A B C* del día 27 de agosto de 1970, decía: «Quienes me leen saben que he mantenido el criterio de llegar a la destrucción de las partidas literales de nacimiento de los hijos adoptivos, siguiendo el ejemplo del Código chileno, por entender que sólo razones de índole económico-material se oponían a ponerlo en práctica. Ahora debemos aceptar la realidad. La Ley reformada mantiene las partidas originales, lo que significa que tarde o temprano los niños conocerán su origen. Colocados en ese trance, no hay duda que lo más conveniente para ellos es que sepan cuanto antes la verdad.

Parece ser que el legislador civil ha tenido la habilidad suficiente para que este aspecto fiscal quede a salvo, ya que en el tantas veces repetido artículo 176 del Código civil se establece que "en todo lo no regulado expresamente de forma distinta por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo". Regulado en forma distinta y expresamente se encuentra el aspecto fiscal de la adopción.

Conforme a los artículos 41, 42 y disposición transitoria 4 del Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados de 6 de abril de 1967, la adopción, tanto si es plena como simple, no provoca la asimilación que la Ley civil establece:

- Si la adopción es plena tributará por el número 2 de la Tarifa y, en su caso—si la adquisición hereditaria es superior a 10.000.000 de pesetas—, por la letra B) del número 8. Esta Tarifa o este número de Tarifa es gravoso para el adoptado, pues corresponde, no a la que se aplica para los descendientes legítimos y cónyuges (núm. 1), sino a la que corresponde a los ascendientes legítimos que oscila entre el 5 y el 26 por 100. Sin embargo, el adoptante es asimilado por el Fisco al ascendiente legítimo sobre la posible creencia de que, generalmente, es difícil que el adoptado deje fortuna a favor del adoptante y sobre esa Ley natural de que la muerte del adoptante sea anterior a la del adoptado.
- Si la adopción es simple o menos plena, el artículo 42 que la sucesión que se cause entre adoptantes y adoptados tributará por el número 3 de la Tarifa y, en su caso—cuando exceda de 10.000.000 de pesetas—, por la letra C) del número 8, cuando los adoptados tuvieran menos de veintiún años al tiempo de otorgarse la escritura de adopción. Esto es,

Existen muchos padres adoptantes que aceptan este principio por tener fe ciega en los lazos indestructibles del vínculo adoptivo. A su entender, el niño que tiene una infancia sin complejos, por creer padres por naturaleza, a quienes no lo son, viven una ficción, un engaño. La adopción debe llevar tal fuerza en sí misma que sea capaz de hacer la felicidad del niño formándose equilibrado y sin complejos».

se les aplica la escala que grava las sucesiones entre ascendientes y descendientes por afinidad que va del 23 al 55 por 100.

En forma transitoria, la disposición 4.^a aplica esta misma escala a las adopciones otorgadas antes del 1 de abril de 1945, cualquiera que sea la edad de los adoptados, a las adopciones realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley de 24 de abril de 1958 y a las adopciones cuya escritura sea anterior al 1 de julio de 1964, si el adoptado fuese menor de treinta años en esa fecha.

Todo ello supone la inevitable necesidad de investigar la situación adoptiva por parte del liquidador del impuesto, a fin de evitar el correspondiente fraude. Investigación dificultada enormemente por la legislación del Registro Civil. La escritura de adopción puede ser no solamente un medio de prueba, sino la prueba definitiva; pero lo difícil es lograr descubrir el lugar del otorgamiento y la fecha, pues de lo contrario el sistema de remisión de índices no supone control directo para este acto.

Queda pendiente para la adopción simple el problema de si deberá aplicarse el párrafo 22 del artículo 21 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales en su último inciso, esto es, cuando dice: "En otro caso, tributarán por la escala de las herencias, entre personas extrañas, salvo que por razón de parentesco le corresponda otra menor". Hemos visto que para que la adopción simple tenga el trato de favor de la aplicación de la escala de sucesiones entre ascendientes y descendientes por afinidad (núm. 3 de la Tarifa) es preciso que el adoptado tenga menos de veintiún años al otorgarse la escritura de adopción. Caso de no tenerlos, aunque la Ley nada dice a este respecto, es lógico pensar que debe aplicársele la regla restrictiva que impone el Reglamento, pues de lo contrario sobra esa referencia a los veintiún años. Y ello a pesar de ese parentesco que dice el Código civil, que nace de la adopción entre el adoptante y adoptado.

Debe entenderse aplicables a la adopción, ya que ésta crea ese parentesco entre adoptante y adoptado y descendientes de este último del que nos habla el artículo 176 del Código civil, el artículo 74 del Texto Refundido de los Impuestos de Sucesiones y Trans-

misiones de 6 de abril de 1967, y en el cual se dispone: "Las transmisiones onerosas de bienes y derechos otorgadas por los ascendientes a favor de sus descendientes se liquidarán por el número correspondiente de la Tarifa del Impuesto de Sucesiones, si las cuotas resultantes fueran superiores a las derivadas de la aplicación del Impuesto General sobre Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados". Realmente, el precepto tendrá siempre o casi siempre una aplicación efectiva, pues raro será el caso en que el tipo de transmisiones patrimoniales supere al de Sucesiones.

Ante todo ello cabe apuntar esa falta de coordinación legislativa cuando se acomete una reforma parcial de la normativa vigente, aunque en este caso el Código civil con su ficción ha dado un quiebro al legislador fiscal, que tendrá que afinar mucho para que siga tributando por su verdadera escala la adopción realizada u optar por una modificación, en la que la adopción, si es que de verdad quiere facilitarse, tribute como si de hijos y ascendientes legítimos se tratase (77).

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ,
Registrador de la Propiedad.

(77) Entrego este artículo el día 30 de septiembre de 1970 y al corregir pruebas veo que la «Revista de Derecho privado» publica un artículo de CASTÁN VÁZQUEZ sobre *La descendencia del adoptante como obstáculo para la adopción* (mes de octubre) y que esta REVISTA en su número 480 de septiembre-octubre inserta un trabajo de RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, titulado *Reflexiones sobre el nuevo artículo 179 del Código civil*. Ninguno de estos dos artículos han sido tenidos en cuenta en este trabajo mío en su fase gestatoria y en la sucesiva de corrección de pruebas. Lo lamento.