

Notas sobre perfección y forma en la adopción *

La pluralidad y ordenación de momentos formales—judicial, notarial y registral—prevista en nuestro Derecho para la adopción, hace dudar sobre cuál de ellos determina la perfección del acto y sobre su naturaleza unilateral o bilateral.

* * *

En la doctrina no se sostiene ya el carácter constitutivo de la inscripción; pero la elección entre las otras dos soluciones posibles sigue resultando difícil.

La opinión más extendida—últimamente PIÑAR y MADRUGA MÉNDEZ—entiende que se perfecciona con el otorgamiento de la escritura, erigida en forma *ad substantiam*; para PIÑAR, el consentimiento inicial del adoptante expresa sólo una pretensión procesal; la aprobación judicial supone—paralelamente a su función de *conditio turis* en el reconocimiento (art. 133 Cc.) y de constatación de libertad en el matrimonio (art. 86)—un control de la legalidad del acto y de su conveniencia al adoptado.

La tesis puede apoyarse en fuertes argumentos legales: a) antes del Código civil la aprobación judicial no se requería en todos los casos (cfr. art. 1.825 Lec.); en el Proyecto de 1851 no había fase

* Las presentes Notas son el contenido del correspondiente epígrafe de una exposición elemental del Derecho civil español, actualmente en elaboración. Fueron leídas y discutidas en el Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, en la sesión del 19 de febrero de 1965.

judicial, se perfeccionaba ante el alcalde, consignándose en escritura pública (art. 139); b) el modo de expresarse el artículo 176 Cc. responde al carácter previo, preparatorio, del expediente: el Juez «autoriza» la adopción y lo que «aprueba» es el expediente; c) según el artículo 1.831 Lec., el Juez concede licencia «para que se lleve a efecto» la adopción; d) el artículo 176 Cc. y los 1.826-1.828 Lec. usan el término «adoptando»; e) el artículo 174, § 3.º, declara irrevocables los derechos sucesorios «establecidos en la escritura de adopción»; f) en el expediente de los acogidos a Casas de Expósitos no recae consentimiento alguno que pueda constituir la materia del negocio jurídico (cfr. art. 176, § 2.º Cc.); etc.

Hay otros argumentos indiciarios: desde ser *communis opinio* hasta la inutilidad, en otro caso, de la escritura.

Frente a esta tesis, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE entiende que el acto se perfecciona con la firmeza del auto judicial y que la escritura es, en efecto, un requisito inútil. Puede fundarse esta tesis en que: a) el artículo 177 Cc. se expresa en pretérito y refiere la aprobación judicial a la adopción; b) los consentimientos se exigen en el expediente judicial, sin que ningún precepto del Código imponga que se reproduzcan en la escritura; c) el artículo 176, § 3.º, Cc., sanciona con nulidad la adopción en la que no se cumplan los requisitos judiciales y nada dice al respecto el artículo 177 en cuanto a la escritura; etc.

* * *

En relación íntima con el problema anterior, y supuesto que la adopción sea un negocio jurídico de Derecho de familia, cabe preguntar: ¿es unilateral o bilateral?...; previamente conviene resolver dos cuestiones: quiénes deben concurrir y otorgar, y si la escritura puede ampliar el contenido aprobado en el auto:

A. El artículo 1.831 Lec. ordenaba que en la escritura intervinieran «el adoptante, el padre o la madre del adoptando, y éste si fuere mayor de catorce años»; pero el Código sólo exige que los diversos consentimientos requeridos se manifiesten en el expediente a presencia judicial (art. 176, § 1.º). Para la escritura, el artículo 177 usa el impersonal «se otorgará», planteando el problema de si supone una modificación al sistema de la Lec.

Tanto la *praxis* notarial cuanto la doctrina civil siguen exigiendo —sin expresar el fundamento legal— la comparecencia y el consentimiento de todos los llamados al expediente y de nadie más.

B. La escritura, por supuesto, no puede contener estipulaciones contrarias a las aprobadas judicialmente, ni prescindir de éstas; pero, ¿puede ampliarlas?

Del artículo 177 Cc. se deduce que no: la escritura debe expresar «las condiciones con que se haya hecho»; pero el 183 autoriza al adoptado (con adopción menos plena) a usar el apellido del adoptante «si se expresa en la escritura», y le concede en su herencia «los derechos pactados en la escritura»; también el 174, que llega a usar la expresión «pacto sucesorio».

C. El consentimiento del adoptando, etc., ¿significa que el negocio es bilateral?

La afirmativa no es ineludible: puede ser considerado como *conditio iuris* de eficacia en un negocio unilateral, incluso como expresión de irrevocabilidad; así, las disposiciones sucesorias serían *mortis causa* pero no contractuales, aunque tampoco de última voluntad. Sin embargo, las expresiones de los artículos 174 y 180 (en especial «pacto sucesorio») parecen responder a su naturaleza bilateral.

Ello supuesto, ¿quiénes otorgan por el menor y el incapaz?... Respecto al menor, el artículo 178, en su versión originaria, exigía «el de las personas que debieran darlo para su casamiento», y por el incapacitado «el de su tutor»; la reforma de 1958 omitió esta dualidad y el nuevo artículo 178 exige, indistintamente, para el menor y el incapacitado, «el de las personas que debieran darlo para su matrimonio»..., con lo que cabe preguntar: ¿quién debe darlo para el del incapaz mayor de edad?... Pero, aun prescindiendo de esta omisión, es de señalar que, justificada la intervención de las personas llamadas a dar licencia para el matrimonio por el carácter personal del asunto y la función calificadora del expediente, no lo está tanto para el otorgamiento de un negocio jurídico de amplio contenido patrimonial.

Dentro del margen de opinabilidad que ofrecen estos planteamientos, cabría proponer las siguientes conclusiones:

1.^a La adopción se perfecciona con el otorgamiento de la escritura; el expediente cumple una función calificadora de la legalidad y conveniencia de la adopción; la resolución del Juez—requisito de validez—es propiamente una autorización o permisión.

2.^a Es negocio jurídico bilateral; se requiere aceptación del adoptado, y si fuese menor o incapaz, el de su representante legal: padre, madre o tutor. Una cosa es la representación del menor en la conclusión de un negocio jurídico y otra la licencia familiar para que se concluya.

3.^a En el expediente de adopción la voluntad del adoptante supone simple instancia procesal; el consentimiento de las personas llamadas a darlo para el matrimonio del menor o *incapaz* (?), y el del cónyuge en su caso, cumplen una función familiar semejante a la licencia para el matrimonio de aquél (arts. 46 y 47), para la legitimación por concesión (art. 125-4.º, etc.; el consentimiento del adoptando mayor de edad tiene esta misma función previa, permisiva: como la del reconocido mayor (art. 133, § 1.º); incluso la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal responde a idéntica finalidad, no existiendo familiares del reconocido menor (artículo 133, § 2.º).

4.^a La escritura puede contener, además de las condiciones aprobadas en el expediente, atribuciones gratuitas y estipulaciones benéficas para el adoptado.

* * *

Lo que sucede es que, admitida esta construcción, habrá que admitir también que el adoptante, tras la firmeza del auto judicial pero antes del otorgamiento de la escritura, puede desistir de la adopción, sin perjuicio de una especie de culpa *in contrahendo* o de responsabilidad análoga a la de incumplimiento injustificado de los esponsales (art. 44 Cc.).

La conclusión es grave, pero parece obligada consecuencia de

las anteriores, lo que obliga a tenerla presente antes de aceptar aquéllas. No creo fuese útil el expediente del *pactum*—aquí, mejor diríamos promesa—*de contrahendo*.

Hay que reconocer que tal explicación resulta extraña. Podría, quizá, configurarse como un negocio «bifásico» que, perfeccionado con el otorgamiento de la escritura, se inicia, como fase del *iter* de perfección, con la instancia procesal. En cierto modo es como la doctrina francesa consideró la regulación—hoy modificada—de la adopción en el *Code*, si bien en él la ordenación de los momentos formales era inversa: otorgamiento negocial y homologación judicial.

FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA.

Catedrático de Derecho Civil.