

Id Cendoj: 28079110012008100563  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1561/2001  
Nº de Resolución: 723/2008  
Procedimiento: Casación  
Ponente: IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x ADOPCIÓN x
- x IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS x

**Resumen:**

Habiéndose dictado Auto en expediente de jurisdicción voluntaria aprobando la adopción plena del demandante, no se otorgó en su momento la correspondiente escritura pública de adopción exigida por la redacción entonces vigente del Código Civil, por lo que se demanda por el adoptado a los tutores del adoptante -incapacitado judicialmente y, posteriormente en el transcurso del pleito, fallecido- para que se diese valor constitutivo de la adopción al citado Auto. El interés casacional invocado no existe, es artificioso, pues no se contradice la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por otra parte, se obvia interesadamente el presupuesto establecido por la norma cuya retroacción se pretende para que sea aplicable a procedimientos anteriores, cual es la voluntad de ambas partes de someterse voluntariamente a la nueva ley de adopción. Asimismo, la voluntad de no adoptar ha quedado suficientemente acreditada por declaración expresa de no otorgar la escritura pública de adopción hecha antes de su declaración de incapacidad, cuando gozaba de pleno uso de sus facultades mentales y físicas, voluntad que no puede ser interpretada de otra forma que como un arrepentimiento o rechazo a la adopción deseada en el pasado pero que no fue consumada.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Julio de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Mauricio Gordillo Cañas, en nombre y representación de D. Agustín, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 12 de febrero de 2001 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) en el rollo número 2856/2000, dimanante del Juicio de Menor Cuantía 838/1998 seguido en el Juzgado de Primera Instancia Número 20 de Sevilla. Es parte recurrida en el presente recurso D. Vicente y D<sup>a</sup>. Estela, representados por el Procurador de los Tribunales D. Luciano Rosch Nadal.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia Número 20 de los de Sevilla conoció el Juicio de Menor Cuantía 838/1998 seguido a instancia de D. Mauricio, contra D. Eduardo, representado por sus tutores D. Vicente y D<sup>a</sup>. Estela. La parte actora formuló demanda en fecha 2 de diciembre de 1998, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado que dictase sentencia «por la que, estimando esta demanda, se contengan los siguientes pronunciamientos: A) Declarar que el auto del Juzgado de Primera Instancia nº Dos de esta Capital, de fecha 21 de Diciembre de 1972 , dictado en el expediente de jurisdicción voluntaria seguido ante dicho Juzgado con el número 302/72 , que autorizó o aprobó la adopción plena de Don Mauricio por parte de Don Eduardo, tiene por sí mismo plenos efectos constitutivos de dicha adopción plena y de la integridad de los derechos y deberes derivados de ella para adoptante y adoptado, siendo innecesario a cualquier efecto el otorgamiento de escritura pública de adopción, y condenando al demandado (representado por sus tutores y representantes legales que completen su capacidad), a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como ordenando la

inscripción directa del precitado auto judicial de adopción en el Registro Civil de Herrera (Sevilla), al margen de la inscripción de nacimiento de mi representado.- B) Subsidiariamente a los pronunciamientos interesados en el apartado anterior, para el caso de que los mismos no fuesen estimados, declarar igualmente que el auto del Juzgado de Primera Instancia nº Dos de esta Capital, de fecha 21 de Diciembre de 1972 , dictado en el expediente de jurisdicción voluntaria seguido ante dicho Juzgado con el número 302/72 , que autorizó o aprobó la adopción plena y de la integridad de los derechos y deberes derivados de ella para adoptante y adoptado, si bien resulta necesario el otorgamiento de la escritura pública de adopción a los solos efectos publicitarios y "ad probationem" de dicha adopción, otorgamiento al que viene obligado el demandado en su condición de adoptante, condenando a dicho demandado (representado por sus tutores y representantes legales que completen su capacidad) a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y, consiguientemente, a que en unión de mi representado, otorgue con éste la indicada escritura pública de adopción en el plazo que al efecto señale el Juzgado, y si no lo verificare, la otorgue el propio Juzgado en sustitución de aquél y a su costa, mandando también que, una vez otorgada, se proceda a su inscripción en el Registro Civil de Herrera (Sevilla), al margen de la inscripción de nacimiento de D. Agustín.- C) Subsidiariamente a los pronunciamientos interesados en los apartados anteriores A) y B), para el caso de que los mismos no fuesen estimados, declarar igualmente que el auto del Juzgado de Primera Instancia nº Dos de esta Capital, de fecha 21 de Diciembre de 1972 , dictado en el expediente de jurisdicción voluntaria seguido ante el Juzgado con el número 302/72 , que autorizó o aprobó la adopción plena de Don Mauricio por parte de Don Eduardo, si bien debe ser completado mediante el otorgamiento de la escritura pública de adopción para que ésta se entienda plenamente constituida y produzca todos sus efectos, es vinculante para adoptante y adoptado y les obliga a todos los efectos derivados del mismo y, entre ellos, al otorgamiento de dicha escritura pública, y condenando a demandado (representado por sus tutores y representantes legales que completen su capacidad) a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y , consiguientemente, a que, en unión de mi representado, otorgue con éste la indicada escritura pública de adopción en el plazo que al efecto señale el Juzgado, y si no lo verificare, la otorgue el propio Juzgado en sustitución del demandado y a su costa, mandando también que, una vez otorgada, se proceda a su inscripción en el Registro Civil de Herrera (Sevilla), al margen de la inscripción de nacimiento de D. Agustín.- d) Condenar en cualquier caso a la parte demandada al pago de las costas del proceso».

Admitida a trámite la demanda, en fecha 9 de enero de 1999 la representación procesal de D<sup>a</sup> Estela y de D. Vicente, en su calidad de tutores mancomunados de D. Eduardo contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, que se dictase sentencia «por la que, en razón a los hechos expuestos y fundamentos legales y jurisprudenciales invocados, con desestimación íntegra de la demanda y todos sus pedimentos declare que, el obligado principio de irretroactividad de las leyes impide aplicar al Auto de adopción de 21 de Diciembre de 1972 los preceptos que regulan la adopción en el Código Civil tras la reforma del mismo efectuada por *Ley de 11 de noviembre de 1987* , declarando así mismo que el Auto aprobatorio de dicha adopción, conforme a la legislación bajo la que fue dictado no tiene valor ni eficacia constitutiva de la adopción por sí mismo, precisándose para el nacimiento y constitución de dicha adopción el otorgamiento de la correspondiente escritura pública a lo que no puede ser compelido DON Eduardo por ser dicha escritura pública la única manifestación de voluntad verdadera emisión del consentimiento vinculante y hasta cuyo momento el solicitante de la adopción puede optar entre el otorgamiento o desistir del mismo, con todo lo demás que proceda conforme a la Ley e imponiendo las costas del procedimiento a la parte actora».

Con fecha 1 de marzo de 2000 el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice textualmente: «Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D. Mauricio Gordillo Cañas en nombre y representación de D. Mauricio contra D. Eduardo fallecido, representado en el proceso por D. Vicente y D<sup>ña</sup>. Estela que actúan en defensa de la herencia yacente, con intervención del Ministerio Fiscal, debo absolver y absuelvo libremente a la demandada, con imposición de las costas a la parte actora».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta), dictó sentencia en fecha 12 de febrero de 2001 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que DESESTIMANDO íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. D. Mauricio Gordillo Cañas en nombre y representación de D. Mauricio contra D. Vicente Y D<sup>ña</sup> Estela que actúan en defensa de la herencia yacente, con intervención del Ministerio Fiscal, contra la sentencia recaída el día uno de Marzo de dos mil en el procedimiento de menor cuantía nº 838/98 seguido en el Juzgado nº 20 de Sevilla, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución, con imposición de las costas procesales causadas en esta alzada».

TERCERO.- Preparado recurso de casación por la parte actora contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y a continuación dicha parte lo interpuso ante el propio tribunal mediante escrito de fecha 30 de marzo de 2001 sobre la base de dos motivos, si bien el primero fue

renunciado por el recurrente, por lo que el recurso se reduce al siguiente motivo:

«Se formula al amparo del artículo 477, apartado 2, número 3, en relación con el artículo 479, apartado 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, con base en presentar la sentencia recurrida interés casacional por ser contraria a doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo (...) la sentencia impugnada ha incurrido en infracción por violación de la precitada doctrina jurisprudencial [Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1963, de 26 de mayo de 1969, de 24 de octubre de 1988 y de 20 de abril de 1991] y de las sentencias que la contienen, así como también ha infringido por interpretación errónea la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 21/1987, de 11 de Noviembre, y por violación el artículo 176, número 1º del Código Civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 21/1987, de 11 de Noviembre (redacción que sigue vigente), el artículo 112 del Código Civil en la redacción que le dio la Ley de 13 de Mayo de 1981 (redacción que también sigue vigente), la Disposición Transitoria 1ª de esta última Ley y las Disposiciones Transitorias 2ª y 4ª del Código Civil ».

Admitido el recurso de casación por Auto de fecha 1 de febrero de 2005, se dio traslado a la parte recurrida para oposición, trámite que fue evacuado mediante escrito de fecha 2 de marzo de 2005, alegando lo que a su derecho convino. El Ministerio Fiscal también se opuso al recurso de casación, mediante escrito de fecha 5 de marzo de 2005.

CUARTO.- Por la Sala se acordó señalar para la votación y fallo del presente recurso el día tres de julio del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio en que se ha formulado el presente recurso de casación fue promovido por Mauricio quien reclamaba tres acciones planteadas de forma concatenada en una relación de subsidiariedad.

Los hechos narrados por el demandante se remontaban a cuando este tenía diez años de edad, en que fue acogido por el demandado, Eduardo en su casa, y con el cual mantuvo una relación cuasi paterno-filial, hasta que el actor contrajo matrimonio. Como consecuencia de dicha relación afectiva, Eduardo presentó en octubre de 1972 escrito promoviendo expediente de jurisdicción voluntaria para la aprobación judicial de la adopción plena del demandante, que fue autorizada por Auto del Juzgado nº 6 de Sevilla de fecha 21 de diciembre de 1972. No obstante, no se otorgó en su momento la correspondiente escritura pública de adopción exigida por la redacción entonces vigente del Código Civil, por lo que, con la demanda ahora planteada, demandaba a los tutores de Eduardo -incapacitado judicialmente y, posteriormente en el transcurso del pleito, fallecido- para que se diese valor constitutivo de la adopción al Auto del Juzgado nº 6 de Sevilla; subsidiariamente, que se les compeliere a otorgar la escritura a los solos efectos probatorios frente a terceros, reconociéndose su valor constitutivo inter partes; y, subsidiariamente, que se les compeliere a otorgar la escritura para completar la adopción acordada.

La parte demandada opuso que, en el momento en que fue tramitado el expediente de jurisdicción voluntaria a que hace referencia el actor en su demanda, la legislación vigente exigía como requisito constitutivo el otorgamiento posterior de escritura pública de adopción, la cual no se verificó, añadiendo que no podía achacarse al olvido ni a la ignorancia la falta de otorgamiento de la escritura, sino a la voluntad constante de no hacerlo, demostrada por el escrito que el demandado presentó el día 12 de septiembre de 1994 ante el Juzgado Decano de Sevilla, manifestando que «es voluntad expresa e inequívoca de mi representado que firma conmigo este escrito de no formalizar escritura pública alguna a fin de no hacer uso de la autorización y licencia que fue concedida por auto de fecha 21 de diciembre de 1972 ». Además, oponen la irretroactividad de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre al caso expuesto en la demanda, por lo que se solicitaba la desestimación de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al entender, en relación con la primera cuestión relativa a la innecesariedad de otorgar escritura pública tras la reforma operada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que «no procede, puesto que la misma carece de efecto retroactivo (art. 3.2 del Código Civil), preocupándose de regular, en lo que a la adopción plena se refiere, el fenómeno jurídico de la pendencia ante los tribunales en el sentido de declarar que, en los expedientes de adopción plena pendientes, regirá en todo caso la legislación anterior, a menos que los solicitantes interesen la aplicación de la nueva ley. Respecto de los no pendientes, por haber recaído auto que les ponía fin, dando por terminado la actuación en sede judicial sólo cabe o bien otorgar la escritura pública, o bien no otorgarla».

Añade que, según la legislación de 1970, la adopción plena era un negocio jurídico privado que precisaba otorgamiento de escritura pública como forma "ad solemnitatem" de manifestación del consentimiento, y tutelado por el Juez en el proceso como mero controlador de los requisitos legales. No obstante, entendió, con la jurisprudencia que menciona, que no se puede compeler a las partes al otorgamiento de la escritura, ya que el consentimiento «es personal e insustituible, máxime cuando del consentimiento se derivan consecuencias en materia de filiación y, por ende, sucesión».

La Audiencia Provincial igualmente desestimó el recurso de apelación, puesto que, en primer lugar, la *ley de 1987* establece «el respeto a la legislación anterior, salvo que las partes interesen la aplicación de la nueva ley», si bien en este caso se rechaza la existencia de verdadera retroacción, puesto que, existiendo auto aprobatorio del expediente de la adopción, «lo único que procede es otorgar la escritura pública pues en base del principio *tempus regit factum* debe aplicarse la legislación vigente en esa época y no a *Ley nueva*». En segundo lugar, al constar la negativa de la parte apelada a que le fuese aplicable la nueva ley, no se cuenta con el presupuesto de la *Disposición Transitoria 1ª de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre*, en ningún caso puede hablarse de que existiese una adopción consumada. En tercer lugar, «hay que tener en cuenta que la aplicación de la nueva ley debe restringirse cuando, con ello, se persiga por una de las partes actos de especulación, simulación o fraude que pudieran alterar la valoración del acto o negocio que se quiso realizar verdaderamente» y que acoger la tesis del apelante, vulneraría el art. 9.3 de la Constitución al restringir la autonomía de la voluntad del pretendido adoptante. Después de una amplia exposición sobre los distintos requisitos de la adopción, la Sentencia concluye afirmando que con la legislación anterior a 1987, la adopción se configuraba como un negocio jurídico unilateral y personalísimo, solemne e irrevocable, que se constituía en tres fases: judicial, notarial y registral, siendo necesaria la concurrencia de los tres actos concatenados para que la adopción alcanzare plena virtualidad legal. Al no existir una escritura pública de adopción, no existió adopción, y no podía de ninguna forma sostenerse su naturaleza "ad probationem" ni la posibilidad de compeler a la parte a otorgarla contra su voluntad, claramente manifestada y acreditada en el procedimiento.

SEGUNDO.- El único motivo de casación que ha mantenido el recurrente, fue interpuesto al amparo del art. 477.2-3º de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Dicho motivo denuncia que la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de 3 de mayo de 1963, 26 de mayo de 1969, 24 de octubre de 1988 y 20 de abril de 1991 así como ha interpretado erróneamente la *Disposición Transitoria 1ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, y por violación del artículo 176, número 1º del *Código Civil* en la redacción dada al mismo por la *Ley 21/1987, de 11 de Noviembre* (redacción que sigue vigente), el artículo 112 del *Código Civil* en la redacción que le dio la *Ley de 13 de Mayo de 1981* (redacción que también sigue vigente), la *Disposición Transitoria 1ª* de esta última Ley y las *Disposiciones Transitorias 2ª y 4ª del Código Civil*. El recurrente entiende, contrariamente a lo que establece la sentencia recurrida en su fundamento jurídico segundo, que «lo que prohíbe el art. 2.3 del *Código Civil* - cuando no esté expresamente contemplada en la nueva norma- no es cualquier clase de retroactividad, sino sólo aquella que se ha dado en denominar "máxima", es decir, la que supondría la aplicación de la Ley nueva a situaciones anteriores a ella que no estuviesen agotadas, es decir, la incidencia de esa nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos. Pero, en cambio, no impide que se dé esa retroactividad (denominada tácita o "débil") cuando la situación anterior no esté consumada, sino pendiente de producir efectos jurídicos».

El motivo, y, en consecuencia el recurso, debe ser desestimado por inexistencia de interés casacional por falta de oposición a la doctrina jurisprudencial citada.

La parte recurrente pretende construir un interés casacional artificioso, al intentar convencer a la Sala de que los irreprochables e inatacables argumentos expuestos por la Sentencia de la Audiencia incurren en la vulneración de una supuesta doctrina jurisprudencial aplicable al supuesto de autos, cuando no es cierto que exista vulneración de la doctrina jurisprudencial citada, lo cual excluye el interés casacional. Así, las sentencias alegadas establecen una doctrina en relación con la proscripción de la retroactividad de las normas --consagrada por el artículo 9.3 de la Constitución Española- cuando incide sobre relaciones jurídicas consumadas que despliegan plenos efectos jurídicos, no cuando dichos efectos están por determinar. Pues bien: dicha jurisprudencia no es vulnerada por la sentencia recurrida puesto que no podemos hablar de que, tras veintiséis años sin presentarse demanda alguna por el recurrente en los que tampoco se ha otorgado la preceptiva escritura pública de adopción por el demandado, estemos ante un caso en el que los efectos jurídicos de la adopción estén por determinar y, por ello, sea de aplicación la norma retroactiva, sino que el efecto está ya producido: no existe adopción. En segundo lugar, la parte recurrente obvia interesadamente el presupuesto establecido por la norma cuya retroacción se pretende para que sea aplicable a procedimientos anteriores, cual es la voluntad de ambas partes de someterse voluntariamente a la nueva *ley de adopción*. Por ello, aún en la hipótesis de aceptar la primera premisa, esto es, que los efectos de la adopción no se hubiesen desplegado y, por ello, el procedimiento de adopción se hallase en suspenso, faltaría el requisito fundamental contenido en la *Disposición Transitoria Primera de la*

*Ley 21/1987*, que establece que «En los expedientes de adopción plena pendientes ante los Tribunales a la entrada en vigor de esta Ley regirá en todo la legislación anterior, a menos que los solicitantes interesen la aplicación de la nueva Ley», es decir, faltaría la voluntad de ambas partes de que sea de aplicación la *Ley de 1987*, que otorgaría plenos efectos constitutivos al auto judicial de autorización de la adopción. Y dicha falta de voluntad no sólo es tácita, lo cual bastaría para excluir la aplicación de la ley, sino que es expresa, como ha resultado acreditado en las actuaciones, al haber manifestado el demandado en 1994 ante el Juzgado su voluntad expresa de no otorgar la escritura pública de adopción -antes de su declaración de incapacidad, cuando gozaba de pleno uso de sus facultades mentales y físicas-; voluntad que no puede ser interpretada de otra forma que, como ya se hiciera en la instancia, como un arrepentimiento o rechazo a la adopción deseada en el pasado pero que no fue consumada. Ante dicha voluntad obstativa, no puede anteponerse la posible retroactividad de la norma a la autonomía de la voluntad de las partes, cuando dicho consentimiento es exigido por el legislador como presupuesto de eficacia de la retroactividad. Por este motivo, no puede hablarse de oposición a la jurisprudencia alegada, puesto que en dicha jurisprudencia no se contemplan supuestos fáctico-jurídicos en los que se remita a la voluntad concurrente de las partes la aplicación de la norma, al aplicarse únicamente a casos de retroactividad automática.

Finalmente, hacemos nuestra la conclusión de la Sala cuando afirma que no puede aceptarse la existencia de un negocio jurídico creador de estado civil en base a la utilización de normas adjetivas o procesales como soporte fraudulento para justificar que se dan los requisitos sustantivos para la existencia del mismo, cuando está claramente acreditado que falta el elemento esencial de la adopción que no es otro que la voluntad del adoptante de realizar dicho acto jurídico.

TERCERO.- En materia de costas procesales, procede imponer las causadas en esta instancia a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 398.1*, en relación con el *art. 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en aplicación del criterio del vencimiento.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## **FALLAMOS**

Que debemos acordar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Mauricio frente a la sentencia dictada por Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 12 de febrero de 2001 .

2º.- Imponer las costas procesales de este recurso a dicha parte recurrente.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Román García Varela.- José Antonio Seijas Quintana.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Firmado.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.