

Resumen

En estos pleitos ha de partirse de que los Tribunales habrán de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses del menor que son, sin duda, los más dignos de protección y que a veces quedan postergados en el entrecruzamiento de las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas en las que, en no pocas ocasiones, trasciende la insuficiencia de las mismas ante los problemas y situaciones de hondo contenido ético y humano, tan peculiares de las relaciones propias del Derecho de Familia. De ahí la necesidad de que, para un mejor y más justo juicio, se deba acentuar en casos como el presente, el estudio y ponderación de las circunstancias específicas de cada supuesto concreto, para alcanzar de ese modo la solución más razonablemente justa y equitativa que ponga fin definitivamente al litigio generador de insostenibles inseguridades y dudas, a las que resulta obligado poner término en beneficio de todos y muy especialmente de la menor, cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución al respecto en concordancia con nuestro Derecho tradicional y actual, tanto en la reforma de 4 julio 1970 como en la aún hoy en vigor de 13 mayo 1981, en la que se ha acentuado ese principio fundamental del "favor minoris", consagrado ya solemnemente por la Constitución Española (art. 39 de la misma) y sancionado en los Convenios Internacionales (Nueva York). En este tipo de juicios tiene importancia y trascendencia la intervención del Juez de 1ª instancia, a fin de agotar y ponderar toda la prueba de indicios que conduzcan a la mejor y más cabal formación del juicio, usando el principio de inmediatez, lo cual ha conducido en este caso a que el Juez haya proclamado haber llegado a la profunda convicción de que "es una niña feliz con un arraigado sentido de amor, confianza y afecto hacia los que cree sus padres, sintiéndose a su vez receptora de los mismos sentimientos por parte de aquéllos.

NORMATIVA ESTUDIADA

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.39

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.6 , art.154 , art.173 , art.174

RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil
art.63 , art.1692 , art.1748 , art.1825 , art.1826 , art.1828

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	6
FALLO	8

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.39 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.6, art.154, art.173, art.174 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Aplica art.63, art.1692, art.1748, art.1825, art.1826, art.1828 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

En la villa de Madrid, a dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y siete, en los actos de juicio declarativo de mayor cuantía promovidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número once por Dª Enriqueta, mayor de edad, soltera, administrativa y vecina de Badalona, contra D. Mariano y Dª Encarnación, mayores de edad y vecinos de Barcelona y el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de adopción plena y otros extremos; y seguidos en apelación ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que ante nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte actora, representada por el Procurador D. Juan Ignacio Avila del Hierro y con la dirección del Letrado Dª María Antonia Lanzuela Valis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador D. Miguel Burson del Río, en representación de Dª Enriqueta, formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número once, demanda de mayor cuantía contra D. Mariano y Dª Encarnación y el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de adopción plena, estableciendo los siguientes hechos:

Primero.- Dª Mercedes, a finales de mil novecientos setenta y dos mantuvo relaciones amorosas de carácter íntimo, y como consecuencia de las mismas quedó en estado de buena esperanza. El padre de la criatura se desentendió totalmente de la situación y mi

poderdante se encontró en una angustiada situación. Por otro lado los padres de la misma, personas de rectas costumbres y muy estrictas normas morales, eran preocupación constante de D^a Enriqueta, pues si conocían lo sucedido y sufrirían un gran disgusto. Decidió, pues, ocultar su estado, por lo que salió del domicilio paterno.

Segundo.- Mi representada no tenía apenas ningún recurso económico; se encontraba desesperada y resolvió acudir a un Abogado, D. Juan Suárez López de Barcelona, el cual le recomendó que depositara el niño en unos señores que él conocía, por algún tiempo, y más tarde podría recuperar a su hijo, ya que, según le dijo repetidas veces, tenía un plazo de seis meses conforme a la Ley, para poder efectuar dicha recuperación.

Tercero.- Mi poderdante se puso en contacto con el tocólogo-ginecólogo señor C., quien facilitó el ingreso de la futura madre en la "Clínica D.", afirmando de nuevo el Letrado Suárez López, que se haría cargo de todos los gastos que se produjeran, por el momento. El día trece de julio de mil novecientos setenta y tres, mi mandante ingresó en la Clínica con la confianza de que sería atendida, y de que si bien por unos días la separación de su hijo, podría no obstante y fácilmente recuperarlo; respecto de los gastos que se ocasionaren, la señorita D^a Mercedes manifestó siempre su deseo de pagar lo que le correspondiera, más tarde.

Cuarto.- Durante el período de estancia en la Clínica mi representada pidió en numerosas ocasiones al Abogado Juan Suárez López de Barcelona que la presentase a los depositarios de su futuro hijo, puesto que deseaba ver si eran buena gente; quería aclararles su inquebrantable propósito de recuperar a su hijo en muy corto plazo, y su voluntad de abonar todos los gastos producidos. Sin embargo, el citado Abogado le manifestó que aquello era imposible. Parece ser, según se desprende de las actuaciones sumariales que más adelante señalaremos, que el antedicho Abogado había cobrado alrededor de cincuenta y cinco mil pesetas por parte de una familia de Alicante a cambio de entregar a la niña, y que posteriormente cobró otras ochenta mil pesetas más del matrimonio D. Mariano y D^a Encarnación por el mismo concepto.

Quinto.- Por fin el día tres de agosto de mil novecientos setenta y tres, comenzaron a producirse los síntomas del parto y aprovechándose de esta circunstancia, el Abogado se presentó en la Clínica, portando un documento, para que la señorita D^a Mercedes lo firmase. A pesar de todo, confusa, volcó toda su confianza en el Abogado Juan Suárez López de Barcelona y firmó un o unos documentos, que le fueron presentados por el mismo y que apenas leyó, aunque le parece recordar que estaban prácticamente en blanco. Creyó buenamente se trataba de un puro y simple trámite burocrático para la custodia temporal de su futuro hijo: Lo cierto es, que los documentos que firmó, se encontraban casi en blanco, no figuraba el nombre de quién se haría cargo de la criatura, así como tampoco la fecha.

Sexto.- El día cuatro de agosto de mil novecientos setenta y tres sobrevino el parto y nació una niña; la madre al despertar preguntó inmediatamente por su hijo y le manifestaron que por requerir cuidados urgentes le habían trasladado a una Clínica infantil.

Séptimo.- El día ocho de agosto de mil novecientos setenta y tres, la señorita D^a Enriqueta salió de la, Clínica ya que no podía soportar la idea de no ver a su hija. Se dirigió a la "Clínica infantil T." y le comunicaron que ninguna recién nacida había sido ingresada el día cuatro de agosto procedente de la "Clínica D.". Dolorida y con la única obsesión de recuperar a su hija, decidió afrontar la situación ante su familia y les comunicó lo sucedido. El trauma producido en la familia fue enorme, creándose una tensa situación que obligó a la señorita D^a Encarnación a ir a vivir a otro lugar.

Octavo.- Los familiares no dudaron en apoyar y cooperar con mi mandante para dar con el paradero de la niña. Y a tal efecto, D^a Enriqueta visitó a primeros de noviembre de mil novecientos setenta y tres al Abogado D. Juan Suárez López de Barcelona, para obtener información sobre qué personas eran depositarias de su hija y poder así recuperarla; el Abogado le manifestó que nada podía decir sobre qué personas tenían a la niña, puesto que ello supondría quebrantar el secreto profesional. Mi representada no se dio por vencida y pocos días después visitó de nuevo al Abogado quien se negó a dar nombre alguno, pero le advirtió que en todo caso, quien debía decirlo era el doctor C.. Mi mandante se dirigió al doctor C., quien le comunicó que nada podía decirle por secreto profesional. Ante el muro de silencio que se levantaba, D^a Enriqueta, acudió al Abogado de Barcelona D. Graciano Giménez Mandado, el cual se puso en contacto con el Letrado Juan Suárez López de Barcelona, quien tras breve conversación entregó al señor Graciano Giménez Mandado un sobre con una nota en la que dijo figuraba el nombre del actual depositario de la niña, pero le manifestó que fuera el doctor S. quien dijese los nombres.

Noveno.- Puesto en contacto el Letrado Graciano Giménez Mandado con el doctor C., manifestó éste no estar dispuesto a tratar del asunto, teniendo que intervenir el señor Juan Suárez López de Barcelona, para convencer al doctor C. de la conveniencia de una entrevista con el Letrado señor Graciano Giménez Mandado, ya que sería peligroso seguir ocultando por más tiempo, dado el cariz que habían tomado los hechos. Por todo ello y tras celebrarse una entrevista, el doctor C. comunicó que se trataba de D. Mariano. El Letrado señor Graciano Giménez Mandado se puso en contacto con D. Mariano a quien advirtió previo pago de todos los gastos efectuados a causa de la niña, hacer entrega de la niña a su madre. A esta proposición contestó el señor D. Mariano que no tenía ningún inconveniente en entregar la niña y que la nota de gastos eran ochocientos cincuenta mil pesetas. El Letrado replicó que le parecía un chantaje y que sólo pagaría los gastos que pudiera justificar.

A ello contestó el señor D. Mariano que los desvelos y cuidados de la niña ¿quién se los pagaba? y que él valoraba en la cantidad mencionada. En una posterior conversación telefónica el señor D. Mariano se mantuvo firme en su postura y manifestó que lo tenía todo en regla y la niña registrada -a su nombre, por lo que no entregaría a la niña si no se le pagaba lo que pedía, y que en lo sucesivo dirigiera todos los requerimientos a su Letrado D. José María Fernández.

Décimo.- Puesto en contacto el Letrado señor Graciano Giménez Mandado con el Letrado señor D. José María Fernández, manifestó este último que la suma para resarcirse de los daños y perjuicios ocasionados por la custodia de la niña era de ochocientos cincuenta mil pesetas.

Undécimo: Ante estos hechos D^a Enriqueta se personó en Comisaría de Policía y formalizó denuncia; manifestó su deseo de que la niña fuese identificada suficientemente. Ante tal ruego le comunicaron en la misma Comisaría que era necesaria tal identificación, ya que la misma tenía que constar referenciada mediante la huella plantal, que como norma todas las Clínicas maternas obtienen de todos

los recién nacidos en ellas. A tal fin, un Inspector se personó en la "Clínica D." y se encontró con la sorpresa de que no sólo no tenía referenciada la huella plantal, sino que ni siquiera constaba el nacimiento. Por si todo ello fuera poco, la ficha de D^a Enriqueta, estaba totalmente alterada, limitándose a poner que entró para reconocimiento, silenciando el hecho del embarazo y el parto.

Duodécimo: La señorita D^a Enriqueta promovió querrela criminal, que dio lugar a la instrucción de sumario que terminó por resolución de la Ilustrísima Audiencia Provincial declarando no haber lugar a procesamiento y sobreyó la causa. A pesar de nuestros esfuerzos, no hemos podido encontrar las actuaciones sumariales correspondientes, circunstancia que tenemos la convicción será solventada favorablemente en un plazo próximo.

Decimotercero: Por otra parte, el diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y tres, D. Mariano y su esposa instaban expediente de adopción de la hija de mi representada. En el escrito inicial los instantes manifestaron que: "con fecha tres de agosto último nació una niña, hija de padres desconocidos, etc...". Reconocieron pues que la madre de la criatura era mi representada y a continuación dijeron que era de "padres desconocidos". Afirmaron que la misma había dado consentimiento expreso y escrito, antes y después del nacimiento y para demostrarlo presentaron un documento, documento que mi representada firmó antes del parto el día tres de agosto, en la forma en que se dijo en el número sexto de este escrito de demanda; fue alterado convenientemente para ser aprovechado a los efectos de solicitar la adopción.

Decimocuarto.- Mi representada solicitó, al conocer dicho expediente, la suspensión de la tramitación. El seis de abril de mil novecientos setenta y cuatro se pidió por D^a Enriqueta la entrega de su hija, lo que le fue denegado. El cuatro de junio de mil novecientos setenta y cinco mi representada se ratificó en todo lo expuesto, solicitando de nuevo la entrega de la niña. Solicitando por el Ministerio Fiscal el consentimiento de la madre, esta compareció ante el Juzgado otra vez y se opuso formalmente a la adopción.

Decimoquinto.- El expediente de adopción quedó en suspenso y dentro de pocos días habrá caducado la instancia. Este proceder de los demandados, no parece razonable; iniciar el expediente de adopción y enterado de la oposición rotunda de D^a Enriqueta, retirar los documentos dejando que pase el tiempo y no instar la continuación del expediente. Pero es que estando subjúdice el expediente de adopción en el Juzgado de Barcelona, se instó otro expediente en el Juzgado de Granollers posteriormente, y en el que por auto de veintidos de noviembre de mil novecientos setenta y seis, se aprobó la adopción plena de la hija de mi representada, y así ante el desconocimiento de este procedimiento por parte de mi mandante, produciendo indefensión, presentando unos documentos desglosados previamente del primer procedimiento, salvado el impedimento producido por la oposición, logran que se dicte auto que, aprueba la adopción plena.

Decimosexto.- Mi representada había agotado sus últimos recursos económicos y fue reclamando con sendos escritos ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona y en diversas fechas.

Decimoséptimo.- Quiere esta parte hacer constar que las actuaciones sumariales seguidas y en las declaraciones verificadas por el Letrado D. Juan Suárez López de Barcelona se dice textualmente: "D^a Enriqueta se presentó...".

Decimooctavo.- El dieciocho de junio de mil novecientos setenta y cinco, D^a Enriqueta, otorgó testamento abierto, en el que reconoció a su hija D^a Lidia.

Decimonoveno.- En la certificación de inscripción de nacimiento del Registro Civil de Barcelona figuran, entre otras, la siguiente anotación: "...datos del inscrito: nombre D^a Lidia. Primer apellido Tirado... etc.".

Vigésimo.- Hace resumen de los hechos. Vigésimo primero: Mi poderdante tiene una posición económica que le permite actualmente poder sufragar los gastos de educación y demás que pudiera ocasionar el cuidado y protección de su hija D^a Lidia. Vigésimo segundo: Se celebró acto de conciliación sin avenencia. Alegó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó con súplica de sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos:

1.- Declarar nula y en su caso extinguida, la adopción plena tramitada en el Juzgado de Primera Instancia de Granollers, promovida por el matrimonio D. Mariano y D^a Encarnación.

2.- Ordenar la rectificación en el Registro Civil de la inscripción de nacimiento de la menor D^a Lidia Justo Sierra, en el sentido de que sus apellidos son los de J. S. y no T. M.

3.- Decretar la inmediata entrega de la referida menor a su madre D^a Enriqueta, a quien corresponde por ministerio de la Ley, la patria potestad plena.

4.- Condenar a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones con intimación para que sin más dilaciones procedan a la entrega de la menor D^a Lidia a su madre poderdante.

5.- Imponer a los demandados las costas y gastos del procedimiento.

SEGUNDO.- Admitida la demanda y emplazados los demandados D. Mariano y D^a Encarnación, compareció en los autos en su representación el Procurador D. Juan Bautista Boniques Cloquell que contestó a la demanda, oponiendo a la misma en síntesis:

Primero.- Se niega el correlativo por ignorarlo.

Segundo.- Se niega por ignorarlo, salvo que mis representados conocen al Letrado señor Juan Suárez López de Barcelona.

Tercero.- Se niega el correlativo por ignorarlo.

Cuarto.- Se niega igualmente por ignorar la primera parte; en cuanto a la entrega de las ochenta mil pesetas, se niega por ser incierto.

Quinto.- Igualmente se niega por ignorarlo.

Sexto.- Se niega por ignorarlo, pero del contexto de la demanda y documentos acompañados, el nacimiento de la criatura tuvo lugar el día tres de agosto de mil novecientos setenta y tres.

Séptimo.- Se niega.

Octavo.- Igualmente se niega por ignorarlo.

Noveno.- Se ignora el correlativo.

Décimo.- Se niega por incierto, ya que lo único que D. Mariano dijo, fue al exponer sus razones al Abogado señor Graciano Giménez Mandado, que no había dinero bastante en el mundo para pagar tina hija.

Undécimo.- Mis representados sólo saben que hubo una denuncia que fue posteriormente sobreseída.

Decimosegundo.- Si se hizo constar que la niña era hija de padres desconocidos fue porque en aquellas fechas la actora no la había reconocido.

Decimotercero.- Se tuvieron que desglosar los documentos del expediente de adopción del Juzgado de Barcelona porque la certificación de nacimiento de mi poderdante constaba como nombre de pila D. Marino, en vez de D. Mariano.

Decimocuarto.- No hay nada de extraño, pues si se constituyó el consejo de familia, es porque había intereses en la adopción de la niña.

Decimoquinto.- Se desistió del procedimiento al solicitar el desglose de los documentos.

Decimosexto.- Se niega por ignorarlo.

Decimoséptimo.- Nos atenemos a lo que resulte del Registro Civil.

Decimooctavo.- Igualmente nos atenemos a lo que resulta del Registro Civil.

Decimonoveno.- Vuelve a insistir la actora en que la criatura nacida lo fue el día cuatro de agosto, cuando en realidad D^a Lidia fue el día tres de agosto. Alegó los fundamentos de Derecho que estimó de aplicación y terminó con la suplica de sentencia declarando no haber lugar a la demanda, absolviendo a mis representados de la misma, con imposición de las costas a la parte actora.

TERCERO.- Las partes evacuaron los traslados que para réplica y dúplica les fueron conferidos, insistiendo en los hechos, fundamentos de Derecho y suplica de sus escritos de demanda y contestación.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

QUINTO.- Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron en respectivos escritos en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo con lo que tenían interesado en los autos.

SEXTO.- El señor Juez Primera Instancia de Barcelona número once dictó sentencia con fecha veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta cuyo fallo es como sigue: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Miguel Bursón del Río, en nombre y representación de D^a Enriqueta, debo denegar y deniego las declaraciones solicitadas en el suplico de la misma, de las que debo absolver y absuelvo a los demandados, sin expresa imposición de las costas causadas en esta instancia.

SEPTIMO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia por la representación de la actora y tramitado el recurso con arreglo a Derecho, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia con fecha treinta de junio de mil novecientos ochenta y tres con la siguiente parte dispositiva: Que debemos confirmar y confirmamos la Sentencia de fecha veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta, dictada por el Ilustrísimo señor Magistrado Juez de Primera Instancia número once de esta Capital, en los autos de los que dimana el presente rollo, sin pronunciamiento de condena de las costas causadas en el presente recurso.

OCTAVO.- Previo depósito de nueve mil pesetas el Procurador D. Juan Ignacio Avila del Hierro en representación de D^a Enriqueta ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia pronunciada por la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona, con apoyo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción de Ley. Al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 : violación por inaplicación de la norma contenida en el número tres del artículo seis del Código Civil EDL 1889/1 , en relación con el párrafo primero del artículo mil ochocientos veinticinco y con la regla dieciséis del artículo sesenta y tres, ambas de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . La modificación del título preliminar del Código Civil EDL 1889/1 , vino a zanjar la discusión doctrinal respecto de la nulidad de pleno derecho o anulabilidad de los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley. En efecto, el número tres del artículo seis del Código Civil EDL 1889/1 , expresa: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". La vulneración de una norma de Derecho necesario lleva implícita la nulidad del acto. La competencia se constituye en nuestro Derecho en requisito del proceso, y podemos decir, interpretando el contenido de las normas procesales que lo regulan, que es el primero de ellos y que puede y debe ser examinada su existencia de oficio. En materia de jurisdicción voluntaria no son aplicables las normas sobre sumisión (artículo cincuenta y seis al sesenta y uno). Esta interpretación es la que este Alto Tribunal viene aplicando de forma reiterada y contundente, Sentencia del Tribunal Supremo de cinco de enero de mil novecientos treinta y cinco. En aplicación de la doctrina expuesta, teniendo en cuenta el carácter de jurisdicción voluntaria del expediente de adopción, habremos de acudir, para determinar la competencia, a las normas específicas para la adopción, contenidas en los artículos mil ochocientos veinticinco y sesenta y tres, regla dieciséis. Tras la lectura de los preceptos podemos concluir, que contienen normas de Derecho necesario, y que su contravención acarrea la nulidad de pleno Derecho. La sentencia recurrida vulnera el número tres del artículo seis en relación con las normas de competencia sobre la adopción, al no haber estimado el recurso de apelación y en consecuencia la demanda. Nulidad de expediente de adopción: El expediente de adopción ante el Juzgado de Primera Instancia de Granollers, es nulo y, chino tal, inexistente, por las siguientes razones:

1.- Porque la regla dieciséis del artículo sesenta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 expresamente determina que "en los expedientes de adopción o arrogación será Juez competente el del domicilio del adoptante o arrogado".

2.- Porque el artículo mil ochocientos veinticinco de la propia ley, en los casos en que con arreglo a Derecho sea necesaria licencia judicial para la adopción, el adoptante la solicitará del Juez de Primera Instancia competente. Y si la competencia jerárquica viene atribuida a los Jueces de Primera Instancia en virtud del principio procesal, según el cual, en defecto de excepción expresa, son estos funcionarios los competentes para todas las cuestiones pertenecientes a la "jurisdicción voluntaria" territorialmente, la competencia viene atribuida al Juez del domicilio del adoptante, por la citada regla dieciséis del artículo sesenta y tres de la Ley Procesal Civil EDL 2000/77463, si bien esta regla ha de concretarse lógicamente con las disposiciones sobre la determinación del domicilio establecidas por el Código Civil EDL 1889/1 y la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 principalmente, y siendo vecinos y domiciliados en Barcelona, los hoy demandados, no pueden justificarse racionalmente su sometimiento a Juzgado incompetente por razón del territorio.

Segundo.- Infracción de Ley. Al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 : Violación por inaplicación del artículo ciento sesenta y tres, párrafo primero letra c) en relación con el artículo ciento cincuenta y cuatro, ambos del Código Civil EDL 1889/1 . La adopción, como la delicada institución jurídica que es, por la trascendencia de los vínculos paterno filiales que rompe y crea "requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de escritura pública. Por lo que se refiere al concurso de la voluntad o consentimiento -único requisito que nos interesa para el desarrollo de este motivo, se regula en el artículo ciento setenta y tres del Código Civil EDL 1889/1, enumerando las personas que habrán de prestar su consentimiento, entre las que figuran, bajo la letra C),"el padre y la madre, conjuntamente o por separado, del adoptando menor de edad sujeto a patria potestad". Sentado cuanto antecede, y a la vista del contenido de los hechos que deben determinar el fallo, expresados en la Sentencia de Primera Instancia se dice: El día diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y tres los demandados formalizaron escrito solicitando la adopción de la niña, que dio lugar a la in-coación del expediente número trescientos sesenta y uno de mil novecientos setenta y tres del Juzgado número veintidós (después número uno de los de esta Ciudad, en el que posteriormente sus instantes pidieron el desglose de documentos y abandonando su prosecución, acudieron al Juzgado de Primera Instancia de Granollers, para iniciarlo nuevamente, y que tramitado, terminó por Auto de veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y seis, aprobando la adopción plena de la menor. El día dieciséis de junio de mil novecientos setenta y cinco la demandante otorgó testamento abierto reconociendo a su hija ante el Notario, produciéndose la correspondiente inscripción en el Registro Civil. Pues bien, resulta evidente, y así lo expresa la Sentencia, que a la fecha del auto que aprueba la adopción, veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y seis, la demandante y hoy recurrente, ya había otorgado testamento reconociendo a su hija, nada más y nada menos que diecisiete meses antes, es decir, el día dieciocho de junio de mil novecientos setenta y cinco, testamento por el que se produjo la correspondiente inscripción en el Registro Civil el día dieciséis de agosto de mil novecientos setenta y cinco, en virtud de la cual se otorgaron a la niña los apellidos J. S., y en consecuencia tenía el carácter de hija natural reconocida. En aplicación de los artículos ciento cincuenta y cuatro (en su redacción anterior) y ciento setenta y tres, ambos del Código Civil EDL 1889/1, a los hechos expresados, resulta que la Sentencia recurrida viola las normas contenidas en los citados preceptos, al no estimar la demanda y declarar nula la adopción, pues el expediente en que recayó resolución aprobándola no se observó el requisito del consentimiento de la madre cuya identidad era conocida y ostentaba plenamente la patria potestad sobre su hija, quedando de manifiesto la infracción legal que se denuncia y haciendo, por tanto, estimable el presente motivo.

Tercero.- Infracción de Ley. Al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 : Violación por inaplicación de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo mil ochocientos veintiséis de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . El consentimiento ocupa un lugar importantísimo entre los elementos esenciales de la adopción. Con independencia de la valoración que la Sentencia hace del documento, en el que se funda para determinar que el consentimiento fue debidamente prestado, la sentencia de la Audiencia, aceptando los considerandos de la Sentencia de Primera Instancia, infringe el párrafo segundo del artículo mil ochocientos veintiséis de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . En efecto, el referido precepto expresa, refiriéndose al padre y madre del adoptando que no hayan suscrito la solicitud que:"deberán dar su consentimiento a presencia del Juez consignándose en Autos". La sentencia recurrida, expresa:"Que el Juez de instancia, en el segundo Considerando de la Sentencia que se apela, sintetiza con acierto el resultado de la prueba practicada y de la misma en relación con la fotocopia del documento número uno, aportado por la propia recurrente en su demanda y al que se refiere en el hecho cinco de la misma, autenticando su otorgamiento, resulta que la apelante renunció formalmente al fruto de su parto..." Resulta, pues evidente, que la Resolución cuya casación se pretende con motivo del párrafo segundo del artículo mil ochocientos veintiséis de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, la viola, por inaplicación, haciendo estimable el motivo que, por otro lado, invoca infringida una norma que, no obstante estar enmarcada en un Cuerpo legal que contiene preceptos de carácter procesal, está íntimamente ligado con el derecho material aplicable (Sentencia de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y tres); en este "sino sentido se pronuncian las sentencias de seis de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, doce de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro y veintitrés de abril de mil novecientos setenta.

Cuarto.- Infracción de Ley. Al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 : Aplicación indebida de la norma contenida en el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Civil EDL 1889/1 . El referido artículo ciento setenta y tres, en su último párrafo (al que sin duda se refiere la Sentencia), contempla un supuesto de hecho diverso del que aparece reflejado en los hechos que la Sentencia de Primera Instancia declara como premisas del fallo: En efecto, la propia redacción del precepto infringido, por aplicación indebida ("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"), no puede ser más clara; confiere al Juzgador la facultad discrecional de no aprobar la adopción, cuando no sea conveniente para el adoptado, aunque se den cuantos requisitos son legalmente exigibles. El supuesto de autos,

es diametralmente opuesto al que contempla la norma. Veamos: Se aprueba la adopción, no se deniega; no se dan todos los requisitos que la Ley exige, pues falta el consentimiento de la madre, cuya identidad era conocida, como la misma Sentencia reconoce. En definitiva subsume los hechos en el ámbito de la norma que equivocadamente estima aplicable, resultando ésta evidentemente infringida, por lo que el motivo se hace estimable.

Quinto.- Infracción de Ley: Al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 : Interpretación errónea de la norma contenida en el párrafo primero del artículo mil ochocientos veintiocho, en relación con el mil ochocientos veintiséis, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . La Sentencia de Instancia, interpreta erróneamente el precepto citado en el encabezamiento del motivo. Así, es de ver que el artículo mil ochocientos veintiocho dispone que el Juez admitirá la información ofrecida, siempre que no se haya opuesto el adoptando y hayan prestado su consentimiento el padre o, en su caso, la madre. La propia redacción del artículo es, por sí, suficientemente expresiva, pero lo es aún más examinada en relación con el artículo mil ochocientos veintiséis y normas concordantes. En efecto, si el artículo mil ochocientos veintiocho regula, desde el punto de vista procesal, la información testifical en el expediente de adopción, expresando los requisitos sustantivos previos que han de concurrir para que aquella sea válidamente admitida, el mil ochocientos veintiséis complementario de aquél, dice de forma rotunda y tajante que los padres "deberán dar su consentimiento en presencia del Juez, consignándose en los Autos". Los preceptos citados, sustantivos o de fondo y, en consecuencia, denunciabile su infracción en casación, han sido claramente infringidos por las Sentencias de instancia, al resultar erróneamente interpretados. Efectivamente la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia expresa: "...Primero: Ha de entenderse que en lo necesario la madre prestó su consentimiento para la adopción por cuanto al proveer el Juez que la tramitó el escrito inicial en que se instaba la providencia de veinte de octubre de mil novecientos setenta y seis (folio ciento setenta y cuatro vuelto de estos autos) en el sentido de acordar la información testifical ofrecida, sin exigir previamente el consentimiento de la madre -como se prevé en el artículo mil ochocientos veintiocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 -, dio por existente tal consentimiento en aras del documento acompañado con la solicitud.

...". Como resulta evidente de la correcta interpretación de los preceptos que sirven de base a este motivo, nunca puede llegarse a la conclusión de que no se requiera el consentimiento de la madre natural, en la propia tramitación del expediente y en presencia judicial, por haberlo prestado con anterioridad.

NOVENO.- Admitido el recurso e instruido el recurrente se declararon los autos conclusos y se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente controversia en la que se cuestiona e impugna la adopción de un menor por parte de su madre natural o biológica entraña y significa un problema humano de gran contenido ético y moral en el que los intereses en conflicto se concretan en el deseo de aquella madre de, con base en los hechos y argumentos que alega, recuperar a su hija, frente a la actitud de los padres adoptivos de mantener la adopción y con ello a la menor -su hija adoptiva- en el ámbito familiar propio, en cuyo seno vive la protagonista de este litigio prácticamente desde el momento mismo de su nacimiento hace casi catorce años. Antes de entrar en el estudio concreto del recurso formulado por la actora ha de afirmarse rotundamente la necesidad de que en todos estos pleitos, ciertamente no deseables, los Tribunales habrán de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses del menor que son, sin duda, los más dignos de protección y que a veces quedan postergados en el entrecruzamiento de las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas en las que, en no pocas ocasiones, trasciende la insuficiencia de las mismas ante problemas y situaciones de hondo contenido ético y humano, tan peculiares de las relaciones propias del Derecho de Familia. De ahí la necesidad de que, para un mejor y más justo juicio, se deba acentuar en casos como el presente, el estudio y ponderación de las circunstancias específicas de cada supuesto concreto para alcanzar de este modo la solución más razonablemente justa y equitativa que ponga fin definitivamente a un litigio generador de insostenibles inseguridades y dudas, a las que resulta obligado poner término en beneficio de todos y muy especialmente de la menor, cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución al respecto en concordancia con nuestro Derecho tradicional y actual, tanto en la Reforma de cuatro de julio de mil novecientos setenta (vigente al tramitarse la presente adopción) como en la aún hoy en vigor de trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno, en la que se ha acentuado ese principio fundamental del "favor minoris", consagrado ya solemnemente en la Constitución Española EDL 1978/3879 (artículo treinta y nueve de la misma) y sancionado en Convenios Internacionales (Nueva York) en los que el interés superior del menor es también una constante plenamente afianzada.

SEGUNDO.- Según lo relacionado en autos las premisas fácticas del presente litigio de las que fundamentalmente hay que partir son las siguientes, esquemáticamente expuestas:

Primero.- La demandante, D^a Enriqueta, en las primeras horas del día cuatro de agosto de mil novecientos setenta y tres, dio a luz una niña, y bien horas antes o después del parto, que tuvo lugar en la "Clínica D." de esta Ciudad, firmó el documento acompañado en xerocopia como número uno de la demanda, del tenor literal siguiente: "La que suscribe, D^a Enriqueta, mayor de edad y soltera, manifiesta que ha dado a luz una niña y, por la condición civil de soltera de la firmante, por medio del, presente escrito renuncia formalmente a dicha niña, entregándola a D. Mariano y su esposa para su cuidado y su posterior adopción legal"; siendo este documento presentado a la firma de la actora por su Abogado señor Juan Suárez López de Barcelona, y sin que la firmante conociera el matrimonio en él referido.

Segundo.- La recién nacida fue inscrita, el día diez de agosto de mil novecientos setenta y tres, en virtud de declaración del demandado D. Mariano como conecedor del nacimiento, en el Registro Civil de Barcelona, con los apellidos de los demandados T. M.

Tercera.- El día diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y tres, la demandante compareció ante la Policía denunciando la sustracción de su hija, lo que dio lugar a la incoación del sumario 89/73 del Juzgado de Instrucción número siete de los de esta Ciudad, que fue sobreseído.

Cuarta.- El día diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y tres los demandados formalizaron escrito solicitando la adopción de la niña, que dio lugar a la incoación del expediente número 361/73 del Juzgado número veintidós (después uno) de los de esta Ciudad, en el que posteriormente sus instantes pidieron el desglose de documentos y abandonando su prosecución, acudieron al Juzgado de Primera Instancia número uno de Granollers, para iniciarlo nuevamente, y que tramitado, terminó por auto de veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y seis, aprobando la adopción plena de la menor, con el nombre de D^a Lidia y los apellidos de los demandados T. M. otorgándose la escritura de adopción el diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y seis, que se inscribió en el Registro Civil de Barcelona el veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y seis.

Quinta.- El día dieciocho de junio de mil novecientos setenta y cinco la demandante otorgó testamento abierto reconociendo a su hija ante el Notario de Barcelona D. Miguel y otorgándole los apellidos de Justo y Sierra, produciéndose la correspondiente inscripción en el mencionado Registro Civil. Frente a la demanda inicial de la actora en la que suplicaba la declaración de nulidad y, en su caso, extinción de la adopción plena tramitada en el Juzgado de Primera Instancia de Granollers, con rectificación en el Registro Civil de la inscripción de nacimiento y apellidos, con entrega inmediata de la menor, confiriéndole al efecto la patria potestad plena a la citada demandante, el Juez de Primera Instancia número once de Barcelona, con fecha veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta, resolvió desestimando la demanda y denegando las subsodichas declaraciones solicitadas por la actora en el suplico de su demanda, de las que absolvió a los demandados; sentencia que, como ha quedado relacionado con anterioridad, fue plenamente confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona en la sentencia, ahora recurrida, de treinta de junio de mil novecientos ochenta y tres.

TERCERO.- La recurrente formula el primer motivo de su recurso al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , vigente al tiempo de interposición de aquél, y denuncia "la violación por inaplicación de la norma contenida en el número tres del artículo seis del Código Civil EDL 1889/1 , en relación con el párrafo primero del artículo mil ochocientos veinticinco y con la regla dieciséis del artículo sesenta y tres, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ". Dicho motivo ha de ser desestimado por cuanto que en el mismo en realidad no se denuncia la incompetencia del Tribunal que ha pronunciado la sentencia que en el presente trámite se recurre, ni se ha hecho oportunamente con base en el antiguo número seis del repetido artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 que es el que preveía los supuestos de "abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo en asunto que no sea de la competencia judicial o dejando de conocer cuando hubiere el deber de hacerlo"; lo que la recurrente en realidad pretende en el presente motivo, buscando forzado amparo en el principio de nulidad de los actos contrarios a Ley, es reiterar y replantear las cuestiones debatidas en instancia para tratar de invalidar la adopción de su hija D^a Lidia por el matrimonio demandado D. Mariano y D^a Encarnación, cuestiones resueltas a favor de éstos en la minuciosa y cuidada sentencia del Juzgado, posteriormente confirmada por el Tribunal "a quo", en la que se han ponderado y valorado acertadamente una serie de datos que acreditan una situación de hecho creada hace casi catorce años y mantenida hasta ahora sin interrupción, tiempo durante el cual se han consolidado y afianzado los lazos afectivos propios de las relaciones paternofiliales que han de reconocerse sin mengua ni reserva alguna en los supuestos de adopción plena y que en el caso presente han de prevalecer en favor de quienes han demostrado cumplidamente, frente a la honrosa reacción de la madre biológica tras su inicial y discutida renuncia, su entrega y afecto desde el momento mismo en que, recién nacida la niña, la acogen bajo su seno y amparo prestándole la debida protección, guarda, alimentos y educación. De ahí la importancia y trascendencia que en este tipo de juicios adquiere la Primera Instancia en la que el Juez, usando del principio de inmediatez, deberá agotar y ponderar, como aquí se ha hecho, toda la prueba e indicios que conduzcan a la mejor y más acabada formación de juicio en pro de la más justa y equitativa resolución del caso en el que no puede ignorarse ni minimizarse, dentro claro está, de la lógica de los hechos y de la edad en que la exploración y audiencia de la niña se produjo (siete años escasos), lo que el Juez cate ente proclama, tras diálogo directo con ella, al afirmar que ha llegado" la profunda convicción de que es una niña feliz con arraigado sentido de amor, confianza y afecto hacia los que cree sus padres, sintiéndose a su vez receptora de los mismos sentimientos por parte de aquéllos; derivándose del diálogo con la menor que D. Mariano y D^a Encarnación no solamente le manifiestan afecto y cariño normal dentro de la relación paternofamiliar, sino que podría calificarse la misma como muy numerosa" (folio doscientos sesenta y dos de los autos).

CUARTO.- Los motivos segundo y cuarto, al amparo ambos del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , tachan a la sentencia recurrida de violación por inaplicación del artículo ciento setenta y tres, párrafo primero, letra e), en relación con el artículo ciento cincuenta y cuatro, ambos del Código Civil EDL 1889/1 (motivo segundo) y de aplicación indebida de la norma contenida en el último párrafo del mismo artículo ciento setenta y tres del propio Código (motivo cuarto). Uno y otro pueden y deben ser conjuntamente considerados ya que en ellos se entrecruzan y reiteran los argumentos en contra de la sentencia recurrida que, en línea y conformidad con la del Juzgado, hablan en este punto de abandono y dejación por parte de la madre demandante de los deberes inherentes a la patria potestad desde el momento mismo del parto, "circunstancias que ya se recogen -dice la sentencia de la Audiencia en su primer considerando- en el auto aprobando la adopción legal de fecha veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y seis y que obra en el folio ciento setenta y seis". En efecto, si bien es cierto que el aludido documento de la madre biológica renunciando a su hija ha de ser valorado y tamizado en función de una situación ciertamente emocional de aquélla, con su voluntad parcialmente constreñida por graves circunstancias adversas, tampoco puede ignorarse que la actuación de los padres adoptivos se inició precisamente con base y a partir de tal declaración, que fue la que permitió la integración de la menor en un círculo familiar regular y estable desde el momento mismo de su nacimiento y en cuyo seno lógicamente desea seguir viviendo la menor, oportunamente explorada y oída en instancia con resultados altamente satisfactorios para los padres adoptivos, a los que considera únicos a todos los efectos, según ha quedado expuesto y transcrito en el apartado anterior. En resumen, es ese prudente arbitrio judicial,

inmediato y próximo al supuesto concreto planteado, el que mejor puede y debe valorar lo más conveniente para el adoptado, conforme a las circunstancias de cada caso, según preceptúa con carácter general para la adopción el último inciso del vigente artículo ciento setenta y tres del Código Civil EDL 1889/1 y que igualmente resulta del siguiente artículo ciento setenta y cuatro previsto para los casos de adopción de menores abandonados, en los que resulta irrelevante que la situación de abandono se haya producido por causas voluntarias o involuntarias y cuyo penúltimo párrafo, redactado conforme a la aún vigente Ley de trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno, dispone a su vez que "para la apreciación de abandono bastará que hayan transcurrido treinta días continuos sin que la madre, padre, tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo afectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia", siendo de destacar, en fin, que "la mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo". Todo lo cual comporta el decaimiento de los motivos segundo y cuarto, conjuntamente considerados.

QUINTO.- Igual suerte desestimatoria merecen, en fin, los motivos tercero y quinto en los que la actora y ahora recurrente, con base en ambos casos en el número uno del tan repetido artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, denuncia violación por inaplicación de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo mil ochocientos veintiséis de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 (motivo tercero) e interpretación errónea de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo mil ochocientos veintiocho, en relación con el mismo mil ochocientos veintiséis de la propia ley adjetiva (motivo quinto), pues en uno y otro caso se trata de materias o cuestiones procesales no susceptibles de impugnación por la vía del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, que además han sido modificados por las Reformas introducidas en materia de adopción por las Leyes ya citadas de cuatro de julio de mil novecientos setenta y trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno, debiendo recordarse y reiterarse en todo caso los razonamientos expuestos para la desestimación de los anteriores motivos y los propios razonamientos de ambas instancias que parten del supuesto de abandono previsto y regulado en el artículo ciento setenta y cuatro del Código Civil EDL 1889/1 y no del ciento setenta y tres alegado por la actora y ya oportunamente desestimado.

SEXTO.- La desestimación de los cinco motivos comporta y supone la del recurso en ellos fundado, con la preceptiva condena en costas a la parte recurrente y la pérdida del depósito constituido, según prevenía al efecto el antiguo artículo mil setecientos cuarenta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, vigente al tiempo de interposición del presente recurso.

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

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por D^a Enriqueta, contra la sentencia pronunciada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona en fecha treinta de junio de mil novecientos ochenta y tres. Condenamos a dicha parte recurrente, al pago de las costas ocasionadas en este recurso y a la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino prevenido en la Ley, y a su tiempo, comuníquese esta resolución a la expresada Audiencia, con devolución a la misma de las actuaciones que remitió.

ASI, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCION LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano Martín-Granizo.- José Luis Albacar.- Matías Malpica.- Ramón López Vilas.- Alfonso Barcala. Rubricado.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior sentencia el mismo día de su fecha por el Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Ponente en estas actuaciones, hallándose la misma celebrando audiencia pública, de lo que, como Secretario, certifico. Antonio Docavo. Rubricado.