



Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18^a).

Sentencia núm. 237/2012 de 10 abril

[JUR\2012\195405](#)

Adopción, guarda y acogimiento de menores.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 398/2011

Ponente: Illma. Sra. m^a José Pérez Tormo

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCION DECIMOCTAVA

ROLLO N^º 398/2011

PROCEDIMIENTO ORDINARIO N^º 723/2009

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 18 BARCELONA

S E N T E N C I A núm. 237/2012

Ilmas. Sras.

D^a ANNA MARIA GARCIA ESQUIUS

D^a MARGARITA NOBLEJAS NEGRILLO

D^a M^a JOSE PEREZ TORMO

D^a MARIA DOLORS VIÑAS MAESTRE

En la ciudad de Barcelona, a diez de abril de dos mil doce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoctava de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 723/2009 seguidos por el JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 18 BARCELONA, a instancia de D^a. Fátima, D^a Paula y D. Juan Francisco, contra D^a. Ángeles y D. Casimiro, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por D. Juan Francisco, D^a Paula Y D^a Fátima, representados en esta alzada por el Procurador D. ILDEFONSO LAGO PEREZ, contra la Sentencia dictada en los mismos el día 22.12.2010, por la Sra. Juez del expresado Juzgado, con la debida intervención del Ministerio Fiscal

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO:

DESESTIMO ÍTEGRAMENTE la demanda formulada por los actores señores D. Juan Francisco, D^a. Fátima y D^a. Paula frente a los codemandados, rebeldes por razón de estas actuaciones, señores D. Casimiro y D^a. Ángeles y en su consecuencia DISPONGO no haber lugar a declarar la nulidad de la adopción de las codemandantes Sras. Paula y Fátima efectuada por el demandado Don. Casimiro ni a ninguno los pronunciamientos solicitados en el suplico de la demanda rectora de esta litis.

No se efectúa expreso pronunciamiento sobre las costas ocasionadas

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y al Procurador Sr. Lago Pérez y a los codemandados

rebeldes en forma personal, enterándoles que contra la misma, que no es firme, cabe interponer recurso de apelación en término de quinto día hábil siguiente a su notificación a preparar y sustanciar ante este Juzgado y decidir por la Audiencia Provincial de Barcelona. "

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora mediante escrito motivado, , habiéndose opuesto el Ministerio Fiscal, elevándose tras los trámites legales los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 28 de marzo de 2012, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

CUARTO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. M^a JOSE PEREZ TORMO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se rechazan los de la resolución apelada.

PRIMERO

-- Recurren los Srs. Casimiro , Ángeles y Juan Francisco la sentencia de primera instancia que ha desestimado su demanda de nulidad de las adopciones de las dos actoras, Fátima y Paula , por parte del codemandado Sr. Casimiro , por considerar que era cosa juzgada, pues el juzgado nº 2 de Martorell ya había resuelto la nulidad pretendida de la adopción que ahora se vuelve a instar, mediante Auto confirmado por resolución de esta Sala de la Audiencia de Barcelona, de fecha 3-5-06, que apreciaron la caducidad de la acción.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO

-- Debe pues, examinarse en primer lugar si el proceso seguido ante el Juzgado de Martorell que terminó denegando la nulidad solicitada por caducidad de la acción y en el presente, concurren los requisitos de la cosa juzgada, tal como ha apreciado la sentencia hoy recurrida.

Y a este respecto, tal como ha dicho la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de marzo de 2012 , por todas, " La cosa juzgada material, como presupuesto procesal, se ha definido en la doctrina y en la jurisprudencia, sentencias de 5 de marzo de 2009 y 18 de junio de 2010 , como el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído sentencia firme, que excluye que en otro proceso se vuelva a juzgar la misma cuestión. Exige una serie de elementos para que pueda ser apreciada. Primero, la identidad subjetiva: afectará a las partes del proceso, dice el citado artículo 222 ,3º; es el mismo demandante contra el mismo demandado. Segundo: identidad objetiva, en el sentido de que se refiera al mismo objeto, lo que guarda relación con el último de los elementos. Tercero: identidad de la causa petendi, tal como dispone el artículo 222 .2: alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvenCIÓN, considerando como tales las peticiones de las partes y los hechos constitutivos de los títulos jurídicos que las fundamentan. Tal como dicen las sentencias de 13 de octubre de 2000 y la citada de 18 de junio de 2010 : "Efectivamente para que prospere la excepción de la cosa juzgada material, es doctrina jurisprudencial constante, es preciso que se den los siguientes datos: a) La existencia de un litigio distinto a aquél en que se alega, y b) La identidad de ambos litigios, la cual se determinará en una triple vertiente de identidades, como son las de las partes, las cosas y las acciones (por todas, las sentencias de 22 de junio de 1.987 , 18 de junio de 1.990 y 26 de noviembre de 1.990)".

En el caso ahora enjuiciado, no coincide la acción ejercitada planteada en el anterior proceso ante el Juzgado nº 2 de Martorell en que se solicitó la nulidad de actuaciones, en concreto, del Auto que acordó la adopción de las hoy actoras Fátima y Paula , mientras que en el presente proceso se ha planteado la nulidad del acto mismo de la adopción por haberse infringido normas de carácter imperativo, como era la obligatoriedad de recabar el asentimiento del Sr. Juan Francisco , padre de las adoptadas, respecto de su hija biológica que en el momento de la adopción era menor de edad, y su audiencia en el caso de la hija que en aquel momento ya era mayor de edad. Acciones previstas y reguladas en los artículos 238 y ss de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) y art 30 de la Llei 37/1991 relativo a la extinción de la adopción, en cuanto al primer proceso ante el Juzgado de Martorell , y art. 6,3 del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) , en lo que se refiere al presente procedimiento. La acción ejercitada en el primer proceso estaba sometida a un plazo de caducidad de dos años, mientras que la acción de nulidad absoluta de la adopción que ahora se ejerce no está sometida a plazo de caducidad alguno.

No se puede estimar por tanto, cosa juzgada, cuando en este segundo proceso -el actual- es distinta la pretensión y la causa de pedir, por lo que debe estimarse el recurso planteado en cuanto a este extremo, debiendo esta Sala entrar en el examen de la pretensión planteada por la parte actora, a la que los codemandados han mostrado su acuerdo.

TERCERO

- En cuanto a la acción ejercitada en el presente caso, prevista en el art. 6.3 del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#), conforme al criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo, entre otras en sentencia de fecha 10 de abril de 2007 "A) El 6.3 CC proclama la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Cuando el acto contraría o falta a algún precepto legal (pero respecto de él no se ordena mantener su validez o no se establece específicamente su nulidad) el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público(SSTS de 18 de junio de 2002 y 27 de febrero de 2004).

En los casos en que se establece específicamente la nulidad del acto contrario a la disposición legal, o esta consecuencia es inherente a su naturaleza y contenido, los efectos de esta sanción legal tampoco revisten carácter absoluto, sino que, mediante la adecuada interpretación de la ley, deben modularse, si resulta procedente, en función de la finalidad prevista en el precepto contrariado y, específicamente, de los derechos o intereses que se trata de garantizar, pues la declaración de nulidad no puede tener un carácter desproporcionado en relación con el objeto de la norma que trata de salvaguardarse frente al arbitrio individual mediante tan extremada sanción, especialmente en aquellos casos en los cuales, aun existiendo una contravención, no puede establecerse la existencia de una oposición radical entre el acto celebrado y la finalidad del precepto, pues no toda disconformidad del acto con la norma comporta la sanción de nulidad."

Debe pues, examinarse el defecto que según aduce la parte actora, se produjo al constituirse la adopción de las actoras, Sras. Fátima y Paula , mediante Auto del Juzgado nº 2 de Martorell de fecha 6-7-92 , para determinar si los actos realizados por todos *los implicados, o la ausencia de los mismos en el caso que nos ocupa, en que no se recabó el asentimiento, ni la audiencia del padre biológico de las adoptadas, son contrarios a normas imperativas, la finalidad de tales normas imperativas obviadas y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para determinar el grado de gravedad o levedad del caso, y con ello, la validez o nulidad del acto de la adopción que se insta.

CUARTO

-- Y a tal efecto, se ha acreditado que el actor Sr. Juan Francisco y la codemandada Sra. Ángeles se separaron quedando las dos hijas comunes bajo la guarda de su madre. Esta se volvió a casar con el Sr. Casimiro , quien convivió con las hoy actoras Fátima y Paula , desde antes de que éstas cumplieron 14 años, procediendo a su adopción que se constituyó por Auto del juzgado número 2 de Martorell de fecha 6 julio 1992 , en cuyo expediente no tuvo intervención el padre biológico pues se le citó en un domicilio en el que no vivía desde hacía dos años, según consta en la diligencia de citación, sin que se hiciera ninguna otra diligencia en su busca. En ese momento Paula tenía 20 años, y Fátima 17 años. La relación entre ellas y el padre biológico se había suspendido durante varios años, y ahora se ha restablecido, mientras que el padre adoptante, desde que se separó de la madre de las adoptadas, no ha vuelto a tener relación con ellas. Pretende ahora el padre biológico y las adoptadas anular la adopción para restablecer la relación paternofilial y los apellidos, a lo que la parte demandada, la madre y el padre adoptante, han mostrado su acuerdo. Cuando el padre biológico, Sr. Juan Francisco tuvo conocimiento de la adopción planteó su nulidad ante el juzgado nº 2 de Martorell, que apreció caducidad de la acción al considerar que dicha acción estaba sometida al plazo de caducidad de dos años para el padre o madre que no hubieren intervenido en el expediente de adopción ni prestado consentimiento. Esta resolución fue confirmada por esta Sala 18^a de la Audiencia de Barcelona que desestimó el recurso de apelación y confirmó la resolución apelada porque había transcurrido con creces, el plazo de los dos años previsto en aquella norma.

QUINTO

-- Sobre la imperatividad de la norma contravenida en este caso, debe recordarse que establecía el Art 24 de la Llei 37/1991 de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y la adopción, aplicable en el momento de la constitución de la adopción, " Han de donar el seu assentiment per a l'adopció", entre otros:... Els pares de l'adoptat. No cal l'assentiment si aquests han

estat privats legalment de la pàtria potestat o estan sotmesos a una causa de privació d'aquesta i tampoc en els supòsits determinats en l'article 19.2.

E indica el Art. 19.2 de la misma Llei: "Pot adoptar-se un major d'edat o un menor emancipat si aquest ha estat convivint ininterrompidament amb l'adoptant des d'abans d'haver complert catorze anys."

Y el art. 25 decía "El jutge ha d'escoltar en l'expedient d'adopció: a) Els pares que no han estat privats de la pàtria potestat però que estan sotmesos a una causa de privació d'aquesta."

En cuanto a la adoptanda que era menor de edad en el momento de la constitución de la adopción, el art 24 es claro. Los términos literales son imperativos de la norma legal aplicable resulta que el asentimiento a recabar del padre biológico. "In claris no fit interpretatio", de manera que debía recabarse el asentimiento del padre biológico de forma imperativa. El Tribunal Supremo en sentencias de fecha 20 de abril de 1987 y de 19 de febrero de 1988 dijo que "...el asentimiento , aun cuando resulta un trámite ineludible,... ni vincula (n) ni libera (n) al Juzgador... de forma que en cada caso deberá tener en cuenta y analizar minuciosamente todas las circunstancias concurrentes para decidir finalmente, de forma razonada, lo que mejor pueda resultar al menor". De modo y manera que debemos considerar como imperativo que se obtuviera la manifestación del padre sobre la adopción de su hija entonces menor de edad, con independencia del valor que se diera a la voluntad que en ese momento expresara. Pues, de eso se trataba en el expediente de jurisdicción voluntaria que se trató para constituir la adopción de Fátima y Paula , se debían recabar las manifestaciones de una serie de personas, cuyas manifestaciones tenían un diferente valor según emitieran su consentimiento, asentimiento o fueran oídas, mediante las que aportaban los elementos valorativos precisos de la decisión judicial, tanto en cuanto a los presupuestos de la adopción, como en relación a los beneficios que pudiera reportar a la, en este caso, adoptanda, pues sus intereses eran los que se debían proteger.

Concluimos pues, conforme ha quedado dicho, que de forma imperativa era preciso dar la oportunidad al hoy recurrente, Sr. Juan Francisco , de que hiciera sus manifestaciones, bien en forma de asentimiento, o su negativa a emitirlo, bien siendo oído si de sus manifestaciones se concluía que se hallaba en situación de haber sido privado de la patria potestad, permitiéndole la [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) utilizar el trámite previsto en su art. 1.827 para , en el caso de haber sido citado para ser oído, considerara que debía prestar su asentimiento.

Y a este respecto alega la parte recurrente que el padre biológico no tuvo intervención alguna en el expediente de adopción de Fátima y Paula , pues no pudo, por ignorar la vertencia del proceso, emitir o denegar su asentimiento, respecto de la hija que entonces era menor de edad, y ser oído respecto de la que ya era mayor de edad. Y eso es cierto, pues a pesar de que su domicilio no era difícil de conseguir, y así lo acredita mediante el acta notarial de manifestaciones aportada a los autos, y el certificado del Registro mercantil, registro público y por tanto de fácil acceso, en el que consta el domicilio social de su empresa, únicamente se efectuó una diligencia de citación en un domicilio en el que ya no vivía desde dos años antes, tal como consta en la diligencia. El Juzgado debió realizar más diligencias de búsqueda, no se agotaron todas las posibilidades de localización del padre biológico, a fin de darle la oportunidad de intervenir en el expediente para que hiciera sus manifestaciones y decidir entonces, con pleno conocimiento, si procedía o no la adopción solicitada. Es evidente pues, que la adopción se realizó a espaldas del padre biológico, por lo que se produjo indefensión al hoy recurrente.

SEXTO

-- Planteada así la cuestión litigiosa, esta Sala considera que la necesaria intervención del padre biológico en la adopción de su hija entonces menor de edad constituye un vicio jurídico insalvable de aquel proceso, y los efectos de su ausencia son invalidantes de la adopción acordada. La acción de nulidad así planteada, en base a lo previsto en el artículo 6,3 del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) determina la nulidad de la adopción, tal como pretende la parte recurrente.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en las siguientes sentencias:

Sentencia de fecha 9 de julio de 2001 que dice: "...exige para conseguir su ineficacia, la declaración de extinción, dado el carácter irrevocable de la adopción , en los supuestos permitidos ([artículo 180](#) del Código civil), o, como admite un cualificado y especializado sector doctrinal, con argumentos que esta Sala comparte, para el caso de que concurran vicios jurídicos insalvables, por sus efectos invalidantes, mediante el oportuno ejercicio de la acción de nulidad (en este supuesto no sometida al plazo de caducidad de los dos años). Entre estos últimos, destaca la invalidación o anulación del negocio por vulneración de derechos fundamentales. A la nulidad de la adopción , por infracción de derechos fundamentales, se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 1990 (recurso de amparo 373/1998) sobre un asunto en que "el órgano judicial desestima la pretensión de la actora sin

tener en cuenta que la falta de un trámite legal, como es la audiencia de la madre, sin culpa de ella, produce la nulidad de la adopción , porque esa infracción adquiere dimensión constitucional al producir indefensión y constituir, en consecuencia, una vulneración del artículo 24-1 de la Constitución ".

Y la sentencia del mismo Alto Tribunal de fecha 18 de enero de 2012 , que dice: "...Las sentencias citadas como infringidas declararon nulas las adopciones discutidas porque se produjeron diversas circunstancias que impidieron en cada uno de los casos que concurriera este consentimiento. La [STS 776/1999, de 21 septiembre \(RJ 1999, 6944 \)](#) , anuló el consentimiento prestado para la adopción previamente al nacimiento del hijo. La madre, que estaba embarazada, en el octavo mes de gestación, estimó que no podría hacerse cargo del hijo y por ello lo atribuyó a la entidad pública, a los efectos de la guarda inmediata, acogimiento familiar y adopción ; también prestó el asentimiento previo. La sentencia afirma que el asentimiento prestado por la madre resulta radicalmente nulo por su patente contradicción con una norma imperativa y declara la nulidad de pleno derecho de la adopción de acuerdo con el [Art. 6.3CC .](#)

La [STS 728/2001, de 9 julio \(RJ 2001, 4999 \)](#) declaró la nulidad por falta del asentimiento de la madre biológica en un procedimiento de adopción , puesto que el expediente se llevó a cabo de espaldas a la madre, a pesar de que ella pretendió personarse repetidas veces, sin conseguirlo. Admitió la acción de nulidad de la adopción "para el caso de que concurren vicios jurídicos insalvables, por sus efectos invalidantes".

SÉPTIMO

.- Diferente argumento jurídico precisa la nulidad de la adopción de la adoptanda que en el momento de la constitución de la adopción era mayor de edad, pues de la dicción del art. 25 de la Llei 37/1991 de 30 de diciembre, no se infiere la obligatoriedad de audiencia del padre biológico.

Dice tal precepto legal que deben ser oídos los padres que no han sido privados de patria potestad ni están sometidos a una causa de privación de ésta, de lo que se deduce que únicamente deben ser oídos los padres cuyos hijos son menores de edad por lo que se mantienen bajo su potestad, y a sensu contrario, no será preceptiva la audiencia de los padres que no tienen bajo su potestad a los hijos por motivo de ser éstos mayores de edad. Así lo entendió esta Sala en sentencia de fecha 29 de diciembre 2009 .

OCTAVO

.- Ahora bien, tal como decía la sentencia de fecha 10 de abril de 2007 a que nos hemos referido en el Fundamento de Derecho segundo de esta resolución que el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público (SSTS de 18 de junio de 2002 y 27 de febrero de 2004).

Y a este respecto debe tenerse en cuenta que, conforme a constante jurisprudencia, entre los fines pretendidos con la adopción destaca la supremacía del interés del menor, su integración en un núcleo familiar, pues se crean unos lazos de parentesco al mismo tiempo que se extinguen los que existían respecto de la familia biológica, en este caso del padre, Sr. Juan Francisco , pues los efectos de la adopción son los mismos que los de la filiación.

Criterios que son de aplicación no solo a la hija que era menor de edad en el momento de la constitución de la adopción sino también a la que era mayor de edad, que en caso de no seguir la misma suerte que su hermana se llegaría al absurdo de fractura de la relación de parentesco entre ellas, de manera que por razón de equidad debe acordarse la nulidad de la adopción de ambas.

A mayor abundamiento, en el caso de autos tiene especial relevancia que, mientras que la relación de Fátima y Paula con su padre adoptivo se ha roto, se ha restablecido tras un largo tiempo sin relación entre ellos. Así como el hecho de que todos los intervenientes están de acuerdo en que se estime la presente demanda y se restablezca la relación de filiación entre el Sr. Juan Francisco y sus hijas biológicas, Fátima y Paula , tanto la madre como el padre adoptante, además del padre biológico e hijas, parte actora de este procedimiento y ahora recurrentes, por lo que ningún perjuicio puede producirse con la estimación de la demanda.

Por todo lo cual, debe estimarse el recurso planteado.

NOVENO

-- Se acuerda por tanto, la nulidad de la adopción constituida por Auto del Juzgado nº 2 de Martorell de fecha 6 de julio de 1992 , lo que conlleva el restablecimiento de la filiación de Fátima y Paula respecto Don. Juan Francisco .

De conformidad a lo solicitado en la demanda rectora de este proceso, a cuyos pedimentos se remite el recurso, los apellidos de Fátima y Paula serán Pelayo .

DÉCIMO

-- Conforme al [Art. 398](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) no se hace expresa imposición de costas de esta alzada procedural, dada la estimación del recurso planteado.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

F A L L A M O S

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña. Fátima , Paula y Juan Francisco contra la sentencia dictada en fecha veintidós de diciembre de dos mil diez por el Juzgado de 1^a Instancia nº 18 de Barcelona , en los autos de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la expresada resolución, declarando la nulidad de la adopción constituida por Auto del Juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Martorell de fecha seis de julio de mil novecientos noventa y dos , restableciéndose la paternidad del actor Sr. Juan Francisco respecto de sus dos hijas, Fátima y Paula que a partir de ahora ostentarán los apellidos Pelayo .

No se hace expresa imposición de las costas del recurso

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación, de conformidad a lo dispuesto en el art. 477.2 , 3º de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) . Podrá también interponerse al mismo tiempo recurso extraordinario por infracción procesal, en los términos previstos en la Disposición Final 16^a,1º, 3^a en la Ley de Enjuiciamiento Civil . El recurso de casación se presentará ante este Tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el siguiente al de la notificación de esta sentencia.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.

Análisis del documento

Historia del caso

La descripción de la Historia del caso sólo está disponible en la opción Imprimir.