



Roj: **SAP LU 10/2007 - ECLI: ES:APLU:2007:10**

Id Cendoj: **27028370012007100010**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **10/01/2007**

Nº de Recurso: **390/2006**

Nº de Resolución: **16/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO VARELA AGRELO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LUGO

Sección 1ª

### **SENTENCIA N° 16**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Dª MARÍA JOSEFA RUIZ TOVAR

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ RAFAEL PEDROSA LÓPEZ

D. JOSÉ ANTONIO VÁRELA AGRELO

Lugo, a diez de enero de dos mil siete.

La Ilma. Audiencia Provincial de Lugo ha visto en grado de apelación el Rollo de Sala n.º 390/2006, dimanante del Juicio Ordinario n.º 282/2005 seguido en el Juzgado de Primera Instancia n.º Uno de Vilalba sobre declarar nulidad de testamento; siendo apelante el demandante Juan Pablo , representado por la procuradora Sra. Fernández Santos y asistido de la letrada Sra. Carballeira Pereira y apelada la demandada Ana , representado por la procuradora Sra. Carro Rodríguez y asistido de la letrada Sra. Alvarellos Fondo; actuando como ponente el Magistrado, Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO VÁRELA AGRELO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha veintinueve de junio de dos mil seis, el Juzgado de Primera Instancia n.º Uno de Vilalba, dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: QUE DESESTIMANDO INTEGRAMENTE LA DEMANDA presentada por la procuradora Sra. López Fernández, en nombre y representación de D. Juan Pablo , frente a Da Ana , DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a ésta de las pretensiones frente a ella instadas. Con imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por Juan Pablo , teniéndose por preparado el mismo y cumplidos los trámites del art. 458 y siguientes de la LEC. 1/2000 se elevaron los autos a la Audiencia Provincial para la resolución procedente, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección Primera.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites legales.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Consiste la contienda en la validez de un testamento que omite a un adoptado en forma menos plena conforme a Legislación anterior a la Reforma de 1.987.

La sentencia desestima la pretensión actora y contra esta decisión judicial se alza en apelación la parte actora.

SEGUNDO.- Estamos ante una cuestión jurídica pues los hechos están inequívocamente establecidos y pueden sintetizarse como sigue:

- a) Mediante escritura de 8-03-1965 Doña Emilia efectúa adopción menos plena de Jose Pablo .
- b) El día 20 de septiembre 1979 la citada Doña Emilia instituye único y universal heredero a su hijo adoptivo D. Juan Pablo .
- c) El día 14 de julio 1994 Doña Emilia otorga un segundo y último testamento en el que tras manifestar que carece de herederos forzosos, instituye única y universal heredera a su hermana de doble vínculo Doña Ana .
- d) Doña Emilia fallece el día 2 de julio de 2004.

TERCERO.- La primera y sustancial cuestión a dilucidar es el carácter de heredero forzoso del demandante pues si no lo es carece de sentido analizar el tipo de preterición que se habría producido. Mantiene la sentencia de instancia que no es heredero forzoso, y es este extremo el núcleo esencial del recurso que nos ocupa.

En el año 1965 existía la doble opción en materia de adopción entre la plena y la menos plena, siendo aquella una suerte de filiación, en tanto que esta no producía las mismas consecuencias, manteniéndose la filiación de origen, en atención a los distintos supuestos que hacían viable una u otra forma.

En el año 1978 la Constitución sienta el principio de Igualdad, que entre otras proyecciones abarca a los hijos evitando las discriminaciones por razón de nacimiento.

Ese principio de igualdad en materia de filiación se incorpora al Código civil en 1981 en la reforma dicha clase.

Años más tarde, en 1987, viene la reforma en materia de adopción que pone fin a la diferencia entre adopción plena y menos plena hasta entonces vigente, pero no elimina las consecuencias jurídicas previstas en la legislación derogada (de 1958), pues en la Disposición Transitoria 2ª estableció que subsistirían con los efectos que los reconocía la legislación anterior.

Nuestros altos tribunales han venido estableciendo que el régimen de igualdad instaurado en la Constitución de 1978 y desarrollado en 1981 en el Código civil debería aplicarse para todas las sucesiones abiertas tras la Constitución, provocando que la no discriminación en el ámbito sucesorio tuviera eficacia incluso para los nacidos durante la vigencia de un régimen jurídico diferente.

Pero no parece, que las mismas consecuencias puedan desplegarse respecto a los adoptados en forma menos plena, no solo por la expresa voluntad del legislador post-Constitucional de mantener explícitamente vigente los efectos derivados del régimen anterior, sino porque siendo la adopción menos plena un status jurídico mejorable de forma voluntaria, los adoptantes podrían proceder a la adopción plena, o instaurar vía testamento una equiparación de las consecuencias jurídicas, pues al fin y al cabo, la adopción era y es un negocio jurídico producto de una voluntad libre y consciente de los implicados en la misma, a diferencia de los componentes no siempre equiparables de la filiación biológica dentro o fuera del matrimonio.

Por tanto, no parece que pueda aplicarse vía equiparación de los hijos tras la Constitución la eficacia pretendida respecto a un adoptado de forma menos plena pues ello supondría sobreponer la voluntad del interprete judicial sobre la del adoptante y la del propio legislador que no quiso efectuar, cuando pudo hacerlo, tal igualación.

CUARTO.- Pero si las cosas son claras desde el punto de vista exegetico del marco jurídico aplicable, la conclusión se ve reforzada en el presente caso, en el que la adoptante:

- a) Adoptó al demandante de forma menos plena, cuando podría haberlo hecho en forma plena.
- b) No modificó tal régimen tras la modificación legal.
- c) El 20 de septiembre de 1979 instituye heredero al demandante.
- d) El 14 de julio de 1994 instituye heredera a su hermana, siendo este el último testamento.



La voluntad de la adoptante es inequívoca en el sentido de efectuar una adopción del tipo elegido; no modificar tal régimen, y finalmente no dejar herencia al que así había adoptado pues aunque hubiese tenido el deseo de hacerlo en 1979, tal voluntad fue cambiada en 1994.

La cuestión es si podemos los Tribunales de Justicia alterar esa nítida voluntad para reconocer derechos legítimos al denunciante, desconociendo la voluntad legislativa de subsistencia del régimen anterior fijada en 1987.

Entiende la Sala compartiendo el criterio con la de instancia, que no procede tal nivel de extrapolación de la doctrina jurisprudencial con quiebra de la seguridad jurídica que es un valor constitucional que también ha de proveer el ordenamiento jurídico y los órganos encargados de su aplicación.

QUINTO.- La complejidad de la cuestión debatida aconseja no hacer condena en costas en ninguna de las instancias único extremo en el que ha de modificarse la sentencia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### **FALLAMOS**

Se desestima el recurso de apelación.

Se mantiene la sentencia apelada con la única modificación de no hacer condena en costas.

Tampoco se hace imposición de costas en esta segunda instancia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al Rollo de sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.- Firmada la anterior sentencia por los Magistrados se hace pública incorporándose al Libro de Sentencias. Doy fe.