



Roj: **SAP BU 1193/2006 - ECLI:ES:APBU:2006:1193**

Id Cendoj: **09059370022006100331**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **2**

Fecha: **11/12/2006**

Nº de Recurso: **402/2006**

Nº de Resolución: **450/2006**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN MIGUEL CARRERAS MARAÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Burgos, núm. 3, 07-12-2005,
SAP BU 1193/2006**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BURGOS

SENTENCIA: 00450/2006

SENTENCIA Nº 450

SECCION SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

Burgos, a once de Diciembre de dos mil seis.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos, constituida por los Ilmos. Sres. D. Juan Miguel Carreras Maraña, Presidente; D^a. Arabela García Espina y D. Mauricio Muñoz Fernández,

Magistrados, siendo Ponente D. Juan Miguel Carreras Maraña, pronuncia la siguiente:

SENTENCIA

En el Rollo de Apelación nº 402 de 2006, dimanante de Juicio Menor Cuantía nº 478/2000, sobre nulidad testamentos, del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Burgos, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 7 de Diciembre de 2005, siendo parte, como demandante-apelada D^a. Maribel , representada en este Tribunal por la Procuradora D^a. Amelia Alonso García y defendida por la Letrada D^a. Ana Mutilba Obregón; como demandados-apelantes D^a. Ana María , D^a. Estíbaliz , D^a. Penélope , D. Domingo y D^a. Angelina , representados en este Tribunal por el Procurador D. José Roberto Santamaría Villarejo y defendidos por el Letrado D. José Miguel Arroyo Lorenzo y como demandados-apelados Lucas , Luisa , Marí Trini , Consuelo , Jose Enrique , Juan Ramón , Benito , Francisco , Paloma , Mauricio , Jose Augusto , Asunción , Juan Pedro .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la resolución apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por el Procurador Amelia Alonso García en nombre y representación de Maribel , frente a Luisa , Marí Trini , Consuelo , Jose Enrique , Juan Ramón , Benito , Francisco , Juan Pedro , Carlos Antonio , Ángel Jesús , Domingo , Ana María , Estíbaliz , Paloma , Angelina , Mauricio , Gaspar , Penélope , Asunción Y Lucas debo declarar y declaro nulo y sin valor alguno la testamentaria otorgados por D. Víctor y el otorgados por D^a. María Antonieta el mismo día 12 de noviembre de 1993, ante el Notario D. Julio Romero Maza y al nº 2934 y 2935 de su protocolo y con declaración de costas a los demandados opuestos, Ana María , Estíbaliz , Penélope , Domingo y Angelina



, conforme al art. 523 de la L.E.Civil y sin que proceda la imposición de costas respecto de los demandados allanados y declarados en rebeldía.".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de D^a. Ana María , D^a Estíbaliz , D^a. Penélope , D. Domingo y D^a Angelina , se interpuso contra la misma recurso de apelación, que fue tramitado con arreglo a Derecho.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido deliberada y votada la causa por esta Sala en fecha 14 de Noviembre de 2006 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo de impugnación articulado por la parte recurrente se fundamenta en la invocación de vicio de incongruencia con infracción del art 218 LECV , por no resolver todas las pretensiones de la contestación a la demanda. Ahora bien, examinado el escrito recurso puede comprobarse, por un lado, que no se solicita al amparo del art 227 LCV la nulidad de la sentencia de instancia, y, por otro, que la sentencia apelada aún con sucinta y lacónica motivación, no es incongruente, pues resuelve lo planteado en el proceso con estimación de la demanda y desestimación de la oposición a la demanda.

La sentencia de instancia estima la demanda por entender, y así lo expone de forma muy resumida, que el compromiso de vincular bienes a la hija adoptada se materializó en la resolución judicial de adopción. Esta consideración, que en efecto determina un análisis demasiado simple y poco riguroso del problema planteado, puede ser aceptada o rechazada, pero no supone incongruencia omisiva a los efectos del art 218 LECV o del art 24 CE , pues la sentencia de instancia ha resuelto la cuestión debatida en la demanda y contestación y ha expuesto la razón de decidir que fundamenta la decisión judicial.

Al respecto, puede recordarse lo dispuesto en la STC 30-04-2000 donde se dice "Comenzando por el primero de los derechos invocados conviene recordar que es doctrina reiterada de este Tribunal, por lo que se refiere específicamente a la denominada "incongruencia omisiva", desde la STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 2 , que resulta preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del art. 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras muchas, SSTC 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 74/1999, de 26 de abril, FJ 2; 132/1999, de 25 de julio, FJ 4; 85/2000, de 27 de marzo, FJ 3 y 101/2000, de 10 de abril, FJ 4). En definitiva, "no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del art. 24.1 CE (SSTC 1 etc.), doctrina igualmente acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (así, en las decisiones de los asuntos Ruiz Torija c. España, e Hiro Bolani c. España, ambas de 9 de diciembre de 1994)" (SSTC 26/1997, de 11 de febrero, FJ 4, y 16/1998, de 26 de enero, FJ 4). A estos efectos resulta preciso distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas. De tal modo que, si bien respecto de las primeras no sería necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica, aunque se omita el tratamiento particularizado de alegaciones concretas no substanciales, la exigencia de congruencia, referida a la pretensión misma, es más rigurosa. Concretamente, respecto de esta última, y para poder concluir que la omisión no alcanza relevancia constitucional, es preciso que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda razonablemente deducirse, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, cuáles son los motivos en que se fundamenta la respuesta tácita (por todas, SSTC 56/1996, de 4 de abril, FJ 4; 16/1998, FJ 4; 129/1998, de 16 de junio, FJ 5; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 2; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 2; 132/1999, FJ 4, y 193/1999, de 25 de octubre, FJ 4). Finalmente debemos añadir que, para que la denominada incongruencia omisiva adquiera relevancia constitucional, resulta obligado constatar que la cuestión cuyo conocimiento y decisión se dice que quedó imprejuzgada fue efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno (SSTC 305/1994, de 14 de noviembre, FJ 2; 172/1997, de 14 de octubre, FJ 6; 101/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 129/1998, FJ 5; 1/1999, de 25 de enero, FJ 2; 132/1999, FJ 4, y 85/2000, FJ 3). Y en la STC 12-02-2001 Es conocida la doctrina de este Tribunal conforme a la cual se ha venido declarando que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir constitucionalizada en el artículo 120.3 CE , es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de



los recursos (entre muchas, SSTC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 1; 14/1984, de 3 de febrero, FJ 2; 177/1985, de 18 de diciembre, FJ 4; 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3; 159/1989, de 6 de octubre, FJ 6; 63/1990, de 2 de abril, FJ 2; 69/1992, de 11 de mayo, FJ 2; 55/1993, de 15 de febrero, FJ 5; 169/1994, de 6 de junio, FJ 2; 146/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; 235/1998, de 14 de diciembre, FJ 2; y 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 5; y 214/2000, de 18 de diciembre, FJ 4). Por este motivo, cuando la sentencia o la resolución que ponga fin al procedimiento guarde silencio o no se pronuncie sobre alguna de las pretensiones de las partes, dejando imprejuizada o sin respuesta la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial, aun pudiendo estar motivada, incurre en el vicio de la incongruencia omisiva o ex silentio, denegadora de la justicia solicitada, que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que se reconoce en el artículo 24.1 CE . Por tanto, para adoptar una decisión favorable a la concurrencia del citado vicio, se debe comprobar el efectivo planteamiento de la cuestión que se dice eludida en el momento procesal oportuno y, sobre todo, si la ausencia de contestación por parte del órgano judicial ha generado indefensión. No puede hablarse de denegación de tutela judicial, en consecuencia, cuando el órgano judicial respondió a todas y cada una de las pretensiones esgrimidas, ya que solo la omisión o falta total de respuesta entraña vulneración de la tutela judicial efectiva. No debe olvidarse que no toda ausencia de pronunciamiento expreso a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pudiendo admitirse, excepcionalmente, su desestimación tácita, siempre que del conjunto de los razonamientos incluidos en la resolución y de las circunstancias concurrentes en el caso pueda inferirse razonablemente que el órgano judicial tuvo en cuenta la pretensión y, examinándola, tomó la decisión de desestimarla, omitiendo sólo el pronunciamiento expreso, pero no la decisión desestimatoria (entre otras muchas, SSTC 29/1987, de 6 de marzo, FJ 3; 175/1990, de 11 de noviembre, FJ 2; 3/1991, de 11 de marzo, FJ 2; 88/1992, de 8 de junio, FJ 2; 161/1993, de 17 de mayo, FJ 3; 4/1994, de 17 de enero, FJ 2; 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 56/1996, de 15 de abril, FJ 4; 26/1997, de 11 de febrero, FJ 4; 16/1998, de 26 de enero, FJ 4; 1/1999, de 25 de enero, FJ 1; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; y 86/2000, de 27 de marzo, FJ 4).

SEGUNDO.- Entrando en el fondo del asunto y del recurso, y en orden a su adecuada motivación y resolución conforme al art 120 CE y art 24 CE , es preciso realizar algunas previas consideraciones previas de orden fáctico esenciales para la resolución del presente Recurso de Apelación:

1ª.- Con fecha 18-11-1960 se aprueba la adopción menos plena de la menor Maite por parte de los padres adoptantes Víctor y María Antonieta , y con consentimiento del padre biológico de la menor: Juan Manuel . En esa resolución judicial, y en uno de sus Resultandos se dice que los adoptantes: "se comprometen al hacer la adopción en dejar a la adoptada los dos tercios de la herencia de ambos adoptantes."

2ª.- Con fecha 19-12-1960 y ante Notario se otorga escritura de adopción menos plena, donde se incluyen dos otorgamientos: uno referente a la propia adopción con los derechos y obligaciones que correspondan, y otro en relación con los apellidos, por lo que la menor adoptada pasa a llamarse Maribel .

3ª.- Los padres adoptantes, D. Juan Pedro y Dª María Antonieta , otorgan testamento abierto el día 12-11-1993 en documentos con número de Protocolo sucesivos, f 23 y ss, donde manifiestan carecer de descendientes y donde realizan disposiciones testamentarias a favor de hermanos y sobrinos pero si referencia alguna a la demandante en esta causa e hija adoptiva.

4ª.- D. Juan Pedro y Dª María Antonieta , fallecen en 1999, y en esta causa por la hija adoptiva se pretende la nulidad de sus disposiciones testamentarias de 1993 otorgadas ante el Notario D. Julio Romeo en fecha 11-12-1993 y con número de protocolo 2934 y 2945.

Sostiene la parte recurrente en el primero de sus motivos de impugnación que, como el fallecimiento de los causantes cuyos testamentos se pretende queden sin efecto por la parte demandante se produjo en 1999: "es obvio que la sucesión se debe de ajustar y acomodar a la ley de 1981 ".

Coincide la Sala con esta afirmación, pues se ajusta a una doctrina jurisprudencial constantemente reiterada, y así la STS de 27-09-2000 dice: "En el transcurso de cualquiera de esos expresados tiempos no es dable, jurídicamente, identificar negocio de adopción y decisión de los derechos sucesorios propios de los adoptantes aún cuando en el negocio de adopción se hayan fijado estos o se hayan dejado en obligación asumida y a determinar en disposición testamentaria o, a falta e dicha disposición, en declaración de herederos, formas de disponer o de declarar para heredar una y otra que, respecto a los derechos que encierran, han de referirse como establecen la Disposición Transitoria 12 del Código civil y sus arts. 657 y 661 , con arreglo a la legislación vigente a la muerte del causante, como hecho determinante de su nacimiento para su ulterior aceptación (sents. de 13 de julio de 1897, 25 de mayo y 5 de junio de 1917 y 8 de marzo de 1918, entre otras muchas), con las modificaciones que sea necesario hacer para adecuarse a esa normativa y respetando la posible disposición sucesoria existente en tanto no contradiga lo legalmente establecido de nuevo".



Ahora bien, no puede compartirse la conclusión que obtiene la parte recurrente en cuanto a la normativa aplicable en el peculiar caso que nos ocupa. Haciendo un sucinto repaso de la normativa precedente y, para concluir con lo dispuesto en la DT 8ª de la Ley 13/181 , puede realizarse la siguiente relación de normas:

- La adopción de la demandante se produjo, en el año 1964, con el carácter de adopción menos plena. La normativa aplicable era la redacción dada a determinados artículos del Código Civil por la Ley de 24 de Abril de 1958. Entre otros preceptos afectados por la Ley citada estaba el artículo 174 del meritado Código sustantivo, cuyo tenor literal quedó redactado en los siguientes términos: "El adoptado conservará los derechos sucesorios que le corresponden en la familia por naturaleza".
- La Ley 7/70, de 4 de julio, modificó el capítulo V del Título VII del Libro I del Código Civil, sobre adopción, en cuya Disposición Transitoria se estableció literalmente: "Las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones siempre que concurren los requisitos y formalidades en las mismas exigidos, pudiendo en tal caso quedar sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado".
- Las reformas introducidas, por Ley 11/81 y 21/87, en el artículo 178 del Código Civil , vinieron a establecer la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior biológica.
- La referida Ley 21/87, de 11 de Noviembre, en su Disposición Transitoria segunda , ha establecido: "Las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma.
- Por último la Disposición Transitoria Octava de la Ley 11/81 , indica que "Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación".

Tomando en consideración esta norma transitoria, es claro que el presente proceso sucesorio de los padres adoptantes de la actora se debe de regir por la normativa vigente en el momento de su fallecimiento, pues lo suplicado y debatido es la nulidad e ineficacia de sus testamentos otorgados en 1993 y la determinación de si en ellos fue preterida y olvidada la hija adoptiva. Ello supone que no solo debe de tomarse en cuenta la redacción de Código Civil dada por las leyes 11/1981 y 21/1987 , sino que debe de analizarse la nueva regulación de los hijos derivada de la Constitución Española y de la doctrina jurisprudencial derivada de su artículo 14 , bien entendido que en este caso no consta que los causante tuvieran otros hijos distintos de la actora.

Sobre esta cuestión son muy elocuentes dos sentencias del Tribunal Supremo que, siguiendo la línea interpretativa de la STC de 14-10-1987 , establecieron el principio de igualdad de los hijos al amparo del art 14 CE cualquiera que fuera la clase de su nacimiento y sin posibilidad de discriminación alguna.

Así, la STS de 10-02-1986 , en doctrina reiterada por la STS de 7-10-2004 , estableció: " Frente a dicha sentencia se formula el presente recurso desarrollado en 10 motivos, el cuarto de ellos de examen preferente por imperativo del principio de jerarquía normativa en cuanto con apoyo en el ordinal 5.º del artículo 1692 de la ley procesal, denuncia la infracción por no aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución española en conexión con el apartado 3 de su Disposición derogatoria y repetidas sentencias del Tribunal Constitucional, requiere para su adecuado examen y decisión sentar las siguientes premisas básicas: Primero.- La Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico español, es vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos desde el momento de su entrada en vigor (artículo 9 .º), y si bien los principios rectores de la política social y económica recogidos en los artículos 39 a 52 , aun cuando deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (artículo 53-3), sin embargo, los derechos proclamados en los artículos 14 a 38 son de aplicación directa e inmediata, sin perjuicio de que un posterior desarrollo legislativo pueda regular su ejercicio (artículo 53-1 .º); Segundo.- Consecuentemente, el principio de igualdad ante la ley sin discriminación alguna por razón de nacimiento que proclama el artículo 14 de dicho texto fundamental rige desde la entrada en vigor de la Constitución el 29 de diciembre de 1978, y, por tanto, los preceptos del Código Civil que trataban desigualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por estar basados en principios discriminatorios por razón de origen, quedaron sin eficacia por imperativo de la Disposición derogatoria 3 .ª de dicha Norma fundamental que declara expresamente derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo en ella establecido por inconstitucionalidad sobrevenida. (...) En aplicación de tales premisas debe afirmarse que si los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (artículo 657 del Código Civil) y si el fallecimiento del causante, padre común de los litigantes, se produjo el día 31 de enero de 1979, es decir, vigente ya la Constitución y con tal vigencia, y por imperativo del principio de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento proclamado en el citado artículo 14 y de la igualmente mencionada Disposición derogatoria 3 .ª, quedaron sin efecto los preceptos del Código Civil de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial



y entre ellos los que calificaban al nacido fuera del matrimonio de padre o madre casados como ilegítimo no natural, con las consecuencias que en el orden sucesorio tal condición llevaba aparejada, es manifiesto que debe darse lugar al indicado motivo cuarto en cuanto, por aplicación de normativa a la sazón derogada, niega al actor derechos sucesorios en la herencia del causante, padre común de los litigantes, y por tanto niega su preterición en la herencia, por su cualidad de hijo ilegítimo no natural, cualidad desaparecida desde la entrada en vigor de la Constitución. (...) Como quiera que en el testamento otorgado por el causante, el 5 de octubre de 1977, en el que instituyó herederos a los tres hijos matrimoniales, los hoy recurridos, resultó preterido el actor recurrente al devenir heredero forzoso a partir de la vigencia de la Constitución derogatoria de las disposiciones discriminatorias por razón de nacimiento, es manifiesto que a tenor del artículo 814 del Código Civil debe reducirse la indicada institución de herederos para dejar a salvo la legítima del preterido respetándose en todo lo demás lo ordenado por el testador, que es lo que estableció la sentencia del Juzgado revocada por la dictada en apelación y objeto del presente recurso.

Por su parte, de forma mas concreta y de directa aplicación en este caso la STS de 6-02-1997, estableció: " Pero lo que es preciso advertir es el concepto de familia: antes de la Constitución vigente, el concepto de familia era muy restringido y alcanzaba a muy poco más de la familia legítima; desde la vigencia de la Constitución y tras la consecuente reforma del Código civil por Ley 11/1981 de 13 mayo, el concepto de familia incluye a todos los hijos, sin discriminación por razón de su filiación", y añade con gran elocuencia: " Por otra parte, la disp. trans. 2ª Ley 21/1987 de 11 noviembre, que modificó el Código civil en materia de adopción, dispone que las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior... pero una cosa es la eficacia de la adopción simple, que se mantiene incólume, y otra, su inclusión en el concepto de hijo, sin discriminación, que debe mantenerse a ultranza desde la Constitución y desde la reforma del Código civil de 13 mayo 1981, a todos los efectos que se refieran a hijo o hijos en abstracto, como es el caso de revocación de donaciones, del art. 644 CC.", o como sería en nuestro caso en relación a la aplicación del art 807 CCV y del concepto de hijos y descendientes como herederos forzosos.

En definitiva, un hijo adoptado, aún en forma simple, antes de 1987 y de 1981 y en relación con la sucesión de los padres adoptantes fallecidos en 1999 y con testamento desde 1993, es un hijo, sin posibilidad de discriminación y de omisión o preterición y olvido en el testamento, y debe de mantener los derechos hereditarios que le confiere el art 807 CCV en relación con el art 806 CCV. Sostener que la demandante no tiene derechos sucesorios sobre sus padres adoptantes, aún en forma simple después del art 14 CE, sería tanto como desconocer la adopción y desconocer la atribución de los apellidos, y establecer un supuesto de discriminación contrario al art 14 CE en función del origen y de la causa de la filiación y supondría dejar fuera del ámbito de la familia de los adoptantes a su hija adoptiva y convertirla en una persona ajena y extraña al proceso sucesorio de los padres adoptantes y sería tanto como desconocer la adopción y como desconocer la posición de los hijos en el proceso sucesorio de sus padres.

En relación con esta cuestión, la STS de 30-05-1978 dijo: " un amplio y autorizado sector de la doctrina científica se pronunció en el sentido de que el incumplimiento de la obligación -promesa de instituir heredero- si no se hizo en testamento, implicaba el derecho del adoptado a convertirse en heredero universal al no existir hijos o descendientes legítimos o en concurrencia en la misma cuota que pudiese corresponderles, y si hubo testamento en favor de los legitimarios o de un tercero, con exclusión del adoptado, éste conservaba el mismo derecho. que pudiese corresponder a los hijos legítimos, criterio que tuvo el respaldo jurisprudencial, -en los casos en que este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, siendo punto de partida la sentencia de 19 de abril de 1915, donde se contempló un supuesto de hecho que trataba de la adopción de una niña cuyos padres adoptantes concedieron sus apellidos y prometieron instituir la heredera en la porción legitimaria que a favor de los hijos legítimos establecían las Luyes, promesa que no fue cumplida por los adoptantes, que carecían de herederos legítimos y murieron sin testar, habiéndose reconocido a dicha adoptada plenos derechos a la subsiguiente sucesión intestada, interpretación seguida, en cuanto a línea de principio, aunque referida a supuestos fácticos diferentes, por las sentencias de este mismo Tribunal de 9 de abril de 1942 y 30 de mayo de 1951 y últimamente por las de 11 de octubre de 1974 y 28 de enero de 1975, en la que es de insistir y, por tanto, debe ser mantenida en lo que supone de exacta valoración de la finalidad de lo que la adopción representa y representó en el período de tiempo a que el precepto aplicable se contraía, y al que como se manifestó en la invocada sentencia de 19 de abril de 1915 hay que estar, si no se quiere desnaturalizar la esencia de aquella institución, y puesto que corresponde a la Jurisprudencia la misión de suplir las omisiones involuntarias que presenten un precepto legal y en que sus redactores hubieran podido o puedan incurrir" Esta doctrina esta también recogida en SSTs de 28-01-1975 y 23-05-1970.

TERCERO.- Lo dicho supone que carece de relevancia en este caso la cuestión de si el "pacto sucesorio" recogido en el Auto de adopción es válido o inválido por no haber sido reproducido en la escritura de adopción, pues el fundamento de los derechos sucesorios de la actora no derivan tanto del pacto sucesorio referido en



el Auto Judicial de 1960, cuanto de haber sido preterida en el testamento de sus padres adoptivos, y de haber sido limitados los derechos sucesorios que le otorga el art 807 CCV .

A este respecto, y por si hubiere alguna duda sobre la interpretación de la D.T segunda de la ley 21/1987 , este Tribunal comparte plenamente la doctrina establecida en la SAP de Asturias, sección 6ª de 25-02-1998 donde se dice en un supuesto muy semejante al presente por las fechas de adopción menos plena y apretura de la sucesión y por las circunstancias concurrentes: " como quiera que la demandada, -adoptada en forma menos plena en Escritura de fecha 19 de septiembre de 1962 en la que no se contenía pacto sucesorio alguno a su favor-, a la muerte de sus padres adoptivos acaecida el día 2 de octubre de 1989, la de su madre Dª Elisa y el 27 de diciembre de 1989, el esposo de ésta, su padre D. Domingo, postulara ante el Juzgado de Primera Instancia de Castropol declaración de heredera abintestato de los mismos, lo que fue acordado por Auto de fecha 26 de abril de 1991, la actora, hermana de su padre adoptivo, que a su vez ante el Juzgado de Luarca había postulado y obtenido declaración de heredera abintestato del mismo por auto de fecha 20 de julio de 1995 , en el presente procedimiento, como así lo autoriza el art. 997 de la L.E.Civil , y la propia naturaleza del procedimiento en que se dictaron los precitados autos, de jurisdicción voluntaria, no productores por ello de la autoridad de cosa Juzgada- solicita la declaración de nulidad de la declaración de herederos abintestato de la hija adoptiva de su hermano y se le declare a ella única y universal heredera del mismo con la consiguiente condena de la demandada a restituírle todos los bienes que hubieren pertenecido a cualquiera de sus padres adoptivos. Pretensiones que la recurrida rechaza con fundamento en que, tras la promulgación de la Constitución, ha de reputarse derogada la regulación de la adopción invocada que distinguía a efectos sucesorios entre menos plena o simple y plena. (.....) La Disposición Transitoria de la Ley 11/81, de 13 de mayo de "Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio" estableció que las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después, por la nueva Legislación" alcance de la remisión que fue ya interpretada por la conocida sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 14 de octubre de 1.987 , en el sentido de que la misma comprende toda la legislación (no solo la contenida en el Código civil) de la que en sentido lato forma parte también la Constitución, de ahí que se concluya en la misma que a partir de su vigencia, (29 de diciembre de 1978) se consagró en este ámbito el principio de igualdad o no discriminación por razón de la clase de nacimiento (filiación, ya sea matrimonial, extramatrimonial o adoptiva) consagrado en su art. 14 .

De ello resulta que, en todas las sucesiones abiertas tras la entrada en vigor de la Constitución es aplicable el citado principio y así ya lo había declarado con anterioridad al dictado de esta Sentencia el propio Tribunal Supremo en la suya de fecha 10 de febrero de 1986 . Tal principio, tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 se plasma en el art. 108 en cuyo párrafo segundo se establece que "La filiación matrimonial y la no matrimonial así como la adoptiva (el término plena fue suprimido por Ley 21/87, de 11 de noviembre) surten los mismos efectos conforme a lo dispuesto en este Código", principio éste que en sede de derechos sucesorios recoge el art. 807 del mismo texto legal al desaparecer del mismo toda referencia a la naturaleza de los vínculos de filiación y descendencia, estableciendo su párrafo primero que son herederos forzosos "Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes".(....) Siendo ello así, si para hablar de legítima o sucesión forzosa es preciso que ya se hubiera producido el fallecimiento del causante que es el que determina la apertura de la sucesión de que se trate -sentencia del TS de 23 de septiembre de 1992 - claro es que en este caso para la determinación de quien ostenta la cualidad de heredero legitimario de los causantes, fallecidos intestados, ha de estarse al régimen vigente en la fecha de su fallecimiento, -diciembre del año 1989-. Régimen que es el que se deriva del amplio concepto de familia ya citado y que para lo que a los descendientes se refiere, incluye en la actualidad a todos los hijos, sin discriminación alguna por razón de filiación, esto es, no ya sólo a los hijos por naturaleza (matrimoniales o no matrimoniales), sino también a la filiación adoptiva. Hijos todos que gozan de preferencia sobre los parientes colaterales, como es la actora, según el orden de sucesión establecido en el precitado art. 807, en relación con el 943, también del Código Civil , lo que necesariamente determina el decaimiento del presente recurso y la confirmación del pronunciamiento desestimatorio contenido en la recurrida.

A esta conclusión no supone obstáculo alguno el derecho transitorio consagrado en las sucesivas reformas de la regulación de la adopción invocado en la demanda rectora de este procedimiento. El de la Ley 4/7/1970 , porque aunque la misma suprimió la modalidad de adopción menos plena introduciendo en su lugar la simple, ello no obstante no contiene norma imperativa en orden a la efectividad de tal cambio normativo en las adopciones precedentes, pues en su disposición transitoria esto se supedita a la voluntad de las partes (régimen este que es el que se interpreta en la sentencia del TS invocadas en la demanda de este procedimiento). Y el de la vigente, Ley 21/87 de 11 de noviembre porque aunque su disposición Transitoria 2ª dispone que las adopciones simples y menos plenas subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior" (lo que justifica la doctrina sentada por el TS en la sentencia de fecha 5 de octubre de 1991 también invocada en la demanda pero que no puede estimarse incida en la cuestión aquí planteada,



precisamente porque en la misma se reconocen derechos sucesorios a la hija adoptada en forma menos plena bajo el régimen de la Ley de 24 de abril de 1958 con fundamento en un pacto sucesorio contenido en la escritura de adopción, derechos de idéntica entidad a los que le hubieran correspondido de aplicarse la Ley que regla la sucesión de su madre adoptiva), el propio TS en su reciente sentencia de 6 de febrero de 1997, razona que "una cosa es la eficacia de la adopción simple (en este caso menos plena), que se mantiene incólume, y otra su inclusión en el concepto de hijo, sin discriminación, que debe mantenerse a ultranza desde la Constitución y desde la reforma del C.C. de 13 de mayo de 1981, a todos los efectos que se refieran a hijos o hijas en abstracto", como es el caso de los derechos legitimarios aquí discutidos del art. 807 citado. De ahí que al hablar el mismo de "hijos y descendientes" en abstracto, sin distinguir ni discriminar, entre las diversas clases, que duda cabe que en este caso el carácter de legitimaria en la herencia discutida lo ostenta la demandada en cuanto hija adoptiva de los causantes a que se refiere la declaración de herederos impugnada y no la causante de la actora".

En resumen, la demandante debe de participar en la herencia de su padres adoptantes no tanto por los pobres argumentos de la sentencia apelada en relación con la naturaleza del pacto sucesorio, sino por su condición de "hija" a los efectos del art 807 CCv y sin matización o discriminación alguna, y todo ello teniendo en cuenta que las normas que establecían diversos derechos sucesorios a los hijos adoptados en relación con otros hijos o herederos rompe la línea clásica de nuestro sistema Jurídico tradicional, pues, con apoyo exclusivo en el artículo 141 del Proyecto de 1951 se aparta de lo que había constituido la tradición española en la materia que con base en los precedentes romanos (especialmente Justiniano en dos, once y trece de la Instituta y XIII, título XLVIII, Constitución diez del Código) se consagra en las Partidas (Leyes 8 y 9 del título XVI de la Partida cuarta) las Leyes de Toro (Ley sexta) y Novísima Recopilación (Leyes primera y séptima del título XX del libro X), así como el Derecho Especial, del que es ejemplo Cataluña, que lo mantuvo inalterablemente, haciéndose eco actual de ello el artículo 125 de la vigente Compilación de 21 de julio de 1960, como igualmente se aparta de los precedentes legislativos extranjeros, sobre todo los Códigos- Francés (artículo 356) e Italiano de 1965 (artículo 567), a los que siguieron los más modernos de Alemania (parágrafo 1757), Suiza (artículo 268) e Italia de 1942 (artículo 567), todos ellos coincidentes en la misma dirección que se restablece en España por la reforma de 1970 en el sentido de equiparar los hijos adoptivos con los legítimos a los fines sucesorios que, con el grafismo que le caracteriza, se expresaba en el Código Alfonsino en el sentido que "el prefijado heredara todos los bienes del que le prohibió si muriese sin testamento e no viese otros hijos, e si los hubiese, partirá con ellos su parte como cualquier de ellos".

Todo lo dicho indica que la recurrente es hija de los fallecidos y que como tal debe de ser tomada en relación con los derechos sucesorios que quedan comprendidos en la herencia objeto del proceso.

CUARTO.- Ahora bien, lo referido no supone que los testamentos objeto de esta causa sean nulos de pleno derecho, sino que solo son "ineficaces", y sólo en la medida que vulneran los derechos legitimarios de la hija-demandante, conforme al art 806 CCV y al art 813 CCV, pues instituyen herederos y realizan disposiciones testamentarias con omisión de una heredera forzosa (SAP Madrid, Sec. 9ª 15-09-2005 y SAP Cádiz, Sección 4ª de 14-10-2004).

Ello implica que las instituciones hereditarias realizadas en los dos testamentos de 12-11-1993 serían válidas en la medida que puedan imputarse a la parte de libre disposición, y sin que sea objeto de este proceso determinar si la preterición de la hija de los litigantes fue intencionada o no intencionada, ya que no se ejercita en la demanda una acción de petición de herencia, ni una acción de preterición en forma acumulada o subsidiaria junto con la acción ejercitada de nulidad y falta de validez de los testamentos, ni es objeto de esta causa analizar la porción de herencia que corresponde al heredero omitido en la herencia de sus padres adoptantes, pues estará en función del carácter de la preterición y del concepto de legítima, y en función de las acciones que puedan ejercitarse, si hubiere lugar a ello. Bien entendido, por un lado, que el Tribunal Supremo en STS de 26 de abril de 1.997, se ha decantado por la concepción de la legítima como «pars hereditatis», que ha de ser abonada con bienes de la herencia, ya que los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario, y no se les puede excluir de los bienes que lo integran, salvo en los supuestos expresamente previstos (artículos 829, 839 y 840.1 del Código Civil); y bien entendido, por otro lado, que si se considera la preterición intencional se equipararía a la de la desheredación injusta (artículo 851 CCV). Ello supone el preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero sólo en principio a la legítima estricta o corta, es decir, un tercio, ya que la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue el privarle del todo y si por ley se le atribuye, no se puede extender a una parte (legítima larga) que corresponde a su libre disposición (entre hijos) y que voluntariamente nunca le quiso atribuir. La normativa imperativa, «ius cogens», de la legítima no alcanza a aquella parte (la mejora) que sí es disponible, aunque la disponibilidad venga limitada a los otros hijos o descendientes (STS de 9 de julio de 2.002. Igualmente, la STS de 6 de abril de 1.998 con cita de las SSTS de 23 de enero de 1.959, 9 de octubre de 1.975 y 13 de julio de 1.985). Ahora bien esta doctrina tiene una importante excepción que se da en el caso que solamente hubiere un legitimario, como podría suceder en este caso, con lo



que podrían corresponderle dos tercios de la herencia, como indica la STS de 7-10-2004 , al señalar:" Con esta inexcusable doctrina, resulta inadmisibile el motivo formulado por los recurrentes, pues olvidan que en el caso presente no hay concurrencia de la demandante, heredera forzosa (legitimataria), con otros legitimarios (como se desprende de la relación de hechos contenida en el fundamento de derecho primero), de tal manera que, siendo el único heredero forzoso de la actora, la legítima que le corresponde es la señalada por la sentencia que se recurre según sus propios y evidentes fundamentos; es decir, las dos terceras partes del haber hereditario, según lo previsto en el artículo 808 , en relación con el artículo 823, ambos del Código Civil ".

Ello supone que si hubo testamento en favor de un tercero o terceros, como ocurre en este caso, con exclusión del adoptado, éste conserva el mismo derecho que pudiese corresponder a los hijos legítimos, siendo esta apreciación consecuencia de la preterición indicada, y se aprecia por imperativo legal y de oficio, como admite la STS de 14-10-1997 y la SAP Asturias, Sec. 6ª de 19-12-2005 .

No se trata, pues, de declarar nulos los testamentos de los padres adoptantes de la actora, como se pide en la demanda y se admite en la sentencia de instancia, y, por ello, se estima el Recurso de Apelación, sino que lo procedente es considerar los testamentos de los padres de la actora como válidos, pero "ineficaces", en cuanto a las instituciones hereditarias que realizan (f. 25 testamento de Juan Pedro , y f.32 en relación con el testamento de María Antonieta) en perjuicio de la legítima de Mª. Jesús, y que vulneran la intangibilidad de la legítima en favor de los hijos legitimarios, como se deriva del art 814 CCV , que dice que "a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador".

Ahora bien, este Tribunal, y no habiéndose ejercitado con la demanda: ni acción de petición de herencia, ni acción de partición, ni habiéndose debatido en el Juicio si la Preterición fue o no intencionada, ni siendo objeto de la causa la cuantía de los derechos hereditarios, considera que no puede fijar la determinación exacta del caudal hereditario de la actora, ni el alcance de la ineficacia de las disposiciones testamentarias de sus padres; y, por ello, solo cabe, para garantizar el derecho de defensa y de congruencia del art 24 CE y art 218 LECV , estimar parcialmente la demanda en relación con la ineficacia de las instituciones y disposiciones hereditarias que perjudiquen la legítima hereditaria de la hija-demandante.

Si se siguiera plenamente la tesis de la parte actora resultaría que como los testamentos son nulos debe de abrirse la sucesión intestada, ahora bien, ello sería desconocer la presencia de los testamentos y la facultad de disponer por los causantes al menos de su tercio de libre disposición de forma plenamente libre, así como supondría olvidar que la preterición de un heredero no determina la nulidad del testamento o su consideración como "no perfecto", sino únicamente la ineficacia en el aspecto de la institución de heredero. (SAP de La Coruña, Sección 4ª, de 14 de octubre de 2.004 y SAP de Madrid, sección 9ª de 15-09-2005). Por ello, en el presente caso a la vista del suplico de la demanda, y toda vez que en el mismo se pide la nulidad de los testamentos y que se declaren sin valor, lo pertinente es revocar la resolución recurrida en cuanto estima aquella nulidad, pero con el alcance que se ha expuesto de entender válidos los testamentos, como pide la parte recurrente, pero ineficaces las instituciones hereditarias y las disposiciones testamentarias que vulneren los derechos legitimarios de la hija-demandante y recurrida en esta Alzada.

En definitiva, la estimación del recurso es parcial, pues aún cuando los testamentos se declaran válidos, como pide el recurrente-demandado, y en este punto no se estima la demanda, sin embargo debe de considerarse, como consecuencia implícita y sin vulnerar el principio dispositivo y de congruencia (art 218 LECV), que solo lo serán en tanto en cuanto que la hija demandante debe de conservar sus plenos derechos legitimarios del art 808 LECV y art 813 CCV, y concurrir en las herencias de cada uno de sus padres-adoptantes con los terceros instituidos herederos por sus padres en la proporción que le corresponda como legitimaria, y con ejercicio de las correspondientes acciones, si fueran procedentes, y en los términos del art 814 CCV a los efectos de que se realicen las reducciones que puedan perjudicar su legítima.

Al respecto, debe de recordarse que las instituciones hereditarias y las disposiciones hereditarias que perjudican la legítima son inoficiosas y se tienen por no puestas y por ineficaces, pues como expresa la STS de 7 de octubre de 2.004 , la preterición protege al legitimario en la intangibilidad cuantitativa de su legítima ya que como declaración de principio, el artículo 814 CC comienza diciendo que la preterición de un heredero forzoso o legitimario no perjudica la legítima, y termina previendo que, a salvo de las legítimas, tendrá preferencia en todo caso a lo ordenado por el testador.

En consecuencia, y para concluir, lo procedente será mantener la vigencia de los testamentos, pero con ineficacia de sus instituciones hereditarias, pues como se indica en la demanda (F 10): "la demandante es heredera legítima de la testadora con derecho a sucederla". Esto supone que se atiende a la pretensión de la parte actora en la medida que en la demanda se hace referencia a que la actora sea considerada hija de la testadora, y en la medida de que solicitada la nulidad de los testamentos. No obstante, como se viene indicando, la estimación de la demanda es parcial, pues los testamentos, son válidos en si mismos y en



relación con el tercio libre de esa disposición, pero ineficaces en la parte que vulneran la legítima y los derechos legitimarios de la hija demandante y recurrida.

QUINTO.- No procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias, en virtud de lo dispuesto en los artículos 394-2 y 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2.000, de 7 de enero, dada la estimación parcial del recurso y de la demanda y, además, en consideración a la complejidad jurídica de las cuestiones planteadas en esta causa

FALLO

Por lo expuesto, este Tribunal decide:

Estimar parcialmente el Recurso de Apelación interpuesto por la representación de D^a. Ana María, D^a Estíbaliz, D^a. Penélope, D. Domingo y D^o. Angelina, contra la Sentencia dictada el 7 de Diciembre de 2005, por la Sra. Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Burgos, en los autos de Juicio Menor Cuantía nº 478/2000 y, en consecuencia, revocar en parte la citada resolución en el sentido de estimar parcialmente la demanda interpuesta por D^a. Maribel contra D^a. Ana María, D^a. Estíbaliz, D^a. Penélope, D. Domingo y D^a. Angelina, Lucas, Luisa, Marí Trini, Consuelo, Jose Enrique, Juan Ramón, Benito, Francisco, Paloma, Mauricio, Jose Augusto, Asunción, Juan Pedro, en el sentido de declarar la ineficacia de las instituciones hereditarias y disposiciones testamentarias de los testamentos abiertos de fechas 13-11-1993 otorgados por D. Víctor y D^a María Antonieta en la medida en que restrinjan o limiten los derechos legitimarios de la parte actora.

Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias del proceso.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de apelación, notificándose a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Juan Miguel Carreras Maraña, estando celebrando Audiencia Pública el Tribunal en el mismo día de su fecha, de lo que yo el secretario. Doy fe.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.