



Roj: **SAP O 2355/2008 - ECLI:ES:APO:2008:2355**

Id Cendoj: **33024370072008100450**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **12/09/2008**

Nº de Recurso: **718/2007**

Nº de Resolución: **465/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAMON IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Gijón, núm. 2, 20-07-2007,**  
**SAP O 2355/2008**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

GIJON

SENTENCIA: 00465/2008

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS

SECCIÓN SÉPTIMA

GIJÓN

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000718 /2007

**SENTENCIA Núm. 465/08**

Ilmos. Sres. Magistrados:

PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO

MAGISTRADOS: D. RAMÓN IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE

D. JULIÁN PAVESIO FERNÁNDEZ

En GIJON, a doce de Septiembre de dos mil ocho.

VISTOS, por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en Gijón, los presentes autos de P. Ordinario nº 1327/06, Rollo núm.718/07, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm.2 de Gijón; entre partes, como Apelante DOÑA Montserrat , representada por el Procurador Sr. Tuero de la Cerra, bajo la dirección letrada de Dª Enma Tuero de la Cerra, como Apelados Dª Soledad , representada por el Procurador Sr. Moliner Glez, bajo la dirección letrada de D. Dª Loreto Martínez De Vega Fernández, y D. Jesús Luis , declarado en situación procesal de rebeldía.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 20 de julio de 2007, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:" Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Mateo Moliner Glez, en nombre y representación de Dª Soledad , contra Dª Montserrat y D. Jesús Luis debo declarar y declaro: 1º) Que la actora Dª Soledad , que fue adoptada por los esposos causantes D. Adolfo y Dª Elvira , en el año 1961, es la única heredera forzosa de dichos causantes. 2º) Que a la actora Dª Soledad , por aplicación del instituto de la preterición no voluntaria, le corresponden dos tercios de la herencia de su madre adoptiva Dª Elvira , y en consecuencia se anula la institución de heredero



establecida por la causante en su testamento de fecha 9-01-1964 a favor de su esposo D. Adolfo en lo que exceda del tercio de libre disposición, sin perjuicio del derecho de este último al usufructo del tercio destinado a mejora. 3º) Que no estando probada la causa establecida por D. Adolfo en su testamento otorgado en fecha 26-04-2006, para desheredar a la actora Dª Soledad, se anula la institución de herederos establecida por el causante a favor de los codemandados Dª Montserrat y D. Jesús Luis en lo que exceda del tercio de libre disposición, declarando que la actora tiene derecho a las dos terceras partes del haber hereditario del causante como única heredera forzosa del mismo. 4º) No se hace especial pronunciamiento en materia de costas judiciales"

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de Dª Montserrat, se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, donde se registró al Rollo nº 718/07, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la celebración de la preceptiva Votación y Fallo el pasado día 11 de septiembre del año en curso.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante, Dª Soledad, cuando contaba veintiséis años de edad y se llamaba Bárbara - fue adoptada en forma menos plena por D. Adolfo y su esposa Dª Elvira, en virtud de Escritura Pública otorgada el 3 de febrero de 1.961 ante el Notario de Gijón D. Tomás Albi Agero, tras haber sido aprobada la adopción menos plena por Auto dictado el 21 de enero de 1.961 por el Juzgado de Primera instancia nº 2 de Gijón, en expediente de adopción nº NUM000.

Dª Elvira falleció en Gijón el 3 de mayo de 2.006, habiendo otorgado testamento el día 9 de enero de 1.964, ante el Notario de Gijón, D. Emiliano Javier Mogola Valdés, en el que declaraba lo siguiente: «PRIMERA: que está casada con D. Adolfo, de cuyo matrimonio, único que contrajo, no tiene sucesión, careciendo por tanto de descendientes y habiendo fallecido sus ascendientes. SEGUNDA: Instituye único y universal heredero de la totalidad de sus bienes, derechos y acciones, a su esposo D. Adolfo».

D. Adolfo, por su parte, falleció en Gijón, en estado de viudo, el 24 de octubre de 2.006, habiendo otorgado su último testamento el 26 de abril de 2.006, ante el Notario con residencia en Gijón, D. Carlos León Matorral, en el que declaraba lo siguiente: «PRIMERA.- Lega a su esposa nombrada el usufructo universal vitalicio y con facultad de tomar posesión de este legado (...). SEGUNDA.- Deshereda a Dña. Soledad de cuantos derechos legitimarios o sucesorios le pudieran corresponder en virtud de la adopción menos plena que se pactó con ella en el año 1961, si algún derecho se estableció en la escritura suscrita para ello, por la causa establecida en el punto 1º del Art. 853 del código civil. TERCERA.- Instituye herederos por partes iguales a D. Jesús Luis y a Dª Montserrat, por los años de atención y trabajo que dedico al testador. Sustituye a los nombrados, en caso de premoriencia, renuncia o incapacidad, por sus respectivos descendientes por stirpes».

Pues bien, la demandante, Dª Soledad, no estando conforme con la preterición sufrida en el testamento de su madre adoptiva, ni con la desheredación padecida en el de su padre adoptivo, ejercita en el procedimiento del que trae causa el presente recurso de apelación, acción contra Dª Montserrat y contra D. Jesús Luis (hijo de la actora) por la que pretende: 1º.- que se declare la nulidad de la institución de heredero hecha por Dª Elvira, en el testamento otorgado el día 9 de enero de 1.964 a favor de su esposo D. Adolfo, por preterición voluntaria de su hija -la actora-, en lo que exceda del tercio de libre disposición, debiendo declararse heredera forzosa a dicha hija, con derecho a dos tercios de la herencia de la causante; y 2º.- que se declare que no concurren las causas de desheredación invocadas por D. Adolfo, en su último testamento otorgado el día 26 de abril de 2.006, debiendo declararse heredera forzosa a su hija Dª Soledad, con derecho a dos tercios de la herencia del causante.

D. Jesús Luis no compareció ni contestó a la demanda, y fue declarado en rebeldía. La otra demandada sí contestó y se opuso a las pretensiones de la actora, negando que ésta tuviese derechos sucesorios en las herencias de sus padres adoptivos.

La Sentencia recaída en la primera instancia estima la demanda en su integridad, por concluir la Juzgadora "a quo" que la demandante, como hija adoptiva de Elvira, era la única heredera forzosa de ésta, al tiempo de su fallecimiento, que, asimismo, era la única heredera forzosa de D. Adolfo, al tiempo del fallecimiento de éste, y que no era cierta la causa de desheredación invocada en el testamento de D. Adolfo. No obstante, no impone las costas a ninguna de las partes, en atención a las dudas de Derecho que suscitaba la cuestión



Contra dicha Sentencia se alza en apelación la demandada D<sup>a</sup> Montserrat , que mantiene en ésta instancia sus iniciales pretensiones, y solicita que se revoque dicha Sentencia y se dicte otra por la que se desestime la demanda en su integridad, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

SEGUNDO.- Sostiene la parte apelante que la actora fue adoptada en forma menos plena, sin atribución de derechos sucesorios a la adoptada en las herencias de los adoptantes, afirmaciones ambas que son ciertas, pues en la Escritura Pública de 3 de febrero de 1.961 en la que se formalizó la adopción se expresaba textualmente que «don Adolfo y Doña Elvira , adoptan de forma menos plena como hija, a la compareciente Doña Bárbara , concediéndole todos los derechos que las Leyes reconocen a favor de esta clase de hijos», y el párrafo 3º del artículo 180 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1.958, vigente en la fecha en que se formalizó la adopción, establecía que el adoptado en forma menos plena sólo tendría en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, mientras que el artículo 174 disponía que el adoptado conservará los derechos sucesorios que le corresponden en la familia por naturaleza.

Ahora bien, de esta constatación no se puede extraer la conclusión de que la demandante carezca de derechos sucesorios en la herencia de sus padres adoptivos, pues es doctrina constante y reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo la que viene declarando que los derechos sucesorios de los hijos se determinan en función de la legislación vigente al tiempo de la apertura de la sucesión de que se trate, que, a su vez, viene determinada por la fecha del fallecimiento del causante (entre otras, Sentencias de 10 de febrero de 1.986, 23 de septiembre de 1.992, 27 de septiembre de 2.000, 18 de septiembre de 2.006, y 31 de julio de 2.007), y ello en función de que conforme a lo dispuesto en el artículo 657 del Código Civil, los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, y no antes, y de que la Disposición Transitoria Octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, dispuso que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor dicha Ley se regirían por la legislación anterior, y las abiertas después por la nueva legislación, siendo así que, a efectos sucesorios, el concepto de hijo, -o, como en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2.006, el de hijo legítimo-, no puede interpretarse según la legislación existente al tiempo de formalizarse la adopción, ni tampoco según la vigente al tiempo de ser otorgado el testamento, sino que debe hacerse a la luz de la legislación vigente al tiempo del fallecimiento del causante, de modo que, una vez que la Constitución Española de 1.978 consagró en sus artículos 14 y 39.2 el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento o de filiación, la Ley 11/1981 dispuso -dando nueva redacción al artículo 108 del Código Civil -, que la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, modificadora del Código Civil en materia de adopción, suprimió la distinción entre adopción plena y simple (ésta última había sustituido a la adopción menos plena en la modificación que introdujo en el Código Civil la Ley 7/1970, de 4 de julio), resulta obvio que los hijos por naturaleza -matrimoniales y no matrimoniales- y los adoptivos, tienen los mismos derechos en la herencia de sus padres, como resulta de lo dispuesto en el artículo 807.1º del Código Civil, que en la redacción que le dio la Ley 11/1981, declara que son herederos forzosos los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, sin hacer distinción alguna por razón de la clase de filiación, y esta equiparación se mantiene incluso en aquéllos casos en que esa igualdad no estaba legalmente reconocida en el momento en que se produjo la adopción o se otorgó el testamento, siempre que lo estuviese ya al tiempo del fallecimiento del causante, por ser éste, según se ha expuesto, el momento que determina la apertura de la sucesión y las personas llamadas a ella.

Y es que, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2.006, a la vista de la STC 33/1983, que admitió la constitucionalidad de la distinción de efectos entre la adopción plena y la adopción menos plena, debe entenderse que la extensión del principio de identidad de filiación a los hijos adoptivos no es consustancial al principio de no discriminación por razones de filiación, pero implica la introducción por el legislador de un criterio de igualdad que coloca la situación de éstos bajo la cobertura del principio de igualdad en la aplicación de la ley. La STC 59/1982 -seguida por otras posteriores, como la STC 197/2000 - declara que «para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma [...] tiene relevancia jurídica es menester demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados. Esta regla o criterio igualatorio puede ser sancionado directamente por la Constitución (por ejemplo, por vía negativa, a través de las interdicciones concretas que se señalan en el artículo 14), arrancar de la Ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del Derecho»; principio que, tras las reformas del Código Civil de 13 de mayo de 1981 y 11 de noviembre de 1.987, se plasma en los artículos 108.3 y 807 del Código Civil, ya mencionados. A este respecto, -concluye la Sentencia de 29 de septiembre de 2.006- la STS de 23 de mayo de 1991 declaró que «[l]os artículos 14 y 39-2.º de la Constitución, no implican una "constitucionalización" de los derechos de los hijos en punto a su igualdad respecto de los padres más que en los que sean de la sangre, sin posible discriminación de sin son "intra" o "extra" matrimoniales como se infiere del párrafo 3 del mismo artículo 39, pero sin que



se configure un derecho de igualdad respecto de los adoptivos con relación a la familia del adoptante, pues tan sólo se define ese derecho de orden legitimario en la herencia del padre adoptante, y no por disposición constitucional obviamente, sino a través del artículo 823 del Código Civil según redacción de la Ley de 13 de mayo de 1981 »; pero continúa diciendo dicha Sentencia que a partir de la modificación legislativa del régimen de filiación, entre otras consecuencias, la jurisprudencia (cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1997, 22 de junio de 2.002 y 15 de febrero de 2005, y la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de julio de 2004) ha sido constante en la equiparación de las referencias genéricas a los hijos o descendientes legítimos efectuadas en actos o contratos de disposición gratuita inter vivos o mortis causa o con efectos sucesorios como comprensivas de los hijos adoptivos, con la importante distinción de fundarse en la necesidad de evitar la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, cuando la referencia se contiene en un texto legal, o en el hallazgo de la intención presunta del testador o donante, cuando se trata de una disposición testamentaria o de liberalidad.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2.006, partiendo de este mismo principio, concluye que su lógica consecuencia «es que las reformas introducidas por Ley 11/1981 en el artículo 108 CC vinieron a establecer la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica. Con ello se superaba claramente el régimen anterior, pues no sólo los dos primeros párrafos del artículo 176 CC (que establecían la igualdad de derechos del adoptado y su parentesco con la familia del adoptante), introducidos por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, no existían en la Ley de 4 de julio de 1970, sino que ésta suprimió el párrafo 174 V de la anterior Ley de 24 de abril de 1958, que establecía que «el adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza», dando lugar ya entonces a opiniones doctrinales favorables, junto con otras contrarias, a la tesis de que el adoptado perdía sus derechos sucesorios en la familia de origen. Es cierto que la Ley 30/1981 derogó el art. 176 CC. Sin embargo, esta derogación no puede ser interpretada en el sentido de que la Ley 30/1981 pretendió restringir un principio que constituía uno de los aspectos principales del acomodo a la Constitución del régimen legal de paternidad y filiación, pues bien puede decirse, que, proclamada con carácter absoluto la equiparación de la filiación adoptiva a los demás tipos de filiación en el art. 108, el referido precepto constituía en este aspecto una mera consecuencia, por lo que la derogación de aquél no tenía otros efectos que los inherentes a razones de oportunidad legislativa o si se quiere, como ha dicho algún autor, a la comisión de un «bochornoso error de nuestros legisladores», pronto remediado. En todo caso, como es bien sabido, y subraya con especial énfasis la parte recurrente, en el momento del fallecimiento del causante el precepto había vuelto a entrar en vigor, pues con el mismo texto de la Ley 11/1981 fue reintroducido por el art. 5 de la Ley 13/1983, de 24 de octubre. En resolución, la equiparación de la filiación entre los nacidos dentro y fuera del matrimonio, que estableció por razones constitucionales la Ley 11/1981 mediante la modificación del CC, se extendió por esta Ley a los hijos adoptivos estableciendo un criterio de identidad o igualación y esto llevaba consigo, como lógica consecuencia, la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptante [quiere decir, obviamente, el adoptado] y la familia biológica -salvo los limitados efectos previstos por la Ley, necesitados de una interpretación restrictiva- y, consiguientemente, la de los derechos hereditarios que aquel pudiera ostentar respecto de ésta». Esta Sentencia, en atención a dichos razonamientos, rechaza la pretensión de reconocimiento de derechos sucesorios a una hija adoptada en forma plena en el año 1.975, en la herencia de su padre biológico, que había fallecido en el año 1.984. De donde cabe racionalmente deducir que, si los hijos adoptados (en cualquier forma) pierden toda clase de vínculo jurídico con su familia biológica en las sucesiones abiertas a partir de las reformas introducidas por la Ley 11/1981 y la Ley 21/1987 (con las limitadas excepciones que recoge la Sentencia, ninguna de las cuales afecta a la cuestión que aquí se dirime), es porque lo contraen con los adoptantes, pues repugnaría al buen sentido y a la lógica que quedasen en una suerte de limbo jurídico en el que perdieran toda clase de derecho sucesorio por razón de parentesco.

En consecuencia, la demandante sí era heredera forzosa de sus padres adoptivos en las fechas en que éstos fallecieron, aunque en su momento fuese adoptada en forma menos plena, por lo que en este particular debe ser desestimado el recurso interpuesto.

TERCERO.- Cita la parte apelante en apoyo de su tesis la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2.000. Ciertamente, dicha Sentencia resuelve un supuesto muy semejante al que nos ocupa, en el que una hija que había sido adoptada en el año 1.964 solicitaba que se le reconociesen derechos sucesorios en las herencias de los adoptantes, que habían fallecido en los años 1.983 (el padre) y 1.990 (la madre), y lo hace en el sentido de negar a la demandante su condición de heredera respecto de aquéllos, en atención a dos hechos que considera probados, y a un razonamiento jurídico. Los hechos son: 1º- que la adopción fue en forma menos plena; y 2º- que en los testamentos de los adoptantes no se le había reconocido a la adoptada ningún derecho sucesorio. Y el razonamiento es el siguiente (fundamento jurídico sexto): «en la adopción menos plena (como es la que aquí nos ocupa, según hemos razonado en el Fundamento jurídico anterior de esta resolución), según establecía el párrafo 3º del artículo 180 del Código Civil (en su redacción dada por la Ley de 24 de Abril de



1958, que es la aquí aplicable, según ya tenemos dicho), el adoptado, como tal, sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción». Es de ver que no se hace en dicha Sentencia la más mínima alusión a los efectos que las modificaciones introducidas en el Código Civil por las Leyes 11/1981 y 21/1987 podían causar en las sucesiones abiertas con posterioridad a su entrada en vigor, y es por ello, y por tratarse de una resolución aislada (no ha sido seguida por ninguna otra del Alto Tribunal), sus conclusiones, carentes de toda argumentación sobre aquéllos efectos (aunque fuese para negarlos), no pueden prevalecer sobre la elaborada doctrina que ha quedado expuesta en el anterior fundamento jurídico, plasmada en las sentencias que allí se citan, y que ha sido seguida, en supuestos similares, en las Sentencias de ésta Audiencia Provincial de Asturias de 25 de febrero de 1.998 (Sección 6ª) y 19 de octubre de 2.001 (Sección 5ª).

CUARTO.- Sostiene la parte apelante que la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2.000 en que se basa la Sentencia recurrida contempla unas circunstancias muy diferentes a las del presente litigio, y que, por ende, las consecuencias también deben ser distintas; tales circunstancias son, a juicio de la apelante, que en aquélla Sentencia la adoptada era una menor de edad, con nueve años, mientras que en este supuesto la demandante fue adoptada cuando contaba veintiséis, y que en aquel caso los adoptantes habían asumido en la escritura de adopción el compromiso de instituir heredera a la adoptada. Siendo ello cierto, no lo es menos que tales circunstancias no tuvieron verdadera trascendencia en la resolución de la cuestión que allí se planteaba, si bien, sí habría de tenerla el hecho de que en aquel caso, los adoptantes fallecieron en abril y julio del año 1.978, es decir, antes de la publicación de la Constitución y, lógicamente, de las posteriores Leyes modificadoras del Código Civil a las que hemos venido aludiendo, motivo por el cual no hace referencia alguna a ellas, y sí solo a las modificaciones introducidas en aquel Código por la Ley de 4 de julio de 1.970, pues eran las vigentes al tiempo del fallecimiento de los causantes, si bien hemos de aclarar que en dicha Sentencia se expresa con claridad que la apertura de la sucesión se rige por la Ley aplicable en el momento en que se produce el fallecimiento del causante, que con arreglo a dicha Ley han de interpretarse las disposiciones testamentarias, y que ha de aplicarse a la herencia cuestionada la legislación vigente en el tiempo de producirse, que no es otra cosa que decir que los derechos sucesorios de los hijos se definen con arreglo a la legislación vigente en la fecha del fallecimiento del causante, tal y como expusimos en el fundamento jurídico tercero de la presente resolución, por lo que, sólo a tales efectos, citábamos allí la referida Sentencia de 27 de septiembre de 2.000, entre otras varias, y este era el motivo por el que se citaba, en realidad, también en la apelada, es decir, para justificar la adaptación de «las disposiciones testamentarias de los causantes-testadores a las previsiones legales vigentes al momento de su fallecimiento», según se expresa en el fundamento jurídico cuarto de la apelada, aunque luego, sorprendentemente, no se especifica cuales eran esas previsiones legales, por lo que ha sido preciso que lo hiciésemos nosotros.

QUINTO.- Entiende la apelante que la Ley 21/1987, de 11 de noviembre eliminó la distinción entre la adopción plena y simple (antes menos plena), pero que no por ello la menos plena o simple establecida con anterioridad desaparece, de acuerdo con su Disposición Transitoria Segunda, que dispone que «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 en esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma».

Lo cierto es, sin embargo, que, como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1.997, interpretando dicha Disposición, «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 de mayo de 1981, a todos los efectos que se refieran a hijo o hijos en abstracto...», precisión ésta que, si bien se hizo en relación con un supuesto de revocación de una donación, con alusión al artículo 644 del Código Civil, resulta de plena aplicación a la definición de los derechos sucesorios, desde el momento en que el artículo 807.1º del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, alude a los hijos, en abstracto, como herederos forzosos respecto de sus padres, sin distinción alguna por razón de la clase de filiación.

SEXO.- Establece El artículo 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que «la Sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461 », previsión ésta que, a salvo de aquéllas cuestiones que el Tribunal pueda y deba plantearse y resolver de oficio, releva al Tribunal de la obligación de hacer cualquier clase de pronunciamiento acerca de cuestiones, sometidas al principio dispositivo, que no hayan sido planteadas en los escritos de interposición del recurso, o en los de oposición al mismo, o, en su caso, en los de impugnación de la Sentencia.

Pues bien, en el presente supuesto, nada se alega en el escrito de interposición del recurso de apelación en relación con los efectos que se asignan en la Sentencia apelada a la preterición de la demandante en los testamentos de sus padres adoptivos, y en relación con la falta de prueba de la causa de desheredación



invocada en el testamento de D. Adolfo y los efectos que produce, por lo que hemos de estimar que, a salvo la impugnación que se hace de la condición de la demandante de heredera forzosa de sus padres adoptivos, la apelante se muestra conforme con lo razonado y resuelto en la Sentencia sobre tales cuestiones, por lo que no cabe entrar en su análisis, lo que determina que deba ser confirmada la Sentencia también en tales extremos.

SEPTIMO.- Sí procede, en cambio, acoger el recurso interpuesto por la apelante, en el particular referido a las costas, en atención a lo previsto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dadas las dudas de derecho que podía suscitar la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2.000, seguida por algunas Sentencias de otras Audiencias (p.e., la de Lugo, Sección 1ª, de 10 de enero de 2.007 y Toledo, Sección 2ª, de 30 de octubre de 2.006), y el escaso número de Sentencias en las que ésta Audiencia Provincial de Asturias se ha pronunciado sobre la cuestión jurídica aquí planteada.

OCTAVO.- Dado que se estima parcialmente el recurso, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## FALLO

Por lo expuesto, este Tribunal decide:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dª Montserrat , contra la Sentencia dictada el 20 de julio de 2.007, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gijón, en los autos de Juicio Ordinario nº 1327/06, Rollo nº 718/07 y, en consecuencia, confirmándola en el resto de sus pronunciamientos, revocar en parte la citada resolución, en el solo sentido de no hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en la primera instancia, sin hacer tampoco expresa imposición de las causadas en el recurso.

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

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección 007

Gijón

1500A 1500A

PRENDES PANDO 1-3ª PLANTA

Tfno.: 985176944-45

Fax: 985176940

N.I.G. 33024 37 1 2007 0700732

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000718 /2007

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001327 /2006

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de GIJON

Apelante: Montserrat

Procurador: JAIME TUERO DE LA CERRA

Apelado: Soledad , Jesús Luis

Procurador: MATEO MOLINER GONZÁLEZ,

## AUTO

ILMOS SERES. MAGISTRADOS .

PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO

MAGISTRADOS: D. RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE

D. JULIÁN PAVESIO FERNÁNDEZ.

En GIJON, a nueve de Octubre de dos mil ocho.



## HECHOS

PRIMERO.- En fecha 12-9-08 se ha dictado por esta Sala sentencia N° 465/08, en el presente Rollo de Apelación n° 718/07, dimanante del P Ordinario n° 1327/06, del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de los de Gijón, cuyo fallo dice literalmente tal como sigue: " Por lo expuesto, este Tribunal decido: Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Montserrat , contra la sentencia dictada el 20 de julio de 2007, por el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Gijón, en los autos de Juicio Ordinario n° 1327/06, Rollo n° 718/07, y, en consecuencia, confirmándola en el resto de sus pronunciamientos, revocar en parte la citada resolución, en el solo sentido de no hacer expresa imposición de las causadas en el recurso".

SEGUNDO.- En precedente escrito presentado por la representación de la Apelada D<sup>a</sup> Soledad , se ha interesado aclaración de la mentada resolución con los argumentos y alegaciones que constan en dicho escrito y que aquí se dan por reproducidos.

TERCERO.- Se han observado todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Establece el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que:

«1. Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan.

2. Las aclaraciones a que se refiere el apartado anterior podrán hacerse de oficio dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo en este caso resuelta por el tribunal dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración.

3. Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones judiciales podrán ser rectificadas en cualquier momento.

4. Las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar para llevarlas plenamente a efecto podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecido en el apartado anterior.

5. Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla.

6. Si el tribunal advirtiese, en las sentencias o autos que dictara, las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicten, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado.

7. No cabrá recurso alguno contra los autos en que se resuelva acerca de la aclaración, rectificación, subsanación o complemento a que se refieren los anteriores apartados de este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia o auto a que se refiera la solicitud o actuación de oficio del tribunal.

8. Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpirán desde que se solicite su aclaración, rectificación, subsanación o complemento y, en todo caso, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto que reconociera o negase la omisión de pronunciamiento y acordase o denegara remediarla».

SEGUNDO.- En el presente supuesto se ha cometido un error material involuntario, pues aunque en la Sentencia apelada no se hacía expresa imposición de costas, pese a que se estimaban sustancialmente las pretensiones deducidas en la demanda, en la de apelación se expresa, por error, que se revoca la Sentencia apelada precisamente en el particular relativo a las costas, para no hacer expresa imposición de las causadas en la primera instancia, por los motivos que se exponen en el fundamento jurídico séptimo, que son, en realidad, los que motivan la no imposición de las costas causadas en el recurso, pese a que se desestime el recurso interpuesto, pues subsisten en la apelación, las mismas dudas jurídicas que suscitaba la cuestión en la primera, por lo que procede aclarar la Sentencia en los términos que se dirán en la parte dispositiva de la presente resolución.



## PARTE DISPOSITIVA

Por lo expuesto, éste Tribunal ACUERDA:

Aclarar la Sentencia de fecha 12 de septiembre de 2.008, dictada en el presente Rollo de Apelación nº 718/07, en los siguientes particulares:

1º.- El fundamento jurídico séptimo queda redactado como sigue: «SEPTIMO.- No procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ésta segunda instancia, en atención a lo previsto en el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dadas las dudas de derecho que podía suscitar la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2.000, seguida por algunas Sentencias de otras Audiencias (p.e., la de Lugo, Sección 1ª, de 10 de enero de 2.007 y Toledo, Sección 2ª, de 30 de octubre de 2.006), y el escaso número de Sentencias en las que ésta Audiencia Provincial de Asturias se ha pronunciado sobre la cuestión jurídica aquí planteada».

2º.- El fundamento jurídico octavo queda suprimido.

3º.- El fallo queda redactado como sigue:

«FALLO

Por lo expuesto, este Tribunal decide:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dª Montserrat , contra la Sentencia dictada el 20 de julio de 2.007, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gijón, en los autos de Juicio Ordinario nº 1327/06, y, en consecuencia, confirmar la citada resolución, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el recurso».

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que la integran. Doy fe.

Diligencia.- Seguidamente la extiendo yo, Secretaria, para hacer constar que por los Ilmos. Sres. Magistrados de esta Sección se ha dictado el anterior Auto. Doy fe.