



Roj: **STS 5363/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5363**

Id Cendoj: **28079110012010100614**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/10/2010**

Nº de Recurso: **140/2007**

Nº de Resolución: **613/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 2613/2006,**
STS 5363/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Octubre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de los de Telde cuyos recursos fueron preparados ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de partes recurrentes el Procurador D. Alejandro Valido Ferray, en nombre y representación de D. Alexander y el Procurador D. Esteban Pérez Alemán en nombre y representación de Dª Olga , Dª Virtudes , D. Cirilo , Dª Bárbara y D. Fabio ; siendo parte recurrida Dª Flora , representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Luis Cárdenas Porras.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .-

1.- La Procuradora de los Tribunales Dª Mercedes Oliva, en nombre y representación de Dª Flora , interpuso demanda de juicio ordinario contra Dª Olga , Dª Bárbara , D. Cirilo , Dª Virtudes , D. Nicanor , Dª Rita , D. Alexander y D. Fabio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia declarando *la ineficacia de las disposiciones testamentarias y por impugnadas de DOÑA Ana , contenida en el testamento abierto, de 24 de febrero de 1988, declarando nula la institución de heredero fiduciario con plena capacidad de disposición en favor de Don Carlos María y nulas de pleno derecho las disposiciones que pudiera haber realizado en tal cualidad y se declare instituida como heredera forzosa, como hija, heredera legítima, universal y única a DOÑA Flora , con disposición y adjudicación de todo el causal hereditario quedado a su fallecimiento y se declare igualmente la ineficacia de las disposiciones testamentarias y por impugnadas de DON Carlos María , contenidas en el testamento abierto, de 3 de junio de 2002, declarando la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial y de todos los legados y nulas de pleno derecho las disposiciones de bienes que pudieran haberse realizado y se declare instituida como heredera forzosa, como hija, heredera legítima, universal y única a DOÑA Flora , con disposición y adjudicación de todo el caudal hereditario quedando a su fallecimiento, y con expresa condena en costas a los demandados en forma conjunta y solidaria.*

2.- La Procuradora Dª Francisca López de Medina en nombre y representación de D. Nicanor y Dª Rita , presentó escrito en el que se allanaba a las pretensiones de la actora.

3.- Asimismo la Procuradora Dª Hilda Doreste Castellano en nombre y representación de D. Alexander contestó a la demanda formulada de contrario y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó



de aplicación al caso, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia por la que: *desestimando la demanda, absuelva a mi representado de las pretensiones contenidas en la demanda formulada en su contra por doña Flora , con imposición de las costas del juicio a la citada demandante. Formulando a su vez demanda reconvenional basada en los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, para terminar suplicando al Juzgado " se sirva estimar esta reconvenición y declare la nulidad de pleno derecho de la anotación marginal de adopción obrante en la inscripción de nacimiento de doña Flora , al Tomo NUM000 , página NUM001 , de la Sección Primera del Registro Civil de Ingenio y, en consecuencia, ordene la cancelación de dicha anotación marginal, librando al efecto el oportuno exhorto al Juzgado de Paz de Ingenio, y todo ello con expresa condena a la Sra. Flora al pago de las costas de esta reconvenición". Cuya reconvenición fue inadmitida.*

4.- El Procurador D. Juan Fermin Arencibia Mireles en nombre y representación de D^a Olga , D^a Virtudes , D. Cirilo , D^a Bárbara y D. Fabio , contestó a la demanda formulada por la parte actora y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia en la que *se desestime en su totalidad los pedimentos incluidos en la demanda todo ello con expresa condena en costas a la parte actora.* Por otrosí formuló demanda reconvenional, con llamamiento por imperativo legal al Ministerio Fiscal y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que: "1º.- *Se declare la inexistencia, o subsidiariamente la nulidad de pleno derecho, de la adopción simple de D^a Flora por parte de los esposos D. Carlos María y D^a Ana así como la de sus efectos formales y legales.* 2º.- *Se declare la nulidad de pleno derecho de la inscripción marginal de la adopción simple de D^a Flora que consta en el Registro Civil de Ingenio y se ordene cuanto fuera necesario en Derecho para su rectificación y cancelación.* 3º.- *Que se condene a la demandante-reconvenida, D^a Flora , al pago de las costas de la presente reconvenición".*

5.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Telde, dictó sentencia con fecha 31 de enero de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue "FALLO: *Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Doña Flora , representada por la Procuradora Sra. Oliva Bethencourt y defendida por el Letrado Sr. Nuñez Bravo, frente a Doña Olga , Doña Bárbara , Don Cirilo , Doña Virtudes , Don Fabio , representados por el Procurador Sr. Arencibia Mireles y defendidos por el Letrado Sr. Espinosa Chirino, Don Alexander , representado por la Procuradora Sra. Doreste Castellano y defendido por el Letrado Sr. Barrella Pérez, y Don Nicanor y Doña Rita , debo declarar y declaro la nulidad del testamento otorgado el día 3 de junio de 2002 por Don Carlos María debiendo dejarse sin efecto los legados en él contenidos a favor de los demandados, debiendo atribuirse la titularidad como heredera fideicomisaria de residuo de todos los bienes legados a Doña Flora . Y todo ello sin hacer expresa declaración de condena en costas".*

SEGUNDO .- Interpuestos recursos de apelación contra la anterior sentencia por las representaciones procesales de D^a Flora de D^a Olga , D^a Bárbara , D. Cirilo , D^a Virtudes y D. Fabio y por la de D. Alexander , la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia en fecha 31 de julio de 2006 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *FALLAMOS: "Que estimando, en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Flora de D^a Olga , D^a Bárbara , D. Cirilo , D^a Virtudes y D. Fabio y por la de D. Alexander representado, contra la sentencia de 31/1/05 dictada por el Juzgado de 1^a Instancia 4 de Telde , la cual revoca y se declara que D^a Flora es heredera forzosa de D^a Ana y de D. Carlos María , y válidos sus testamentos si bien, y respecto al otorgado por D^a Ana la institución de heredero en él contenido a favor de D. Carlos María , se reducirá hasta el extremo de salvaguardar las dos terceras partes del haber hereditario las cuales, en su cualidad de heredera se atribuyen a la actora. Respecto al testamento de D. Carlos María se mantienen igualmente los legados en el establecidos si bien los mismos deberán ser reducidos en la medida necesaria para que las 2/3 partes del haber hereditario se le atribuya, con el carácter de heredera a la actora. No se hace condena en costas en esta alzada".*

TERCERO .-

1.- El Procurador D. Esteban Pérez Alemán en nombre y representación de D^a Olga , D^a Virtudes , D. Cirilo , D^a Bárbara y D. Fabio , interpuso **recurso por infracción procesal** articulado en cuatro motivos: **PRIMERO** .- Incongruencia de la resolución recurrida y falta de exhaustividad de la misma al amparo del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en concordancia con los artículos 209 reglas 3^a y 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al haber dejado sin analizar y resolver cuestiones efectivamente argumentadas y solicitadas en el suplico del recurso de apelación. **SEGUNDO**.- Incongruencia de la resolución recurrida y falta de exhaustividad de la misma al amparo del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en concordancia con los artículos 209 regla 3^a y 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil apartados segundo y tercero que establece la obligación de resolver en Sentencia la alegación hecha por los demandados de la nulidad del negocio en que se funde la demandada. **TERCERO**.- Error en la aplicación de la carga de la prueba establecida en el artículo 217 de la Ley



de Enjuiciamiento Civil. **CUARTO** .- Error de derecho en la valoración de la prueba al conculcarse lo establecido en el artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 2 Ley del Registro Civil. Así mismo formuló **recurso de casación** articulado en cuatro motivos: **PRIMERO**.- No aplicación de los artículos 175 y 180 del Código Civil , en la redacción dada por la Ley 7, de 4 de julio de 1970, por la que se modificaron los artículos 172 a 180 del Código Civil que se encontraban redactados por la Ley de 24 de abril de 1958. **SEGUNDO**.- No aplicación de las Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª y artículos de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre , por la que se modifican determina los artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. **TERCERO**.- Aplicación indebida de los artículos 807 del Código Civil en relación con el artículo 834 del citado cuerpo legal. **CUARTO** .- No aplicación del artículo 6 del Código Civil .

2.- El Procurador de los Tribunales D. Alejandro Valido Ferray en nombre y representación de Don Alexander , interpuso *recurso por infracción procesal articulado en tres motivos* : **PRIMERO**.- Infracción, por no aplicación de los artículos 209 regla 3ª, y 216 del mismo texto legal. **SEGUNDO** .- Infracción por no aplicación del artículo 408.2º,3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **TERCERO** .- Infracción por error en la aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así mismo formuló *recurso de casación articulado en cuatro motivos* : **PRIMERO**.- Infracción, por no aplicación de los artículos 175 y 180 del Código Civil , en la redacción dada por la Ley 7/70, de 4 de julio. **SEGUNDO**.- Infracción por inaplicación de las disposiciones transitorias 2ª y 3ª de la Ley 21/87 de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos, del 172 al 180 del Código Civil, que se encontraban redactados por la Ley de 24 de abril de 1958. **TERCERO**.- Infracción por aplicación indebida del artículo 807 del Código Civil en relación con los artículos 814 y 834 del citado cuerpo legal. **CUARTO** .- Infracción por inaplicación del artículo 6 del Código Civil .

3.- Por auto de fecha 20 de enero de 2009 , se acordó admitir los recursos por infracción procesal y los recursos de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

4.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Juan Luis Cárdenas Porras, en nombre y representación de Dª Flora presentó escrito de impugnación al mismo.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de septiembre del año en curso, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-

1.- Se formuló en su día demanda por Dª Flora en la que interesó, como consta literalmente en los antecedentes de hecho, en el suplico de la misma, que se declarara la ineficacia de las disposiciones testamentarias contenidas en el testamento de 24 de febrero de 1988 otorgado por Dª Ana con la consiguiente nulidad de la institución de heredero y se la declarara "instituida como heredera forzosa, como hija, heredera legítima, universal y única" (*sic*) y lo mismo respecto al testamento de D. Carlos María de 3 de junio de 2002, con la nulidad de los legados otorgados en el mismo. Aquella falleció el 13 de abril de 2002; éste el 13 de enero de 2003. La base fáctica y jurídica de la acción ejercitada era su condición de hija adoptiva, en adopción simple conforme a la ley 7/1970, de 4 de julio , aprobada por auto de 2 de noviembre de 1983 , inscrita en el Registro civil, lo que implica, tras la vigencia de la Constitución Española promulgada con anterioridad a la muerte, apertura de la sucesión de los causantes, la igualdad sin discriminación por razón de nacimiento, artículo 14 de la misma, plasmado en el Código Civil , artículo 108, redactado por la Ley 1/1996, de 15 de enero , lo cual ha sido recogido reiteradamente por esta Sala, sentencias de 10 de febrero de 1986, 10 de noviembre de 1987, 17 de marzo de 1995, 19 de mayo de 1997, 28 de junio de 2002, 29 de septiembre de 2006 .

2.- La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 3ª, de las Palmas de Gran Canaria, de 31 de julio de 2006 , revocando la de primera instancia, declaró la preterición intencional de la demandante, partiendo de que es hija adoptiva y manteniendo la validez de ambos testamentos, ordenó la reducción de sus disposiciones patrimoniales hasta el extremo de salvaguardar los dos tercios de la legítima que corresponden a la actora.

Esta se ha aquietado a tal resolución. Los demandados, interesados en la sucesión de ambos causantes, forman tres grupos. Dos de ellos se han allanado, cinco han interpuesto sendos recursos por infracción procesal y de casación y uno, separadamente, ha interpuesto los mismos recursos. En todos ellos se pretende lo mismo, con esencial igualdad si no identidad, que es la negación de que la actora sea hija adoptiva, por razón de que no se otorgó escritura pública de adopción, como exigía, según mantiene, el Código Civil en redacción dada por la mencionada ley de 1970 .

SEGUNDO .-



1.- Antes de entrar en el detallado análisis de los distintos motivos de cada recurso interpuesto por las partes codemandadas conviene hacer el planteamiento y expone la posición de esta Sala ante los dos temas que son esenciales, la constitución de la adopción simple y los efectos de la preterición. No se plantea en casación el tema del fideicomiso de residuo.

En el tiempo de producirse la adopción (1983) el Código Civil vigente en esta materia venía redactado por la Ley 7/1970, de 4 de julio, que había derogado el texto según Ley de 24 de abril de 1958 y a su vez fue derogado por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, con ciertas modificaciones anteriores y posteriores. Según aquel texto del Código Civil se distinguía entre adopción plena y simple y en ambas se daba una fase judicial en la que se emitía la declaración de voluntad de los adoptantes ante el juez y auto de éste aprobando la adopción; la fase notarial, otorgamiento de la escritura pública; y la fase registral, inscripción en el Registro civil.

Se había planteado en aquel tiempo cuál era el momento de perfección del negocio jurídico de la adopción. Ciertamente, había unanimidad en la consideración de que su naturaleza era de negocio jurídico de Derecho de familia, naturaleza que desapareció con la reforma de 1987, pasando a ser un acto de Derecho público, acto de autoridad. Como tal negocio jurídico débese entender que se perfecciona con las declaraciones de voluntad y el auto aprobándola, opinión mantenida tanto doctrinalmente como por la sentencia de esta Sala de 6 de febrero de 1982 que admitió la adopción en un caso en que la adoptante falleció tras el auto y aceptó que los albaceas otorgaran la escritura. El artículo vigente en aquel tiempo disponía: *aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública, que se inscribirá en el Registro civil correspondiente*. La escritura pública no era más que una ratificación de lo expresado ante el Juez, que, a su vez, la había aprobado; no era, por ello, más que un elemento *ad probationem*, no *ad solemnitatem*. Esta es la posición de esta Sala, que reitera la doctrina de la mencionada sentencia de 1982.

2.- La preterición, también modificado el Código Civil en éste y otros muchos temas, por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, comprende dos casos, las llamadas intencional y errónea, según el testador conocía a no la existencia del legitimario que ha olvidado, ya que la preterición no es otra cosa que el olvido del legitimario en el sentido de falta de atribución de bien alguno en concepto de legítima.

El primer párrafo del artículo 814 del Código Civil se refiere a la preterición intencional al disponer: *la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias*. La demandante, hija adoptiva de los testadores, ha sido preterida por una y otro, sabiendo que era hija; preterición intencional, por tanto. En el testamento de la madre dejando su institución de heredera para un momento posterior como heredera fideicomisaria que, por cierto, nunca se cumplió. En el del padre, totalmente, pues distribuyó toda su herencia en legados, sin incluirla a ella.

Se podrá discutir la conveniencia de mantener la legítima en el tiempo actual, pero mientras se recoja en el Código Civil no pueden los padres ignorar la existencia de la hija legítima que, en este momento, nada ha percibido de la herencia de sus padres porque nada le fue atribuido. A ello hay que añadir lo ya apuntado sobre el principio de igualdad de los hijos, sea cual fuere su filiación, que proclaman el artículo 14 de la Constitución Española y el 108 del Código Civil que, tal como expresa la sentencia de 6 de febrero 1997, *"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...."*

TERCERO.-

1.- El recurso por infracción procesal que ha interpuesto la representación procesal del codemandado D. Alexander contiene tres motivos sin que en ninguno de ellos se cite en qué apartado del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se funda.

El primero denuncia la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concordancia con los artículos 209, regla tercera y 216 del mismo texto legal. En el desarrollo del motivo se concreta que la alegación es por la incongruencia que el recurrente observa en la sentencia de instancia, incongruencia *extra petita*.

No hay tal incongruencia. Esta se determina por la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia y la incongruencia *extra petita* que se denuncia no se da en el presente caso. La sentencia de 15 de junio de 2004 entre otras muchas, resume la doctrina jurisprudencial.

No puede obviarse que no se da incongruencia cuando la sentencia desestima el *petitum* o cuando lo rechaza parcialmente, dando menos de lo pedido. En el desarrollo del motivo se dice algo totalmente erróneo; es la frase en la que considera incongruente *"...el novedoso principio de que quien pide más está dispuesto a que se le dé menos"*. La parte que detalla su pretensión y se le desestima total o parcialmente (es decir, se le da menos de lo que pide) puede aquietarse a tal pronunciamiento, como ocurre en el presente caso o puede



recurrir, pero no puede alegar incongruencia. En este sentido, ya la sentencia de 9 de septiembre de 1985, con cita de numerosas anteriores, decía: "... *sin que la circunstancia de concederse menos de lo pedido determine incongruencia*" y añade refiriéndose al caso concreto, precisamente de nulidad "...*gravamen aquí no producido, dado que la sentencia concede menos de lo pedido, entendiéndolo el impugnante que debió dar más, o sea la nulidad total....*"

El suplico de la demanda interesaba "la ineficacia de las disposiciones testamentarias....declarando nula la institución de heredero..."respecto al testamento de la madre y la misma ineficacia y "la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial y de todos los legados" respecto al del padre y en ambos testamentos, a la actora "se declare instituida como heredera forzosa, como hija, heredera legítima, universal y única". La sentencia de la Audiencia Provincial se aparta de las imprecisiones terminológicas y de concepto del suplico de la demanda y desestima la petición de nulidad de los testamentos, declara su validez y tampoco declara a la actora heredera universal, sino, como legitimaria preterida recibirá dos tercios del patrimonio hereditario de la madre y del padre, reduciendo para ello la institución de heredero y la disposición de legados. Ello no es incongruente: no se declara algo distinto, sino algo menos de lo que interesaba, lo que no es otra cosa que la estimación parcial de la demanda o, lo que es lo mismo, desestimación parcial.

2.- El motivo segundo del recurso por infracción procesal mantiene la infracción del artículo 408.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no haber resuelto la sentencia de instancia la petición de la declaración de nulidad de la inscripción de la adopción simple de la actora. Habiéndole sido inadmitida la reconvencción en que interesaba tal declaración, sostiene que debía haberse resuelto en la sentencia recurrida conforme a lo preceptos que alega como infringidos.

El motivo se desestima. Se supone, aunque no lo dice, que este motivo se funda en el número tercero del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual exige la denuncia de la infracción en primera y en segunda instancia y la inadmisión de la reconvencción no fue recurrida, sino que, por el contrario renunció a la apelación.

Lo anterior, respecto a la reconvencción. En cuanto al pronunciamiento en sentencia, conforme a aquellos preceptos, tampoco aparece infracción alguna, ya que si a lo largo de ella se mantiene la validez de la inscripción, incluso como argumento esencial para la estimación parcial de la demanda, es claro que se rechaza implícitamente la petición de nulidad de la misma. No se incumple, pues el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aunque no se haga de forma expresa.

3.- El motivo tercero del mismo recurso alega la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contempla la doctrina y el mecanismo de la carga de la prueba.

El motivo debe ser rechazado plenamente, por dos razones esenciales. La primera, porque no se ha planteado realmente cuestión alguna de prueba de hechos, sino de calificación jurídica de la adopción aprobada por auto judicial y de la inscripción en el Registro civil, cuyos documentos son admitidos y se discute su eficacia jurídica, así como de los testamentos cuyas copias auténticas obran en autos; por tanto, la carga de la prueba no juega en el presente caso. La segunda razón es que no ha quedado extremo alguno que probar; se han acreditado los presupuestos base de la acción, adopción y testamentos y la doctrina de la carga de la prueba se aplica cuando un hecho queda sin prueba y es preciso determinar cuál de las partes sufre las consecuencias de la falta de prueba. La jurisprudencia ha repetido numerosas veces que "el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de la prueba".

CUARTO .-

1.- El recurso de casación que ha interpuesto el mismo codemandado gira, en los cuatro motivos que contiene, alrededor de la negativa que mantiene desde el principio de que la actora sea hija adoptiva de los causantes.

En el primero de los motivos alega la infracción de los artículos 175 y 180 del Código Civil en la redacción según la Ley 7/1970, de 4 de julio; el primero prevé que una vez aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública y el segundo, la fijación de los apellidos del hijo adoptivo en la escritura de adopción. Con base en ambas normas, mantiene que la escritura pública es elemento constitutivo de la adopción y, al no haberse otorgado, no hubo adopción ni tiene derecho alguno a la sucesión hereditaria de los causantes. No es así, como antes se ha dicho. Se constituyó la adopción simple con las declaraciones de voluntad y el auto aprobándola, que más tarde se inscribió en el Registro civil, cuya función esencial es la constatación y prueba del estado civil, constituyendo el título de legitimación de éste. Así lo expresan el artículo 327 del Código Civil y el 2 de la Ley de Registro civil.

2.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil en materia de adopción. La disposición tercera no existe. La segunda dispone: "Las adopciones simples o menos



plenas, subsisten con los efectos que la 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".

En el desarrollo del motivo se insiste en la misma idea que en el motivo anterior. Como no se otorgó escritura pública, no hubo adopción, por lo que no puede subsistir con los efectos que le reconoce la legislación anterior. No es así, como se ha dicho al rechazar el motivo anterior. La adopción menos plena de la actora, quedó perfeccionada con las declaraciones de voluntad de los adoptantes ante el juez y el auto de éste aprobando la adopción. Conforme a la disposición transitoria transcrita, la adopción simple subsiste, la actora era hija de los causantes y, por el principio de igualdad ante la ley, se produjo su preterición intencional y se estimó su demanda parcialmente.

3.- El tercero de los motivos del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 807 en relación con los artículos 814 y 838 del Código Civil. En él, insiste en su posición negativa en el sentido de que, al no ser hija adoptiva pues la adopción nunca existió, no se le pueden conceder los derechos legitimarios. Ya se ha dicho que no es así y que la adopción sí existió, quedó perfeccionada, por lo cual era legitimaria conforme al artículo 807,1º, fue preterida conforme al artículo 814, párrafo primero y nada tiene que ver el artículo 834, siempre del Código Civil pues éste se refiere a la legítima del cónyuge viudo.

4.- El motivo cuarto y último no es más que la repetición de los anteriores. Alega la infracción del artículo 6.3 del Código Civil que establece la nulidad de los actos contrarios a una norma imperativa, porque la inscripción de la adopción en el Registro civil infringió el artículo 175 y debía haberse decretado su nulidad. Ya se ha dicho que la adopción se perfeccionó y, como tal, se inscribió. Decretar la nulidad no se aceptó procesalmente; y materialmente, no puede negarse la adopción, debidamente inscrita.

Por lo cual, se desestima este motivo, al igual que los anteriores, tanto del recurso por infracción procesal, como del de casación y, conforme al artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se imponen las costas de ambos recursos a la parte recurrente.

QUINTO.-

1.- Los codemandados D^a Olga, D^a Virtudes, D. Cirilo, D. Fabio y D^a Bárbara, han formulado sendos recursos por infracción procesal y de casación, de un contenido semejante a los recursos del anterior, por lo que se resolverán éstos en gran parte por remisión.

2.- El recurso por infracción procesal plantea en su motivo primero la incongruencia omisiva y alega la infracción del artículo 218 en relación con los artículos 209, regla tercera y 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que no se habrán resuelto en la sentencia de instancia las alegaciones de falta de legitimación activa de la actora y de nulidad, respecto a la inexistencia de la adopción, lo que se mantiene en ambos recursos y en ello se insiste constantemente, hasta el punto en que en este motivo se pasa de la infracción procesal a la cuestión de fondo sobre la validez de la adopción, sin solución de continuidad. La legitimación activa no fue obviada por la sentencia recurrida, sino que ésta aceptó la existencia de la adopción, que implica legitimación en la actora e implícitamente se desestima la excepción. Lo mismo ocurre con la nulidad, que es rechazada por cuanto se admite la validez de la adopción; sobre la excepción de nulidad nada es tratado en el desarrollo del motivo. Dos observaciones cabe hacer; aunque se refieren al fondo, no a la infracción procesal, se contienen en este motivo: la cita de dos sentencias de esta Sala de la década de los setenta es inaceptable, por cuanto otra posterior (de 1982) mantuvo criterio distinto y acertado, criterio que ahora se reitera; la segunda observación es que las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado, pese a su elevado prestigio doctrinal, no son jurisprudencia, ni complementan el ordenamiento jurídico, ni son citables en un motivo de casación, mucho menos en uno de infracción procesal.

El motivo segundo de este recurso coincide esencialmente, en su línea de argumentación aunque el planteamiento diverge, con el segundo de los motivos del recurso del otro codemandado, que también ha sido desestimado, porque la alegación de nulidad, que también se menciona y no se desarrolla en el motivo anterior, quedó implícitamente rechazada al mantenerse la validez de la adopción.

El motivo tercero denuncia la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que contempla el mecanismo de la carga de la prueba y, sin entrar en ella, pasa a discutir la valoración de la misma. Motivo que se rechaza, en primer lugar, porque no cabe la revisión en esta Sala de la prueba practicada en la instancia, salvo casos extremos en que si quebrante el derecho a la tutela judicial efectiva y, en segundo lugar, porque en el presente caso no se ha planteado problema de prueba, sino de valoración jurídica.

Lo mismo cabe decir del motivo cuarto en el que vuelve a plantear el tema de la prueba, cuando no es tal, sino de calificación jurídica y no presenta cuestiones procesales, sino cuestiones de derecho material sobre validez de la adopción.



3.- El recurso de casación contiene los mismos cuatro motivos que el recurso del otro codemandado y se ha de desestimar por las mismas razones.

El primero, porque esta Sala, reiterando su propia doctrina, afirma que la adopción, según la redacción que dio la ley de 4 de julio de 1970, queda perfeccionada tras el auto aprobándola, según se ha detallado anteriormente. También se ha dicho al tratar del recurso por infracción procesal que el criterio de las dos sentencias de 1973 y 1973 había sido superado por la de 1982 que ahora se reitera y que las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado no son alegables en casación.

El segundo, porque las disposiciones transitorias de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, no han sido infringidas por cuanto se refieren a la adopción constituida según la legislación anterior y en el caso presente así fue.

Lo mismo en el motivo tercero que alega los artículos 807 y 814 sobre legítima y preterición e inadecuadamente el 834 sobre la legítima del cónyuge viudo y no han sido infringidos, sino aplicados correctamente al considerar a la actora hija adoptiva de los causantes.

El motivo cuarto debe ser rechazado por las mismas razones que el cuarto, idénticamente planteado por el codemandado.

Se desestiman, pues los recursos por infracción procesal y de casación, con la preceptiva condena en costas.

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN, interpuestos por la representación procesal de D^a Olga, D^a Virtudes, D. Cirilo, D^a Bárbara y D. Fabio y A LOS RECURSOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Alexander, contra la sentencia dictada por la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en fecha 31 de julio de 2006.

Segundo .- Se imponen a los recurrentes las costas producidas por sus respectivos recursos.

Tercero .- Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.