

# Los derechos sucesorios del hijo adoptivo

FRANCISCO CASTRO LUCINI

SUMARIO: I. *Importancia del tema.* 1. *Histórica.* 2. *Actual.*—II. *Derechos sucesorios que el adoptado adquiere en virtud de la adopción.* 1. *Fundamento.* 2. *Derecho comparado.* 3. *Derecho español.* A) *Precedentes históricos.* B) *Régimen vigente.* a) *Normas generales: sucesión contractual del adoptado.* a') *Naturaleza jurídica del acto contenido en la escritura de adopción instituyendo sucesor al adoptado.* b') *La irrevocabilidad del pacto sucesorio: su alcance.* c') *Revocación del pacto sucesorio: sus causas.* d') *Ineficacia del pacto sucesorio.* e') *Sentido irretroactivo de la extinción.* f') *Concurrencia de legitimarios.* g') *Pluralidad de adoptados.* h') *Derecho transitorio.* b) *Normas especiales relativas a la adopción plena.* 1. *Sentido de la expresión «por ministerio de la ley».* 2. *Derecho de representación.* c) *Normas especiales aplicables a la adopción menos plena.* d) *Sucesión testamentaria: estudio crítico del párrafo final del artículo 772 del Código civil.* e) *Examen especial del secreto de la adopción en relación con estas cuestiones.*—III. *Derechos sucesorios que conserva el adoptado.*

## 1. IMPORTANCIA DEL TEMA

Resulta casi innecesario resaltar la importancia que los efectos sucesorios han tenido y tienen actualmente en la adopción.

En los comienzos de esta institución puede afirmarse, sin temor a incurrir en exageraciones, que los efectos sucesorios constituyeron la finalidad primordial, pues la adopción nació como medio de procurarse un heredero quien carecía de ellos: «Al que la naturaleza no ha concedido hijos, puede adoptar uno para que no cesen las ceremonias fúnebres», manifiesta ya el antiguo legislador de los indos (1). De aquí la prohibición de adoptar impuesta a la persona que ya tenía hijos legítimos, puesto que contaba con sucesor, que más que tal prohibición fué, en principio, ausencia del presupuesto o de la situación de hecho que permitía su aplicación, conocida ya por las leyes de Manú y la legislación ateniense (2) e

(1) Leyes de Manú, XI, 10. Vid. sobre esta cuestión FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua (estudio sobre el culto, el Derecho, las instituciones de Grecia y Roma)*, trad. de M. Ciges Aparicio. Madrid. Daniel Jorro, edit., 1931, págs. 67-70.

(2) Leyes de Manú, IX, 168, 174. DATTACA-SANDRICA, trad. de Orienne, pág. 260, y el *Discurso de Demóstenes contra Leochares*, cit. por F. DE COULANGES en la obra anterior.

inspiradora de que se pregunte Cicerón en uno de sus discursos: «¿Cuál es el Derecho que regula la adopción? ¿No es preciso que el adoptante se encuentre en edad de no tener hijos y que antes de adoptar haya procurado tenerlos?» (3).

En el Derecho romano encontramos la *adoptio testamentaria*, cuyo nombre indica su finalidad especial. En líneas generales cabe afirmar que en defecto de descendencia, la adopción era el medio por excelencia de crear un *heres suus et necessarius*, llenando en muchas familias romanas, principalmente entre las pertenecientes a la *nobilitas*, la función que habría podido cumplir el testamento y aún con ventaja respecto a éste, pues el heredero testamentario era libre de repudiar la herencia, y en el supuesto de que la aceptase, tal aceptación no producía las consecuencias sociales y políticas que llevaba consigo la adopción (v. gr.: derechos respecto a los libertos), lo que era digno de ser tenido en cuenta debido al importante papel desempeñado por la *clientela* en Roma; de suerte que la regla de la intransmisibilidad de los derechos de patronato y clientela por testamento podía suplirse o evitarse por medio de la adopción, la cual se utilizó más tarde por los emperadores para vincular la sucesión en el adoptado (4).

Los testimonios en punto a la importancia de los efectos sucesorios que producía la adopción en sus orígenes, son irrecusables: «Los datos... del Derecho comparado, parecen llevar a la conclusión de que la forma contractual —especialmente a través de una especie de adopción *sui generis*— fue la que primitivamente sirvió de expresión a la institución hereditaria y sólo posteriormente apareció la disposición unilateral o testamento» (5).

En el Derecho germánico se conoció la *adoptio in hereditatem* (*affiliatio* o *affratio*) por la que el adoptado era introducido en la comunidad doméstica del padre adoptivo, originándose entre ambos un derecho hereditario que constituía su principal efecto (6).

Al redactarse el Código civil francés, el Primer Cónsul —quien

(3) Adoptar, concluye, es pedir a la religión y a la ley lo que no se ha obtenido de la naturaleza (*Pro domo*, 13, 14, combatiendo la adopción de un tal Clodio porque el adoptante tiene ya un hijo).

(4) Vid. M. H. PRÉVOST, *L'adoption d'Octavie*, en «Rev. Int. de Droit antique», III année, t. V, 1950.

(5) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 5.ª edic. Madrid, edit. Reus, 1942, pág. 670, el cual cita la opinión de Sohm, según la cual «la adopción para caso de muerte, como forma primitiva y precedente de la institución de heredero, se presenta en el antiguo Derecho griego y germánico —*affratia*, *adoptio in hereditatem*— y en el primitivo babilónico». En sentido terminante, manifiesta Enrique GARCÍA HERREROS (*La sucesión contractual*, prólogo de Rafael Ureña: Madrid, Imp. Hijos de M. G. Hernández, 1902, pág. 105) que «la adopción es la primera forma de disposición de los bienes por causa de muerte».

(6) Vid. BRUNNER y von SCHWERING, *Historia del Derecho privado germánico*, edit. Labor, 1936, pág. 233, y HANS PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, trad. de Melón, edit. Bosch, 1957, págs. 333 y 363.

al parecer quería utilizar la institución para sus fines personales, pues en ausencia de herederos tenía intención de adoptar al hijo de Joefina, Eugène de Beauharnais, o al hijo de la Reina Hortensia— se mostró partidario de conceder los máximos efectos a la adopción, sosteniendo la tesis de que «l'adoption doit être une imitation parfaite de la nature ; elle doit faire sortir complètement l'adopté de sa famille naturelle pour le rattacher exclusivement et irrévocablement à celle de son père adoptif. Dès lors, l'adoption doit être, en quelque sorte, un sacrement conféré par les autorités les plus hautes» (7). No obstante, después de las sesiones del Consejo de Estado de 16 de frimario y 4 de nívoso del año X, varió el criterio de Napoleón, quien cedió ante el parecer de sus legistas, y así pudo declarar Berlier en la Exposición de Motivos presentada al Cuerpo Legislativo el 21 de ventoso del año XI, que «les auteurs du projet n'avaient pas pris en considération les lois romaines les-queles ne pouvaient convenir à nos moeurs, mais qu'ils avaient trouvé le vrai point de départ dans le Code prussien» (8). Pero es de destacar que el artículo 350 reconocía al adoptado en la sucesión del adoptante los mismos derechos que al hijo nacido del matrimonio, incluso aunque existieran hijos de esta última clase nacidos con posterioridad a la adopción (9).

Actualmente se puede encontrar alguna legislación de origen latino que, como la rumana, considera tradicionalmente la adopción como una simple institución de heredero (10), fórmula aplicada también por ciertos juristas de la provincia canadiense de Quebec, como M. Peland, quien afirma que la adopción se presenta como «una institución de heredero fuera del marco de la sucesión natural» (11).

En nuestro Derecho, aparte de los efectos sucesorios que la ley deriva de la adopción, bien directamente o por la voluntad de las partes, hay casos en los que los móviles de la adopción, que equivale a decir el fin perseguido con ella, son de tipo sucesorio: obte-

(7) THIBAUDEAU, *Memoires*, pág. 420.

(8) Cfr. *Loché*, VI, pág. 598. El mismo BERLIER había presentado un proyecto de ley sobre la adopción en la sesión del Consejo de Estado de 6 de frimario del año (Loché, VI, pág. 393). El Código prusiano que sirvió de modelo fué el de 1794, preparado en 1751, y del mismo se recogió la tutela inoficiosa, institución que debía servir para facilitar la adopción (vid. BAUDRY-LACANTINIERE, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, vol. IV, *Des Personnes*, París 1905, pág. 9; la parte dedicada a la adopción está redactada por G. CHÉNEAUX).

(9) Art. 350: «L'adopté n'acquerra aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant ; mais il aura sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption».

(10) Código civil de 1864; actualmente rige el Código de la familia publicado el 4 de junio de 1954 (arts. 66-85).

(11) *Le Droit civil français : livre souvenir des journées de Droit civil de Montréal en 1934*, pág. 176.

ner bonificación en el pago del impuesto de derechos reales (12)-subrogación en el arrendamiento de vivienda (13) o de local de negocio (14), etc.

De las consideraciones anteriores interesa destacar una consecuencia práctica: la de que si sólo se permite adoptar a quienes carecen de descendencia legítima, el adoptado deberá gozar de los mismos derechos hereditarios que corresponderían a los hijos legítimos, sin perjuicio de respetar la porción legítima de aquellos que naciesen con posterioridad o caso de supervivencia del hijo legítimo declarado fallecido; si, por el contrario, no se concede tal equiparación, no existe razón suficiente para mantener la expresada prohibición.

En las líneas que siguen vamos a tratar los derechos sucesorios del adoptado en su doble manifestación de:

A) Derechos que el adoptado *adquiere* en virtud de la adopción, y

B) Derechos que el adoptado *conserva* a pesar de la adopción.

Y ambas cuestiones se tratarán en relación con las dos clases de adopción introducidas en nuestro Derecho por la Ley de 24 de abril de 1958, examinando los principales problemas que pueden plantearse. Mas para abordar el tema desde el principio, bueno será que comencemos por examinar, siquiera sea someramente, el fundamento de los derechos sucesorios que adquiere el adoptado en virtud de la adopción.

(12) Reglamento de 15 de enero de 1959, artículo 54, apartado 3) y número 32 de la Tarifa, según texto refundido de 21 de marzo de 1958.

Tal fué el caso que motivó la sentencia de 30 de mayo de 1951. Los demandantes, sobrinos de la Duquesa de S., pretendían que ésta había adoptado primero e instituido heredero después, a P. G., con la única finalidad de que éste les transmitiese acto seguido los bienes, pagando de este modo menos derechos reales, y solicitaban se declarase la nulidad de tales actos —adopción y testamento— habida cuenta que el adoptado no se mostró, ni mucho menos, conforme con despojarse de los bienes heredados, «por comprender una simulación absoluta de actos jurídicos, encaminados a defraudar a la Hacienda pública, para no abonar en la testamentaría de la Duquesa de S. los derechos reales correspondientes a herederos y legatarios, colaterales distantes y extraños, creando la figura del hijo adoptivo con encargo de distribuir la herencia». Pretendían asimismo la inexistencia o nulidad de tales actos por «causa torpe e ilícita que había servido para su celebración». El Tribunal Supremo desestima estas pretensiones y, de acuerdo con la doctrina sentada ya en la sentencia de 15 de enero de 1915, manifiesta que «la falta de pago del impuesto de derechos reales no desvirtúa la validez y eficacia de los documentos, en orden a las relaciones civiles, y únicamente da lugar a medidas fiscales y correcciones administrativas señaladas por la ley».

(13) Artículos 58 y 59 de la Ley de Arrendamientos urbanos, según texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956.

(14) Artículo 60 del Decreto citado en la nota anterior.

## II. DERECHOS SUCESORIOS QUE EL ADOPTADO ADQUIERE EN VIRTUD DE LA ADOPCIÓN

### 1. *Fundamento*

Los autores han esgrimido abundantes argumentos en pro y en contra del derecho sucesorio del adoptado en la herencia del adoptante. Los principales de entre los favorables son:

1.º Se favorece a las clases desheredadas, a las que suelen pertenecer los adoptados. Mediante ella se remedian injusticias sociales, se asegura una más equitativa distribución de la riqueza, etc. Estas consideraciones influyeron en el carácter filantrópico atribuido a la adopción por los revolucionarios franceses, quienes la estimaron como un medio propicio para favorecer sus ideales de igualdad y fraternidad, hasta el extremo de que hubo quienes, llevados del entusiasmo del momento —Oudot, en su Discurso a la Asamblea Legislativa el 25 de junio de 1792 y un tal ciudadano Henry, elector del distrito de Montmédy, en «requête» presentada al Comité de Legislación— llegaron a propugnar su establecimiento como un deber sagrado indispensable para todo ciudadano que careciese de hijos y declarando que el célibe es un asesino de la prosperidad, obligar a aquellos cuya edad estuviese comprendida entre los 35 a los 55 años a adoptar a un niño de tres años, designado por el respectivo municipio de entre los huérfanos más pobres de la localidad, bajo pena, caso contrario, de privación de la ciudadanía francesa: y, a la inversa, el artículo 4.º de la Constitución de 24 de junio de 1793 concedió los derechos de ciudadanía al extranjero que adoptase a un muchacho francés.

2.º Se reparan consecuencias de actos de generación ilegítima, por cuanto se puede adoptar a los hijos naturales no reconocidos y aun a los adúlterinos.

3.º Si la sucesión se basa en una presunción de afecto, es lógico suponerla entre el adoptante y la persona que voluntaria y libremente ha sido adoptada por él.

4.º Si se impone al adoptante el deber de alimentar al adoptado, lógico es también que se reconozcan a este derechos para el caso de fallecer aquél.

5.º Históricamente puede afirmarse que ha sido el principal efecto producido por la adopción. Al discutirse el Código civil francés, sostenía Napoleón que la adopción era inútil si no se daba un hijo al padre adoptivo: «Elle n'est plus, en effet, qu'une simple institution d'héritier (15 bis).»

6.º Si se suprimiese este derecho sucesorio resultaría desnaturalizada la institución: El único resultado serio de la adopción, sostiene Planiol, es dar un heredero con todos los derechos de un hijo

(15) LAURENT, *Principes de Droit civil français*, 5.ª ed., Bruxelles-Paris, 1893, t. IV, págs. 274-275.

(15 bis) *Loc. cit.*, nota 7.

a las personas que carecen de descendientes (16). Entre nosotros, Sánchez Román (17), Burón (18), Mucius Scaevola (19), etc., se muestran unánimes en defender este derecho del adoptado. Por su parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de abril de 1915, declara que excluir de la sucesión intestada al hijo adoptivo es olvidar el concepto jurídico de la adopción y desviarse en absoluto de las reglas del derecho general de sucesión.

Las razones aducidas en contra del derecho sucesorio que corresponde al adoptado y en cuya virtud se pretende privarle del mismo, son tan débiles como las siguientes:

1.<sup>a</sup> Que se acumulan los derechos y deberes correspondientes al adoptante a los que el adoptado conserva respecto a sus padres o familiares por naturaleza (20), a lo que puede preguntarse: —¿Y si el adoptado carece de familia por naturaleza o ésta es pobre, como es lo más frecuente?

2.<sup>a</sup> Que de conceder estos derechos al adoptado, ¿cómo negarlos al adoptante en contra de la regla general de la reciprocidad en las sucesiones? Pero, aparte de que no hay regla sin excepción, debe tenerse en cuenta que es el adoptante quien busca al adoptado, no éste a aquél; que la adopción está concebida —o debe estarlo— en beneficio del adoptado y que, por otra parte y en definitiva, no existen argumentos concluyentes para negar el mismo derecho al adoptante.

3.<sup>a</sup> Es más moral, se dice, dejar los derechos de sucesión al mérito. Mas cabe preguntarse quién premiará los méritos del adoptado si el adoptante fallece sin testar. Además, en principio debe partirse del punto de vista más favorable al adoptado y presumir los méritos en éste, sin perjuicio de reconocer al adoptante la facultad de presumir el derecho a sucederle si el adoptado incurre en causas de indignidad o desheredación y aun autorizar la revocación de la adopción por ingratitud del adoptado (21).

4.<sup>a</sup> El temor de conceder *a priori* derechos sucesorios de carácter irrevocable disminuiría el número de adopciones. Sin embargo, las estadísticas demuestran precisamente lo contrario (22), aparte

(16) PLANIOL ET RIPERT, *Traité de Droit civil*, t. II, *La famille*. París, 1926, pág. 493 (con la colaboración de A. ROUAST).

(17) *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1912, t. V, vol. II, 2.<sup>a</sup> edic., pág. 1087.

(18) *Derecho civil español*, Valladolid, 1898, t. I, pág. 580.

(19) *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*, t. III, 3.<sup>a</sup> edic. Madrid, Imp. Ricardo Rojas, 1893, pág. 436.

(20) D'AGUANNO, *La génesis y la evolución del Derecho civil*, trad. Dorado, Madrid, pág. 354.

(21) Así lo proponía LAURENT en el *Avant-Projet du Révision du Code civil*, Bruxelles, 1883, t. II, pág. 176.

(22) En Francia, a partir del Decreto-Ley de 29 de julio de 1939 que introduciendo la legitimación adoptiva, equipara de modo absoluto al adoptado y al hijo legítimo, no ha cesado de aumentar el número de legitimaciones adoptivas, cuya estadística puede verse en VISMARD (*Traité théo-*

de que tales derechos siempre pueden quedar supeditados a los supuestos de indignidad o desheredación.

En suma, es posible afirmar que el derecho del adoptado a suceder al adoptante tiene un triple fundamento: de estricta justicia, de fomento de la institución y desde el punto de vista histórico.

## 2. Derecho comparado

El Derecho comparado nos suministra otro argumento favorable a la existencia de semejante derecho, pues es lógico suponer que los pueblos, al modificar sus instituciones jurídicas, buscan una mayor perfección de las mismas; el *video meliora proboque, deteriora sequor*, parece quedar relegado a norma de conducta particular de ciertos hombres. Pues bien, la casi totalidad de las legislaciones conceden al adoptado el derecho de suceder al adoptante y, la mayor parte de esa casi totalidad, confieren al adoptado los mismos derechos que a los hijos legítimos del adoptante. A lo sumo, las legislaciones que admiten en este punto la libertad de las partes manifestada en la escritura de adopción, se limitan a autorizar la exclusión del adoptado en la herencia del adoptante a la que en otro caso sería llamado (23); punto de vista, como se observará, diametralmente opuesto al que rige en nuestro Derecho para la adopción menos plena.

El Derecho sucesorio del adoptado se encuentra así reconocido con algunos matices de detalle, pero con la persistencia de una verdadera constante jurídica en Alemania (23), Argentina (24), Bélgica (25), Brasil (26), Chile (27), Colombia (28), Costa Rica (29),

---

*rique et pratique de l'adoption et de la légitimation adoptive*, Recueil Sirey, París, 1951, pág. 3), siendo significativo que mientras en 1940 se celebraron ante el Tribunal civil del Sena 138 adopciones y 31 legitimaciones adoptivas, a partir de 1946 el número de éstas sobrepasa al de aquéllas: 263 y 280 en 1946; 367 y 412 en 1947; 337 y 341 en 1948; etc.

(23) Código civil suizo, art. 268, párr. 1.º: «El adoptado tomará el apellido del adoptante y será su heredero, conservando sus derechos de sucesión en la familia natural». Id. art. 269, párr. 2.º: «La revocación —de la adopción— se dictará por el juez... a petición del adoptante si éste tuviera derecho a desheredar al adoptado.»

B. G. B., párrafo 1.767, párr. 1.º: «En el contrato de adopción puede excluirse el aprovechamiento del adoptante sobre el patrimonio del adoptado, así como el derecho hereditario de este frente a aquél.»

(24) Ley núm. 13.252 de 23 de setiembre de 1948, artículo 16.

(25) Art. 352 del Código civil, reformado por Ley de 22 de marzo de 1940.

(26) Código civil de 1916, modificado por Ley núm. 3.133 de 8 de mayo de 1957, artículo 1.605.

(27) Artículo 24 de la Ley de 21 de octubre de 1943, modificada por la de 2 de abril de 1952.

(28) Artículo 281 del Código civil.

(29) Artículo 17 de la Ley de 1 de agosto de 1934.

Dinamarca (30), Francia (31), Islandia (32), Italia (33), Japón (34), Hungría (35), Luxemburgo (36), Chacoslovaquia (37), Noruega (38), Perú (39), Polonia (40), Suecia (41), Suiza (23), El Salvador (42), Uruguay (43) y Venezuela (44). Claro está que algunas de estas legislaciones limitan este derecho cuando el adoptado concurre con hijos legítimos del adoptante, estableciendo, v. gr.: que aquél sólo recibirá la mitad de lo que corresponda a cada uno de éstos (Código civil brasileño, Código civil chino de 1930) o que la parte del adoptado será igual a la del heredero forzoso menos favorecido, sin que en ningún caso pueda exceder de la quinta parte del total (Código civil venezolano), de tal modo que sin perjuicio de ampliar los derechos sucesorios del adoptado cuando no concurre con hijos legítimos del adoptante, las legislaciones tratan de mantener un cierto equilibrio y proporción en los respectivos derechos cuando se da tal concurrencia.

### 3. DERECHO ESPAÑOL.

#### A) *Precedentes históricos*

El reconocimiento de derechos sucesorios a los hijos adoptivos se encuentra ya en el Fuero Real, según el cual el adoptado hereda abintestato al adoptante en la cuarta parte de sus bienes y si sobrevienen hijos legítimos que concurren con él, en el quinto (45).

Las Partidas disponen que los hijos adoptivos heredarán abintestato no sólo por la adopción, sino por razón de parentesco, cuando se trata de adopción plena; y si se trata de adopción menos

- 
- (30) Artículo 13, párr. 1.º de la Ley de 25 de mayo de 1956.  
 (31) Artículos 356 y 370 del Código civil, según Ley de 8 de agosto de 1941.  
 (32) Artículo 18 de la Ley núm. 42 de 1940.  
 (33) Artículos 304 y 367 del Código civil.  
 (34) Artículo 809 del Código civil.  
 (35) Artículo 14 del Código de la familia de 6 de junio de 1952.  
 (36) Artículo 360 del Código civil reformado por Ley de 13 de julio de 1959. Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *La nueva ley luxemburguesa de adopción*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. XIII, fascículo III, julio-septiembre 1959, págs. 952-957.  
 (37) Artículo 63 del Código de la familia de 1.º de enero de 1950.  
 (38) Artículo 14 de la Ley de 2 de abril de 1917, modificada en 1918, 1921, 1923, 1935, 1948 y últimamente en 21 de diciembre de 1950.  
 (39) Artículo 338 del Código civil de 1936.  
 (40) Artículo 64 del Código de la familia de 27 de junio de 1950.  
 (41) Artículo 1.º del cap. IV de la Ley de 10 de junio de 1949.  
 (42) Artículo 23 del Decreto número 1.973 de 3 de noviembre 1955.  
 (43) Artículo 167 del Código de 1934 y Ley núm. 10.674 de 20 de noviembre de 1945, modificada por Ley núm. 12.489 de 26 de diciembre de 1957.  
 (44) Artículo 828 del Código civil de 1942.  
 (45) Libro IV, título XXII, ley 5.ª.

plena, también tendrán derecho a heredarle al morir sin testamento (46).

Las Leyes de Toro establecieron que los adoptados plenamente heredaban a sus adoptantes cuando éstos carecían de descendientes de grado más inmediato (47) y la Novísima Recopilación, que el adoptado heredaba a falta de descendientes del adoptante y con preferencia a los colaterales (48).

El Código civil *aludió* —no puede decirse que reguló— a los derechos sucesorios del hijo adoptivo en el artículo 177, cuya oscuridad motivó la célebre sentencia de 19 de abril de 1915 y estimables trabajos doctrinales (49).

### B) Régimen vigente

La Ley de 24 de abril de 1958 ha regulado los derechos sucesorios de los hijos adoptivos estableciendo unas normas generales (artículo 174, párrafos 3.º y 4.º) y otras especiales para la adopción plena (art. 179) y menos plena (art. 180).

#### a. Normas generales

Establecen los párrafos 3.º y 4.º del artículo 174 del Código civil: «Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto, aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriere en indignidad para suceder o causa de desheredación, o se declare extinguida la adopción.»

«El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la ley a favor de otras personas.»

Los párrafos transcritos conforme a la redacción aparecida en el B. O. del E. núm. 99, de 25 de abril de 1958, solucionan muchos de los problemas planteados por la deficiente construcción anterior.

Parece que comienza por distinguir dos clases de derechos: 1) los que corresponden al adoptado en la herencia del adoptante en cuanto tal y 2) los derechos establecidos a favor del adoptado en la escritura de adopción.

1) Estos derechos los disfrutará tan sólo el adoptado plenamente, puesto que el párrafo final del artículo 180, relativo a la adopción menos plena, manifiesta que «el adoptado, *como tal*, sólo ten-

(46) Partida 4.ª, tít. XIV, ley X; Part. 4.ª, tít. IV, ley IX.

(47) Ley 6.ª.

(48) Libro X, título XX, ley 1.ª Nov. Rec.

(49) CASTÁN TOBEÑAS, *La sucesión abintestato del hijo adoptivo*, en «Rev. Gral. Leg. y Jur.», 1916, págs. 39 y ss.; CABELLO, *Derechos hereditarios de los hijos adoptivos en el Código civil*, Madrid, 1917; ROBLES, *¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?*, en RCDI, 1942, págs. 464 y sigs.; CÁMARA, *Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil*, en «Rev. D. Priv.», 1951, págs. 89 y sigs.

drá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción», mientras que el artículo 179, párrafo 1.º, confiere «por ministerio de la ley» derechos al adoptado en la herencia del adoptante, los cuales, por medio de la representación, pasan a sus descendientes legítimos. Si algún derecho corresponde al adoptado menos pleno en la sucesión del adoptante con independencia del pacto, no le corresponderán como tal adoptado, sino en virtud de la posible relación de parentesco que entre ellos pueda existir (v. gr.: tío que adopta al sobrino, adopción entre hermanos). Por ello, habida cuenta que el ámbito de los derechos correspondientes al adoptado en cuanto tal respecto a la sucesión del adoptante se circunscribe a la adopción plena, aplazamos su estudio para cuando tratemos de las normas especiales dedicadas a esta clase de adopción, esto es, para el comentario del artículo 179.

2) La segunda clase de derechos, aquellos que adquiere el adoptado al establecerse así en la escritura de adopción, tanto pueden referirse a la adopción plena como a la menos plena.

Respecto a la adopción plena vendrán a atribuirle una porción en la herencia del adoptante, además de la porción legítima que le corresponde en virtud del artículo 179, de modo que teniendo en cuenta su equiparación al hijo natural reconocido y la circunstancia de que el pacto no podrá exceder de las dos terceras partes de la herencia del adoptante, si se admite que esta limitación responde a dejar en todo caso al adoptante una parte de libre disposición, pueden darse las siguientes situaciones:

1ª *Adoptado plenamente cuyo adoptante no tenga descendientes ni ascendientes legítimos, o éstos no concurren a la sucesión.*— Tiene derecho a la tercera parte de la herencia en concepto de legítima; otro tercio no podrá ser objeto del pacto sucesorio; el tercio restante será sobre el que propiamente recaiga dicho pacto (artículos 179, 842, 174 del C. c.). Se dirá que, de todos modos, el adoptado plenamente hubiera sucedido al adoptante abintestato, por virtud del artículo 939 en relación con el 179; pero esta circunstancia no hace perder su utilidad al pacto sucesorio, puesto que los derechos adquiridos por el adoptado mediante el mismo son irrevocables, de tal modo que el adoptado no puede verse privado de ellos por ulterior disposición testamentaria del adoptante, mientras que el artículo 939 es para el caso de que el adoptante no haya dispuesto de dicho tercio.

Ahora bien, si se entendiese que puede concurrir el derecho conferido por el artículo 179 con el pacto sucesorio, interpretando a la letra el párrafo 4.º del artículo 174, puede resultar agotada la parte de libre disposición, lo que sucederá necesariamente caso de extenderse el pacto sucesorio a los dos tercios de la herencia del adoptante, pues el tercio restante le corresponderá al adoptado plenamente como legitimario si se interpreta así, lo cual veremos más adelante, el artículo 179.

2.<sup>a</sup> *Adoptado plenamente que concorra a la sucesión del adoptante con ascendientes legítimos de éste.*—Una cuarta parte de los bienes del adoptante le corresponden como legítima (art. 841); la mitad de la herencia queda absorbida por la legítima de los ascendientes (art. 809), de tal modo que sólo queda libre una cuarta parte de la herencia y de esto resulta, si se interpreta la limitación del artículo 174 en el sentido expuesto primeramente, que no queda el remanente de un tercio que exige dicho artículo y, por tanto, no podrá tener lugar el pacto sucesorio.

3.<sup>a</sup> Con mayor motivo no podrá tener efecto dicho pacto cuando el adoptado plenamente concorra con hijos o descendientes legítimos de su adoptante (cfr. art. 840), lo cual es perfectamente posible caso de superveniencia de tales hijos o que resultara vivo el declarado fallecido.

4.<sup>a</sup> En cambio, si el adoptado plenamente concurre a la sucesión del adoptante con el cónyuge y ascendiente de éste, como el Código rebaja la legítima de los ascendientes a la tercera parte (art. 809) y la del adoptado es la cuarta parte de la herencia del adoptante, siendo en usufructo la del cónyuge, queda una doceava parte de la herencia como posible objeto del pacto sucesorio, una vez deducido el tercio que debe quedar a salvo, conforme a la referida interpretación del artículo 174, párrafo 4.<sup>o</sup>

Referido a la adopción menos plena, el pacto sucesorio adquiere la mayor importancia, porque constituye la base o *conditio sine qua non* en cuya virtud el adoptado —en cuanto tal— sucede el adoptante.

Cabe aplicar aquí consideraciones análogas a las expuestas anteriormente para el adoptado pleno, y así cuando el adoptado menos pleno concurre con hijos o descendientes legítimos del adoptante, como la legítima de éstos está constituida por las dos terceras partes del haber hereditario, no quedará margen para el pacto sucesorio a favor del adoptado si insistimos en la interpretación según la cual la limitación del pacto sucesorio a los dos tercios tiene por finalidad dejar en todo caso el tercio restante como de libre disposición; caso contrario, el máximo a que puede extenderse aquel pacto es un tercio, con cuyo montante se agota el patrimonio del adoptante privándole de la parte de libre disposición.

En tesis general, siempre que concorra el adoptado con algún legitimario del adoptante cuya cuota resulte imposible de armonizar con el pacto sucesorio (descendiente, ascendiente, hijo natural reconocido, adoptado plenamente) y en la medida en que se dé tal incompatibilidad entre sus respectivas porciones (legítima y paccionada), habrá de pagarse primero la del legitimario y después la que corresponda al adoptado en virtud del pacto, aunque para ello tenga que dejarse sin efecto, en todo o en parte, el testamento anterior o posterior del adoptante en el que éste disponía de la parte libre en principio.

Puestos a adoptar una solución en la interpretación del límite impuesto al pacto sucesorio y a la vista de las consecuencias que entraña la consideración del mismo como una legítima a favor del propio adoptante —porción reservada necesariamente a éste para que disponga libremente de ella— y aunque la idea del respeto a la libertad de testar sea, en la época actual, mucho más sugerente que la opuesta (precisamente por las trabas, a menudo injustificadas, que restringen la gloriosa autonomía del hombre como ser libre y, por tanto, responsable de sus actos), no parece, sin embargo, que haya sido ésta la intención del legislador. Mas bien hay que inclinarse a la solución según la cual es suficiente con que el pacto sucesorio no exceda de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin necesidad de respetar el tercio restante como de libre disposición; y así, aunque en algunos casos se llegue a privar de esta facultad de libre disposición al adoptante, no por ello habrá de reducirse el pacto sucesorio en cuanto no exceda de los referidos dos tercios. Si excede y en cuanto exceda, no será nulo, sino reducible al límite indicado, debiendo hacerse notar que en el proyecto de ley no figuraba tal limitación.

Los dos tercios, en el caso de pluralidad de adoptados, parece que deben estimarse como límite al conjunto de los posibles pactos sucesorios establecidos a favor de todos los adoptados, no con relación a cada uno de ellos, cosa que sería innecesaria y carecería de sentido pues en un todo no caben varias dos terceras partes de ese todo; además, el artículo 174 se refiere a los dos tercios de la herencia del adoptante y ésta, según la concepción universalmente admitida, es única (universalidad): no hay varias herencias a las que sucesivamente pudiera imputarse tal limitación respecto a cada adoptado. Así, si el primer adoptado ha sido instituido en los dos tercios, con ello se ha agotado el máximo permitido y el adoptado posteriormente no podrá obtener nada en virtud del pacto sucesorio, sino sólo a través de disposición testamentaria (en todo caso y respecto al tercio restante) o «por ministerio de la ley (si es adoptado plenamente).

La redacción del artículo 179 en el extremo que nos ocupa parece dar a entender que el adoptado sólo sucede al adoptante en virtud del pacto sucesorio en la medida en que haya sido instituido en éste; es decir, que instituido en cierta porción, no tendrá por el mismo llamamiento contractual derecho a heredar al adoptante abintestato en toda la herencia o porción restante. Respecto a ésta se abrirá la sucesión legítima del adoptante, a la cual podrá acudir el adoptado pleno (art. 179) y también el menos pleno cuando le corresponda en razón, a su parentesco dentro del cuarto grado en la línea colateral con el adoptante. Criterio opuesto al mantenido por las sentencias de 19 de abril de 1915 y 30 de mayo de 1951, pero que resulta de la interpretación lógica y sistemática de los artículos 174, 179 y 180 del Código civil.

C. *Naturaleza jurídica del acto contenido en la escritura de adopción instituyendo heredero al adoptado*

De antiguo ha venido ocupándose la doctrina de este tema, habiéndose mantenido, con referencia al anterior artículo 177 del Código civil, las siguientes opiniones, sintetizadas por Cámara (50):

1.<sup>a</sup> No equivale a verdadera disposición *mortis causa*, no es ni testamento ni contrato sucesorio (Comas, Sánchez Román, Mucius Scaevola, Cabello).

2.<sup>a</sup> Es un pacto sucesorio por medio del cual se equipara al adoptado con el hijo natural (Valverde, De Buen) o con el legítimo (Castán, Puig Peña).

3.<sup>a</sup> Es un verdadero contrato sucesorio o delación hereditaria contractual (Ortega Lorca, Blas Piñar, Vallet, Cámara), porque:

1) tiene naturaleza bilateral o contractual, reuniendo los dos requisitos de oferta y aceptación del favorecido, cuya consecuencia normal es su irrevocabilidad, y

2) implica una verdadera disposición *mortis causa*: el favorecido no adquiere ningún derecho, ni siquiera condicional, sobre los bienes del disponente en el momento de la disposición, sino que ostenta tan sólo una expectativa sucesoria.

García Herreros (51) participa de esta opinión, que estimamos debe ser mantenida actualmente, pues si bien el *establecidos* del artículo 174, párrafo 3.<sup>o</sup>, pudiera entenderse en el sentido de permitir una disposición unilateral por el adoptante, el párrafo siguiente del propio artículo y el párrafo final del artículo 180 cierran el paso a toda duda al hablar de *pacto sucesorio* y de *derechos pactados expresamente en la escritura de adopción*; aparte de ello, debiendo establecerse la disposición en la misma escritura de adopción —no es posible establecerla en escritura posterior a la adopción ni, mucho menos, en otra anterior, como es lógico—

(50) CÁMARA, Manuel de la: *Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil*, en R. D. P., núm. 407, pág. 92.

(51) GARCÍA HERREROS, Enrique, *La sucesión contractual*, Madrid, 1902, pág. 134, nos dice: «Queda, por último, otra forma de sucesión contractual: la que puede pactarse entre el adoptante y adoptado, reconocida como válida por el artículo 177 del Código civil. En él se establece que el adoptante puede obligarse en la escritura de adopción a instituir heredero al adoptado. Esta institución, que parece asimilar el hijo adoptivo al natural, tiene una esencial diferencia con la sucesión legítima que le da el carácter de donación *mortis causa* irrevocable, y es la no existencia del derecho de representación, puesto que, muerto el adoptado antes que el adoptante, no se transmiten los derechos sucesorios de aquél, sino que se deja sin efecto lo estipulado en el contrato. No creo, pues, dudoso el carácter de pacto sucesorio de esta institución.» Lo curioso es que este autor no incluye al artículo 177 en el Proyecto de reforma al Código civil español, que se contiene en el Apéndice de su obra —págs. 139 a 150— y en el que regula la sucesión contractual en todos sus desenvolvimientos.

como en dicha escritura habrán de prestar su consentimiento el adoptante y el adoptado o persona que corresponda por imperativo del artículo 176, párrafo 1.º, existirá necesariamente el encuentro de voluntades preciso y suficiente para dar al acto carácter contractual. Para nosotros este carácter no ofrece, pues, dudas, así como tampoco que sólo es posible en la misma escritura de adopción —extremo que no resulta desvirtuado por la posible aplicación del artículo 178 del Reglamento notarial. Mas como en la escritura han de expresarse «las condiciones con que se haya hecho» la adopción (art. 117 C. c.) una vez aprobada *definitivamente* por el juez, puede preguntarse si el pacto sucesorio es preciso que haya sido aprobado por el juez o basta con que se haga constar en la escritura. El supuesto puede darse, v. gr.: si antes de la comparecencia ante el notario el adoptante no se ha informado de esta posibilidad que la ley le brinda, o en el intervalo ha aumentado su patrimonio —herencia, lotería, negocio próspero, etcétera— de tal modo que puede ofrecer al adoptado un beneficio real. Volver otra vez, en tal caso, sobre el expediente judicial ya concluído origina molestias, retrasos, gastos seguramente, y siendo así que se trata de un beneficio para el adoptado sin la contrapartida de una carga que lo desvirtúe, puede muy bien admitirse la no necesidad de la aprobación judicial y la suficiencia de que tal pacto conste en la escritura de adopción, máxime si se estima que la adopción se perfecciona no en el momento de la aprobación judicial, sino en el de otorgarse la escritura.

No ofrece ninguna duda la posibilidad de que el pacto sucesorio beneficie al adoptado en concepto de legatario, ya que, a diferencia del anterior artículo 177, el artículo 174 del Código no habla de *instituir heredero* al adoptado. Nada obsta tampoco a que se condicionen o se sujeten a modo o a plazo los derechos sucesorios pactados en la escritura que, por lo demás, son irrevocables. En cambio, la misma adopción no puede ser sometida a condición ni a término.

El pacto sucesorio puede ofrecer dos modalidades, según que se celebre entre adoptante y adoptado o entre aquél y las personas deberán dar el consentimiento para el matrimonio del adoptado.

#### *La irrevocabilidad del pacto sucesorio: su alcance.*

Esta cuestión daba lugar a serios problemas bajo la vigencia del precedente artículo 177, pues dada la dicción del mismo (52)

(52) «El adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero. Esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante. El adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad.» (art. 177 antiguo, del C. c.)

no estaba claro el alcance de la irrevocabilidad —que, por otra parte, no se establecía expresamente—, habida cuenta, además, de que no se trataba de derechos sucesorios establecidos en la escritura de adopción, sino de que el adoptante se hubiese obligado a instituir heredero al adoptado, lo cual es muy distinto. Las hipótesis eran:

1.<sup>a</sup> *Que el adoptante, habiéndose obligado a instituir heredero al adoptado, no cumpla tal obligación y fallezca sin otorgar testamento, no existiendo tampoco testamento anterior a favor de otra persona.*

Este es el supuesto que dió lugar a la célebre sentencia de 19 de abril de 1915, originada en torno a una escritura de adopción, cuya cláusula 3.<sup>a</sup> establecía que cada uno de los padres adoptantes, en atención al mucho cariño que profesaban a la adoptada, contraían la obligación de instituir la heredera en su testamento en la porción legitimaria que a favor de los hijos legítimos establecen las leyes, con las restricciones que las mismas determinan en cuanto a la validez y eficacia de la institución.

Fallecido el padre adoptante intestado, la adoptada insta expediente de declaración de herederos solicitando del juez la declaración de ser hija única y universal heredera de su padre adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios de la viuda. El Ministerio Público se opuso a la tramitación como acto de jurisdicción voluntaria, pues siendo a su juicio un derecho controvertible, debía oírse a quienes se creyesen con opción a contrariar dicha declaración, resolviendo el juez de conformidad con la tesis fiscal y manteniéndose en el caso debatido tres posiciones diferentes:

1) Representada por el Juzgado, que negó todo derecho hereditario a la adoptada, pues si bien en principio le concedía el derecho a suceder en la cuota legitimaria (dos tercios de la herencia) dejando a salvo el derecho del cónyuge, entendiéndolo que el derecho de la adoptada tenía su entronque en la escritura de adopción, como lo que había pedido era el todo, desestimó la demanda.

2) La Audiencia, tras sentar el principio de que cuando en la escritura de adopción se obliga el adoptante a instituir heredero al adoptado, esa declaración es por sí sola bastante para atribuir derechos hereditarios abintestato, revocó la sentencia del Juzgado y estableció que la adoptada tenía derecho a suceder a su adoptante, pero sólo en aquella porción hereditaria que le fué reconocida en la estipulación 3.<sup>a</sup> de la escritura otorgada el 1.<sup>o</sup> de julio de 1890, pues tal derecho tenía que ceñirse a los términos en que se había establecido la cláusula de la institución y la obligación contraída por el padre (53).

---

(53) Vid. Alfonso CABELLO y GULLÉN DE TOLEDO, *Derechos hereditarios de los hijos adoptivos en el Código civil* (conferencia pronunciada el 20

3) El Tribunal Supremo falló que la adoptada, en concepto de heredera abintestato, era llamada a la *totalidad* de la herencia, señalando de paso que los adoptados suceden abintestato después de los descendientes y ascendientes legítimos e hijos naturales reconocidos (54). Doctrina que se vió confirmada por las sentencias de 21 de mayo de 1915 y 30 de mayo de 1951.

Por su parte los autores mantenían las opiniones siguientes:

Comas era del parecer que, fuera de testamento, el adoptado no heredaba (55); Sánchez Román (56) y Mucius Scaevola (57) estimaban que sólo heredaría a falta de ascendientes y descendientes legítimos e hijos naturales reconocidos, apoyándose en la preferencia que el artículo 176, a propósito de los alimentos, concede a los ascendientes y a los hijos naturales reconocidos por no hablar de los descendientes, a lo que se les objetaba que eran dos instituciones diferentes y, por lo mismo, inaplicable el principio *ubi eadem est ratio...*; Castán (58) defendía que incluso

de abril de 1917 en la sesión pública de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, Tip. Jaime Ratés, 1917, págs. 8-11.

(54) La doctrina jurisprudencial es la siguiente: «Que para excluir de la herencia intestada a un hijo adoptivo no existiendo ninguno de las líneas preferentes, descendientes, ascendientes legítimos o naturales reconocidos, sería inevitable, no sólo olvidar el concepto jurídico de la adopción, sino desviarse en absoluto de las reglas del derecho general de sucesión, efecto este contrario al orden moral y público de nuestro país, que la jurisprudencia contemporánea, si no ha de prestarse a consagrar un quebrantamiento de lesa razón, no debe consentir, siendo como es, intérprete dedicado a suplir omisiones involuntarias de algún concepto dado en que los redactores de preceptos legales hubiesen podido incurrir. La solución negativa a la sana doctrina expuesta se separa del canon de una recta interpretación, pues si se viera el pasaje segundo de los tres que complementan el artículo 177 del Código civil única y exclusivamente en su rigurosa desnudez al decir que en ningún caso perciba el adoptado fuera de testamento la herencia del adoptante, a menos que en la escritura de adopción se obligue a instituirle heredero, con esta inesperada transformación de espíritu mucho más restrictivo que el de la vieja legislación y mayor número de las extranjeras, desaparecería el concepto fundamental, base de este linaje de familia, que es preciso salvar, y, como consecuencia, a la vez que la paternidad solemnemente declarada, las prerrogativas personales que al igual casi de los legítimos adquieren por ella los hijos adoptivos, de donde se infiere que las personas prohijadas, ya que el silencio del legislador no prueba nada, deben ocupar dentro de los órdenes de sucesión un lugar adecuado a su especial condición.»

Abundando en el mismo criterio, la sentencia de 21 de mayo de 1915 establece: «Cuando el hijo adoptivo a quien se prometió instituir heredero, no es instituido y mueren sin testar los que le adoptaron, aquél tiene derecho a heredar abintestato a falta de descendientes y ascendientes legítimos e hijos naturales reconocidos; el hijo adoptivo puede casi equipararse al legítimo.»

(55) La revisión del Código civil, parte especial, Madrid 1895, páginas 417-18.

(56) *Estudios de Derecho civil*, t. V, Madrid, 1898, págs. 1088 y 1089, nota.

(57) *Comentarios cit.*, págs. 443 y sigs.

(58) *La sucesión abintestato del hijo adoptivo*, en «R. G. L. J.», 1916, t. 128, págs. 39-60.

cuando hubiese descendientes o ascendiente y el adoptante dejase heredero a un extraño, el adoptado tendría la cuota de los hijos legítimos o, al menos, de los naturales reconocidos; también ofrecía como posibles soluciones llamar al adoptado como heredero abintestato (no testamentario) considerándolo como hijo legítimo a los efectos de los artículos 931 y siguientes, de tal modo que partiera con los de legítimo matrimonio y excluiría, caso de haber descendientes legítimos, a los ascendientes e hijos naturales reconocidos, invocando a favor de esta solución las sentencias anencionadas al hablar de las prerrogativas personales que, *al igual casi de los legítimos*, adquieren los adoptados; o bien considerar la promesa hecha en la escritura —mejor la obligación contraída en ésta— como una institución de heredero y llamar al adoptado a la parte que quede libre deducidas las porciones legítimas.

Se contraponían también las posiciones de quienes, como Cabello, sostenían que el derecho hereditario del hijo adoptivo no arranca de la escritura, sino de la ley (59) y la de aquellos que, como Cámara, entendían que el hijo adoptivo no sucede como heredero abintestato, sino en virtud del mismo pacto, que vale como título sucesorio, siendo improcedente, por tanto, la apertura de la sucesión legítima en la proporción en que esté instituido el adoptado, pues éste excluye en la misma a todos los sucesores abintestato, quedando a salvo el derecho de los legitimarios y recayendo el del adoptado sobre la parte de libre disposición (60).

Esta primera hipótesis actualmente no puede darse literalmente, ya que no es posible hablar de «obligación de instituir heredero» al adoptado, sino de «derechos establecidos en la escritura de adopción» y, en este caso, la solución viene dada claramente por el mismo legislador: los derechos del adoptado en la herencia del adoptante establecidos en la escritura de adopción —y en la medida o extensión en que lo hayan sido dentro del límite legal— surten efecto aunque el adoptante muera intestado; es decir, el adoptado sucede en virtud del mismo pacto sucesorio en la medida que éste comprenda con exclusión, en cuanto al mismo, de los sucesores abintestato, los cuales concurrirán respecto a la porción no comprendida en el pacto incluso con el propio adoptado pleno o con el menos pleno que sea pariente dentro del cuarto grado en la línea colateral del adoptante, quedando siempre a salvo, naturalmente, el derecho de los legitimarios. De aquí se desprende que la posición más ajustada al régimen actual fué la mantenida por la Audiencia en el asunto que motivó la sentencia de 1915 citada.

(59) Vid. CABELLO, *Op. cit.* en nota 53, págs. 11 y 12.

(60) *Op. cit.*, nota 50, págs. 94 y sigs.

2.<sup>a</sup> *Que el adoptante, habiéndose obligado a instituir heredero al adoptado, fallezca bajo un testamento anterior en el que instituye heredero a un extraño, sin haber cumplido tal obligación.*

El problema, con relación al anterior artículo 177, se reducía a determinar si los testamentos del adoptante quedaban revocados por la posterior obligación, contraída por el mismo en la escritura de adopción, de instituir heredero al adoptado.

Mucius Scaevola entendía que en este caso el adoptado no tiene derecho a pedir la nulidad de la institución hereditaria anterior en cuanto le perjudique, porque no es heredero forzoso (61), mientras que Cámara afirmaba la revocación por aplicación analógica de los artículos 739 y 740 del C. c., previa admisión de que tal obligación equivale al otorgamiento de un nuevo testamento y que el artículo 738 se refiere sólo a la revocación expresa, pues caso contrario no tendría lugar la revocación. Por todo ello, y ante la posible duda, en la práctica creía aconsejable que el adoptante expresase si su voluntad era dejar o no subsistente el testamento anterior o si deseaba su revocación total o parcial, formalizando su voluntad en este punto por medio de un testamento, que bien puede ser inmediatamente anterior a la escritura y cuyo contenido limitarse a la pura y simple revocación del primero (62).

Actualmente creemos que esta cautela no es necesaria y que el adoptado sucede en la cuantía establecida por el pacto a pesar de la existencia de un testamento anterior, el cual queda revocado por virtud de tal pacto en la medida a que éste se extienda —como máximo dos tercios de la herencia del adoptante—, quedando el tercio restante o la diferencia a favor del instituido en el testamento anterior: en suma, éste queda revocado en la medida en que perjudique al adoptado instituido contractualmente. A esta solución se llega interpretando la frase «aunque éste —el adoptante— muera intestado», pues sólo cabe la alternativa de que muera con testamento y la adversativa *aunque* obliga a considerar también este supuesto como de plena eficacia de la institución hereditaria contractual.

3.<sup>a</sup> *Que el adoptante, habiéndose obligado a instituir heredero al adoptado, no cumpla tal obligación y fallezca bajo un testamento otorgado con posterioridad al pacto sucesorio en el que instituye heredero a otra persona.*

La generalidad de la doctrina entendía ya, con referencia a la legislación precedente, que tal testamento posterior debía reputarse ineficaz en la medida en que perjudicase al adoptado, sin que fuese preciso para ello considerar al adoptado como cuasi-

(61) *Comentarios cit.*, 1803, t. III, pág. 446.

(62) *Los derechos hereditarios...*, cit., págs. 107-108.

legitimario, pues el carácter irrevocable del pacto sucesorio entraña una limitación del *ius disponendi* del adoptante. Condomines Valls aducía la posible analogía entre este caso y el previsto en el párrafo segundo del artículo 826, que decreta la nulidad de la disposición testamentaria contraria a la promesa de mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales (63). Pero la analogía no es absoluta, pues en la promesa de mejorar se trata de un heredero forzoso, carácter que no concurría en el adoptado conforme a la primitiva redacción del Código civil.

El nuevo artículo 174, al declarar expresamente la irrevocabilidad y la eficacia del pacto, salvo casos de indignidad, desheredación o extinción de la adopción o concurrencia de legitimarios, viene a establecer, sin género de duda, la ineficacia del testamento posterior en cuanto perjudique al adoptado. Solución que guarda armonía con la naturaleza de los pactos sucesorios en general, de la que no tiene por qué ser una excepción el que estamos estudiando.

4.<sup>a</sup> *Que el adoptante, después de cumplir su obligación de instituir heredero al adoptado en testamento, revoque éste por otro testamento posterior.*

Entendía Mucius Scaevola que aunque la promesa del adoptante constituía una cuasi-institución de heredero, el adoptado no podía pedir la nulidad del testamento por ser éste un acto esencialmente revocable, pero Castán (64) estimaba poco serios sus argumentos y opinaba que el espíritu del artículo 177 antiguo conducía a la solución contraria; pues, ¿qué utilidad tendría ni qué obligación constituiría esa promesa si el que la hizo pudiera revocarla en cualquier momento?

A partir de la reforma de 1958, como ya hemos dicho, no es necesario que el adoptante instituya heredero al adoptado en un testamento posterior, sino que el pacto sucesorio recogido en la escritura de adopción despliega por sí todos los efectos, sin que los derechos establecidos en él a favor del adoptado puedan verse disminuidos por un testamento posterior. La ley, cortando toda clase de discusiones, establece la irrevocabilidad de tales derechos.

5.<sup>a</sup> *Que el adoptante, una vez instituido heredero el adoptado—o establecido el pacto sucesorio actualmente—, tienda a dejar semejante disposición sin efecto, realizando negocios jurídicos con esa finalidad (v. gr.: donaciones).*

Ya una parte de la doctrina se inclinaba por la posibilidad concedida al adoptado de poder impugnar tales donaciones y con

(63) *La adopción. El Código civil y proyectos de reforma.* Barcelona, 1957, pág. 16.

(64) *La sucesión...*, cit., pág. 56.

mayor motivo hay que concedérsela actualmente, ya que, aunque no se estime al adoptado como legitimario o cuasi-legitimario en virtud del pacto sucesorio, siempre resultará que tiene derecho a una parte alicuota de la herencia —con el montante máximo de los dos tercios— por lo que podrá pedir la reducción de las donaciones conforme al párrafo primero del artículo 655. En cambio, las donaciones anteriores al pacto sucesorio hay motivos para suponer que no podrán ser impugnadas si se estima que los derechos establecidos en dicho pacto deben ser referidos a los bienes existentes en poder del adoptante en el momento de convenirse éste.

Tratándose de negocios jurídicos a título oneroso, podrá el adoptado probar la simulación y, una vez demostrada ésta y supuesto que el acto disimulado fuese una donación u otro título lucrativo reuniendo los requisitos necesarios para su validez, nos encontraríamos en el supuesto anterior.

6.<sup>o</sup> *Que el adoptado renuncie a sus derechos hereditarios en escritura posterior a la adopción.*

Entendemos que tal renuncia anticipada es nula, ya que si bien el adoptado puede dejar de ejercitar sus derechos hereditarios no puede obligarse a ello válidamente (65); si se considera aplicable el párrafo segundo del artículo 655, con mayor motivo no será posible la renuncia de todos los derechos sucesorios. Tampoco podrán convenir adoptante y adoptado en escritura posterior dejar sin efecto los referidos derechos, pues la irrevocabilidad extiende también sus consecuencias a este supuesto. Aunque la acepción estricta del término entienda éste como retractación unilateral autorizada por la ley, obliga a esa solución la redacción del artículo 174, párrafo tercero, así como el principio general prohibitivo de los pactos sucesorios (artículo 1.271, párrafo 2.<sup>o</sup>) en sus diversas variedades (de suceder, de no suceder, dispositivos). Semejante renuncia bilateral o impropia sería un pacto de no suceder y, como tal, estaría prohibido.

7.<sup>o</sup> Anteriormente a la reforma y debido a la redacción del artículo 177, no existía obstáculo legal para que el adoptante se reservase en el mismo contrato sucesorio la facultad de revocar lo convenido, si bien tal facultad ofrecía escaso interés práctico para el adoptante, ya que le era más cómodo obtener el mismo resultado por medio del testamento instituyendo o no heredero al adoptado; en cambio, éste veía asegurado en mayor grado su derecho mediante el pacto aún revocable, pues si el adoptante no lo revocaba, tenía lugar la sucesión; en cambio, en el segundo caso era preciso que el adoptante testase para que pudiese su-

---

(65) Cfr. en el mismo sentido ROSFL. y MENTHA, *Manuel du Code civil suisse*, Laussanne, t. I, pág. 345.

cederle, y sabida es la desidia o pereza de muchas personas para otorgar testamento.

No parece posible, después de la reforma, establecer en la escritura de adopción la revocación del pacto, por consideraciones semejantes a las anteriormente apuntadas; pero, en cambio, será lícito y permitido sujetar el derecho sucesorio a una condición, un plazo o un modo, puesto que no se trata de una legítima que forzosamente haya de atribuirse al adoptado.

#### *Revocación del pacto sucesorio: sus causas.*

El pacto sucesorio establecido a favor del adoptado en la escritura de adopción es, en principio, irrevocable. No obstante, la propia ley establece diversas causas determinantes de que el aludido pacto deje de surtir efectos, de entre las cuales corresponde examinar aquí aquellas que más se aproximan a la idea de revocación, a las que se refiere el párrafo tercero del artículo 174, cuando manifiesta: «Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante... son irrevocables... salvo que el adoptado incurriera en indignidad para suceder o causa de desheredación».

1.º *Las causas por las que el adoptado incurre en indignidad para suceder al adoptante*, por lo que será inaplicable la causa primera del artículo 756; la privación de la legítima establecida en la segunda sólo alcanza, como veremos, al adoptado plenamente, pues el menos pleno no es legitimario. Se aplicará, en su caso, el artículo 757.

2.º *Las causas de desheredación del adoptado*. Puede preguntarse si, como las causas de desheredación sólo son aplicables a los herederos forzosos, al aplicarlas el artículo 174 a los adoptados instituidos contractualmente equivale a otorgar al adoptado tal cualidad respecto a los derechos sucesorios pactados. A mi juicio no debe darse tal alcance a la remisión efectuada por el legislador y, en consecuencia, el adoptado no se convierte en heredero forzoso por la circunstancia de ser instituido contractualmente y aplicársele las normas relativas a la desheredación (sólo es heredero forzoso el adoptado plenamente por su equiparación a los hijos naturales) y ello por las siguientes razones:

1.ª Que la cualidad de heredero forzoso la atribuye directamente la ley sin que pueda dejarse a la voluntad de los particulares, como sucedería en el presente caso, pues siendo potestativo del adoptante —en relación también con la voluntad del adoptado o de las personas concurrentes a la adopción— instituir heredero al adoptado, resultaría que éste sería o no heredero forzoso, según convinieran o no las partes interesadas en la adopción.

2.ª Que si el adoptado fuese heredero forzoso por el mero hecho de la institución hereditaria contractual, su legítima sólo

estaría limitada en cuanto al máximo, dependiendo en lo demás de la voluntad de los particulares, que podría actuar libremente dentro de ese máximo; por otra parte, al ser tal porción legítima, no podría darse preferencia sobre ella a «los derechos legitimarios reservados por la ley a favor de otras personas» (arts. 174, párrafo 4.º y 180, párrafo final) de modo absoluto, sino que habría necesidad de arbitrar fórmulas de compromiso, criterio que la ley rechaza.

3.ª El propio Código aplica las causas de desheredación para privar de alimentos a personas que no son herederos forzosos (artículo 152, n.º 4.º) y las refiere asimismo al adoptante (art. 175, número 2.º), el cual, si es menos pleno, no es heredero forzoso del adoptado.

4.ª El preámbulo de la Ley reformadora manifiesta que la adopción menos plena «se configura en términos muy semejantes a los que el Código civil ha venido dedicando a la única clase de adopción por él admitida» y, en ésta, el adoptado no era heredero forzoso del adoptante; si la Ley hubiera querido variar su condición, no hubiera dejado de referirse a modificación de tal importancia.

La irrevocabilidad, en principio, de los derechos hereditarios del adoptado dimanantes del pacto contractual escriturado y la remisión hecha a las causas de desheredación para autorizar la revocación no significan, por tanto, que la porción hereditaria contractual del adoptado sea una legítima ni autorizan a considerar a éste cómo legitimario o heredero forzoso (66).

Las causas de desheredación del artículo 853 no ofrecen especialidades de relieve referidas al adoptado o a la adoptada. Los hijos de éstos no ocuparán su lugar, pues los derechos hereditarios se circunscriben sólo al adoptado, no pudiendo aplicarse los artículos 761 y 857.

### *Ineficacia del pacto sucesorio*

Además de los supuestos de revocación, el pacto sucesorio puede quedar ineficaz en todos aquellos casos en los que la adopción —causa determinante del pacto— se extingue, conforme dispone el párrafo 3.º del artículo 174: «Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante... surtirán efecto... salvo que... se declare extinguida la adopción».

La adopción se extingue en los casos previstos por el artículo 175, cuyo análisis no corresponde hacer aquí, mediante el ejercicio de las acciones de impugnación que en el mismo se establecen. Únicamente interesa hacer constar que nuestro Derecho no

(66) Sobre la diferencia entre legitimario y heredero forzoso y la imprecisión terminológica del Código civil, vid. VALLET DE Goytisolo Juan, *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1955, págs. 25 y sigs.

admite la revocación de la adopción por acuerdo de adoptante y adoptado (67): sino que ha de ser declarada por el juez, y que el párrafo final del artículo 175 debe interpretarse en el sentido de que el reconocimiento o la legitimación a que se refiere son los realizados por otra persona distinta del adoptante, pues los realizados por éste extinguen, desde luego, la adopción.

En cambio la adopción no se extingue por la muerte del adoptado ni la del adoptante, así como tampoco por la emancipación de aquél, ni, en general, por determinadas causas que producen la pérdida de la patria potestad del adoptante (68). Pero la muerte

(67) Esto es, la llamada revocación contractual, admitida por las legislaciones de Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Bulgaria, Chile, Dinamarca, El Salvador, Finlandia, Islandia, Japón, Méjico, Suiza, Venezuela y Yugoslavia, si bien el tipo contractual puro sólo se encuentra en Austria y Brasil, la cual opera por mutuo disenso de adoptante y adoptado y que no presenta dificultades cuando ambos poseen la plena capacidad civil. Mas cuando esto no sucede, es preciso sujetar la revocación al cumplimiento de ciertos requisitos que actúan a manera de garantías. Lo más frecuente es exigir el consentimiento de las personas que concurrieron a la adopción (artículos 14, párr. 3.º de la ley finlandesa de 5 de junio de 1925; 69, párr. 2.º de la checoslovaca núm. 256; 816 del Código civil japonés; 405 del Código civil mejicano, 183 del panameño, 169, párr. 1.º del Código civil suizo). Algunas legislaciones exigen la autorización judicial o la del tribunal de tutelas (art. 7.º de la ley checoslovaca de 1928) o la confirmación, en todo caso, del tribunal o autoridad judicial (arts. 1.768, 1.769 y 1.770 del B. G. B.), si bien el control se limita a investigar si se han cumplido las condiciones legalmente previstas para la revocación.

En todos estos casos la revocación contractual no supone derogación del principio según el cual la adopción no puede someterse a término ni condición (parágrafo 1.742 del B. G. B., artículos 1.575 del Código civil griego, 267 C. c. venezolano de 1922, 168 del Cód. letón de 1937, etc.), sino que deriva, pura y simplemente, del acuerdo de las personas a quienes la ley concede tal facultad posterior a la adopción. Esta clase de revocación goza de gran predicamento en la doctrina alemana, que admite unánimemente la revocación de la adopción por medio de contrato confirmado judicialmente (Vid. ENNECERUS, *Tratado*, t. IV, vol. 2.º, págs. 178 y sigs.).

(68) En contra del parecer de PUIG PEÑA. Cfr.: *Las situaciones finales en la adopción*, en «Rev. D.º Priv.», 1948, núm. 381, diciembre, págs. 1.045 y sigs., el cual agrupa bajo la rúbrica de «destrucción o desvalorización del lazo adoptivo a virtud de la extinción de la patria potestad del adoptante», las siguientes causas de *extinción* —según él— de la adopción:

1) Extinción propiamente dicha (sin culpabilidad del adoptante): a), muerte del adoptado; b), muerte del adoptante; c), emancipación del adoptado.

2) Privación de la patria potestad por culpa del adoptante:

a) Privación extrajudicial de la patria potestad: artículo 168, que debe aplicarse restrictivamente.

b) Privación de la patria potestad por declaración judicial:

a) Por los tribunales de lo criminal, bien por procedimiento directo en los delitos contra la honestidad (Ley de 21 de julio de 1904 y Código penal), la familia (Ley de 14 de marzo de 1942 y art. 487 del Código penal) o por otros delitos, o bien en virtud de consecuencia derivada de la aplicación de otras penas, como la reclusión mayor, que lleva anejá la interdicción civil;

b) por los tribunales civiles, en virtud del artículo 171 del Código (Sentencias de 14 de octubre de 1935, 25 de junio de 1923, 9 de noviembre

del adoptado deja automáticamente sin efecto el pacto sucesorio, puesto que los derechos en él reconocidos se refieren exclusivamente al adoptado, no a sus descendientes legítimos, ni siquiera en el caso de la adopción plena, si bien los descendientes legítimos del adoptado plenamente fallecido tendrán, por representación, los derechos atribuidos por el artículo 179 a los efectos que en el mismo se señalan; por tanto, esta disposición no autoriza para suponer que los descendientes legítimos del adoptado pleno podrán representar en la sucesión hereditaria contractual.

A pesar de que el párrafo tercero del artículo 174 da igual consideración a todas las causas de extinción de la adopción, estimamos que cuando ésta sea debida a culpa del adoptante —supuestos de los «motivos graves que afecten al cuidado del adoptado» en que la acción corresponde al Ministerio Fiscal y de la solicitud del adoptado fundada «en alguna de las causas que den lugar a la desheredación de los ascendientes»— debería conservar el adoptado sus derechos en la herencia del adoptante.

#### *Sentido irretroactivo de la extinción*

La irretroactividad de los efectos derivados de la extinción de la adopción está consagrada por el párrafo penúltimo del artículo 175: «En los casos en que se declare extinguida la adopción, quedará sin otros efectos que los ya consumados.» La extinción de la adopción carece de efectos retroactivos, es decir, se conservan los derechos adquiridos y las situaciones establecidas, pero no se adquieren otros nuevos ni se consolidan otras situaciones: el efecto consumado se respeta; el no consumado decae.

El principio establecido por nuestro Código está de acuerdo con la generalidad de las legislaciones, si bien éstas suelen ser más explícitas que la nuestra sobre el particular. Así, el artículo 309 del Código civil italiano manifiesta que «gli effetti dell'adozione cessano quando passa in giudicato la sentenza di revoca. Si tuttavia la revoca è pronunziata dopo la morte dell'adottante per fatto imputabile all'adottato i suoi discendenti sono esclusi dalla successione dell'adottante», y el párrafo tercero del artículo 367 del Código Napoleón determina que «la révocation fait cesser, pour l'avenir, tous les effets de l'adoption. L'adoptant ou ses descendants gardent toutefois, sur les choses données, le droit de retour prescrit par l'article 375 du présent Code».

No faltan, sin embargo, algunos casos en que la extinción opera retroactivamente. Según el artículo 409 del Código civil mejicano de 1928 la revocación de la adopción declarada por ingratitud del adoptado respecto al adoptante retrotrae sus efectos hasta el día en que se cometió el acto de ingratitud y conforme a los térmi-

---

de 1928, 24 de junio de 1931, 30 de septiembre de 1930, 14 de marzo de 1889, etc.) o del artículo 169 del mismo Cuerpo legal.

nos del artículo 360, párrafo octavo, del Código civil belga, los efectos de la revocación se producen, en principio, a partir de la fecha de la interposición de la demanda.

En nuestro Derecho y a los efectos sucesorios que ahora nos ocupan, conviene distinguir:

a) Si el adoptado ha sucedido ya al adoptante, de modo que la extinción de la adopción es posterior a la adquisición de la herencia, el adoptado conservará los bienes y derechos adquiridos, pues se trata de efectos consumados.

b) Si, a pesar de tratarse de sucesión contractual se estima necesaria la aceptación del adoptado —bien para todos los casos, bien sólo para aquellos en que el propio adoptado no haya prestado su consentimiento en la escritura de adopción— y la extinción de la adopción tiene lugar después del fallecimiento del adoptante y antes de que el adoptado haya aceptado la herencia deferida a su favor, si se acepta la solución más generalizada en nuestra doctrina según la cual la adquisición de la herencia tiene lugar a virtud de la aceptación, según el sistema romano —siquiera se retrotraigan sus efectos a la muerte de la persona a quien se hereda— el adoptado no podrá ya aceptarla y, por ende, no sucederá al adoptante; mas si se acoge la tesis defendida principalmente por García Valdecasas (69) conforme a la cual la aceptación se presume en tanto que no se destruya por la repudiación, siendo ésta la que opera retroactivamente (sistema germánico) estaremos ante un efecto consumado y, por consiguiente, el adoptado sucederá al adoptante.

c) Si la extinción de la adopción se produce antes del fallecimiento del adoptante, esto es, antes de abrirse la sucesión hereditaria, el adoptado no podrá ya sucederle.

d) Si al deferirse la herencia del adoptante se encuentra en período de tramitación la solicitud de extinción de la adopción, se podrá argumentar que al no haberse extinguido todavía la adopción, el adoptado puede aceptar la herencia deferida y que, una vez aceptada, como la aceptación es irrevocable y no puede hacerse bajo condición, el adoptado sucederá al adoptante aunque posteriormente se estime la solicitud y se declare extinguida la adopción. Mas si se tiene en cuenta que «nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto... de su derecho a la herencia» (art. 991) y se aplica analógicamente el párrafo primero del artículo 835, habrá de concluirse que el adoptado no podrá heredar, sino que deberá esperar el resultado de la impugnación y sólo siendo desestimatoria podrá, a partir de ese momento, aceptar o adquirir la herencia del adoptante. En cambio, si se sostiene que el adoptado no necesita, en ningún caso, aceptar la herencia del adoptante, puesto que se trata de una sucesión contractual en la que hay que distinguir los efectos

---

(69) Vid. *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, en «Rev. D.<sup>o</sup> Priv.», 1944, págs. 90 y sigs., y *De nuevo sobre la adquisición de la herencia*, en la misma Revista, 1951, págs. 991 y sigs.

propios de la institución de heredero y los específicos del testamento, que se sustituyen por los derivados del contrato, en el que, al haber existido ya oferta y aceptación huelga hablar de una aceptación posterior, resultará que en tanto no se haya declarado extinguida la adopción por resolución judicial —y aunque la fecha de interposición de la demanda sea anterior a la de la muerte del adoptante— el adoptado sucederá al adoptante, sin perjuicio de que declarándose extinguida la adopción con fecha anterior al fallecimiento del adoptante, tenga el adoptado que restituir los bienes y derechos. Siendo el propio adoptado quien solicita la extinción de la adopción será aplicable, además, la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos.

Dentro de la ineficacia cabe incluir también los casos de *nulidad o de inexistencia de la adopción*, como son 1) los de nulidad formal o por incumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 176, conforme prescribe el párrafo final del mismo artículo, y 2) los de falta de los requisitos de fondo de la adopción o haberse realizado ésta contraviniendo alguna prohibición legal. En estos casos como la adopción, de cuya existencia y validez depende la existencia y validez del pacto sucesorio, no ha llegado a nacer, tampoco puede decirse que el adoptado tendrá derecho alguno a suceder al adoptante.

El pacto sucesorio no quedará sin efecto por causa de preterición, sin perjuicio de que los herederos legitimarios puedan reclamar su legítima (art. 147, párrafo 4.º) (70).

#### *Concurrencia de legitimarios*

Habiéndonos referido ya al modo de computarse la parte dejada al adoptado, tanto al que lo sea plenamente como al adoptado menos pleno, cuando concorra con otras personas cuyos derechos legitimarios deja la ley a salvo, partiendo de la base de que el legislador desea que no se agote el patrimonio del adoptante, sino que en todo caso quede libre un remanente de un tercio al menos (págs. 9 a 11), parece conveniente ver lo que sucede en el caso de no partir de semejante punto de vista.

#### A) Adoptado plenamente:

a) No concurriendo con ningún otro legitimario, le corresponde una tercera parte de la herencia del adoptante como legítima; las dos terceras partes restantes podrán ser objeto del pacto hereditario, con lo que se privará al adoptante de la parte de libre disposición si el pacto alcanza el máximo permitido.

b) Si concurre con ascendientes legítimos del adoptante, el pacto sucesorio queda limitado a la cuarta parte de los bienes del

(70) Es un supuesto parecido al contemplado por el artículo 72, párrafo 1.º de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares, aprobada por Ley núm. 5/61 de 19 de abril.

adoptante, que es la porción libre una vez deducidas las legítimas.

c) En la porción correspondiente y limitada a la parte libre quedará reducido el pacto sucesorio si el adoptado plenamente concurre con hijos o descendientes legítimos del adoptante, la cual no puede determinarse *a priori* por ser variable en tal caso la legítima del adoptado (arts. 179 y 840).

d) Si concurre con ascendientes legítimos y cónyuge del adoptante, el máximo del pacto sucesorio alcanzará a las cinco doceavas partes de la herencia.

e) Si concurre con hijos naturales reconocidos y en virtud de su equiparación a los mismos, ¿vendrá considerado el adoptado como uno más de ellos dividiéndose la legítima entre todos, o se estimará que le corresponde una parte igual a la que por legítima tienen los hijos naturales? Nos inclinamos a considerar al adoptado como a un hijo natural más y, por lo tanto, comprender su parte entre la legítima de aquellos, no aparte de la misma. Esta solución hace menos violenta la cualidad de legitimario atribuida al adoptado pleno por el artículo 179 y su falta de expresión en el artículo 807, pues considerándosele como hijo natural más está virtualmente comprendido entre los hijos naturales que menciona el número tercero de este artículo, y coincide, *mutatis mutandis*, con la aplicada por la doctrina francesa sobre el texto del artículo 356 del Código Napoleón, a cuyo tenor el adoptado y sus descendientes legítimos tienen en la herencia del adoptante los mismos derechos que los hijos o descendientes legítimos (71). Y es lógica esta solución, pues la contraria equivaldría a romper, en favor de los adoptados, la equiparación establecida por el legislador.

f) Siempre que no alcance la parte libre para satisfacer las legítimas se reducirá lo dejado al adoptado en el contrato sucesorio.

#### B) Adoptado menos pleno:

a) Si concurre con hijos o descendientes legítimos del adoptante, la parte que puede recibir en virtud del pacto sucesorio queda reducida a un tercio.

b) Si concurre con algún otro legitimario se reducirá primero la parte de libre disposición y sólo en el caso de que ésta no bastase para satisfacer la legítima se reducirá lo dejado al adoptado menos pleno en el contrato sucesorio.

#### *Pluralidad de adoptados*

Conviene examinar la manera de proceder cuando haya que reducir la porción (dos tercios como máximo) correspondiente al adoptado en los casos que éste no sea único. En este punto todos

(71) VISMARD, Marcel, *Traité...*, cit., pág. 67, núm. 140.

los adoptados, sean plenos o menos plenos, están en la misma situación y gozarán de los mismos derechos, pues la preferencia atribuída a aquellos afecta solamente a su parte legítima. Los criterios a seguir pueden ser:

1.º *De prioridad*: se reduce en lo que sea necesario la parte correspondiente al que haya sido adoptado más recientemente, fundándose en que el pacto a su favor no puede perjudicar a los derechos reconocidos en otro pacto anterior en virtud del principio de irrevocabilidad tantas veces citado.

2.º *De igualdad*: se reducen en la misma medida las porciones correspondientes a cada uno de los adoptados, basándose en que teniendo todos éstos la misma condición no es lícito perjudicar a uno en beneficio de otro.

3.º *Proporcional*: se reduce la parte atribuída a cada adoptado, pero no en igual cantidad, sino en proporción a la cuantía en que haya sido instituído contractualmente, pues es justo conservar, en la medida de lo posible, la situación creada al verificarse la adopción.

*Adopción conjunta.*—En el caso de adopción conjunta, que en nuestro Derecho sólo puede realizar marido y mujer, bien facultativa (art. 173, n.º 4.º; adopción menos plena), bien necesariamente (art. 178, párrafo 1.º: adopción plena), resulta evidente que ambos cónyuges podrán instituir heredero contractualmente al adoptado *en un mismo instrumento* (la escritura de adopción) y aunque una cosa sea el testamento y otra distinta el contrato sucesorio, en cuanto ambos se encaminan a una finalidad análoga, puede estimarse el presente caso como una excepción al artículo 669 del Código civil. Supuesto que utilicen esta facultad y no se determine en la escritura la parte en que cada adoptante establece heredero al adoptado (como, por ejemplo, si la cláusula es del siguiente tenor: «Los cónyuges adoptantes N. y P. instituyen heredero a su hijo adoptivo Y., en la cuantía máxima que permite la Ley», u otro parecido) una interpretación racional inclina a pensar que el adoptado sucederá a cada adoptante en la parte que se haya señalado (en el ejemplo, Y. adquirirá dos tercios de la herencia de N. y dos tercios de la herencia de P.). Dudosa es la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 1409, conforme al cual «será de cargo de la sociedad de gananciales el importe de lo donado o prometido a los hijos comunes... por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que haya de satisfacerse con los bienes de la propiedad de uno de ellos, en todo o en parte».

#### *Derecho transitorio*

Si adoptada una persona e instituída heredera conforme a la legislación anterior a la reforma de 24 de abril de 1958, el adoptante otorga testamento posterior a favor de persona distinta y fallece

bajo la vigencia del nuevo artículo 174, parece aplicable la disposición transitoria 12.<sup>a</sup> en relación con la 13.<sup>a</sup>, así como el inciso segundo de la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> del Código civil y, en consecuencia el testamento posterior será ineficaz en cuanto perjudique al adoptado. Claro es que un sector de la doctrina mantenía ya la opinión que permitía conseguir el mismo resultado bajo la legislación precedente. Pero sus argumentos y la solución a que llegaba, al contrario de la que ofrece la legislación en vigor actualmente, no se admitían con unanimidad.

Cuando una persona ha sido adoptada en la única forma conocida antes de la reforma llevada a cabo por la Ley de 24 de abril de 1958, y el adoptante no se ha obligado a instituir la heredera, ¿podrá establecerse a su favor el pacto sucesorio autorizado por el nuevo artículo 174?

A primera vista parece que la respuesta ha de ser negativa, ya que el artículo 174 exige que tales derechos sucesorios sean establecidos en la escritura de adopción y una vez que ésta se ha otorgado sin hacer uso de la facultad análoga reconocida por la legislador anterior, no se tratará de un derecho declarado por primera vez en la nueva ley, ni de un derecho nacido de un hecho, pues precisamente éste es el que falta; adoptante y adoptado tuvieron ocasión de convenir que el primero «se obligase» a instituir heredero al segundo y, si no lo hicieron, la oportunidad no puede serles concedida nuevamente.

No obstante, si tenemos en cuenta la diferencia esencial entre las regulaciones del antiguo artículo 177 y el actual artículo 174, de cuya diferencia se derivan las diversas consecuencias jurídicas que hemos examinado, con una interpretación benévola y amplia de las disposiciones transitorias 1.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> del Código civil en armonía con la disposición 13.<sup>a</sup> e inspirada en el fundamental principio de favorecer al adoptado, podría admitirse la apuntada posibilidad, siempre que no existan derechos adquiridos de igual origen que puedan resultar perjudicados.

En realidad, la trascendencia práctica del problema es escasa cuando el adoptante se decide a utilizar el medio más fácil de otorgar testamento a favor del adoptado, si bien los intereses de éste no quedan tan perfectamente salvaguardados como lo estarían por el pacto sucesorio, cuya irrevocabilidad es la regla general frente a la revocabilidad de las disposiciones testamentarias.

Existe también la posibilidad —digna de tenerse en cuenta porque confiere al adoptado derechos superiores a los derivados del simple pacto sucesorio— de que el adoptado bajo la antigua legislación en la única forma por ella conocida lo sea en forma plena con arreglo a la nueva. Ciertamente es que el adoptado según la anterior legislación no tiene ya a partir de la adopción la consideración de abandonado o expósito, pero no es menos cierto que si cuando fue adoptado se encontraba en alguna de esas situaciones no fue culpa suya ni del adoptante que no se conociese la

adopción plena y, por tanto, ésta debe serles permitida; y si el adoptado es mayor de catorce años, autorizándose la adopción plena de los que fueron prohijados por los adoptantes antes de dicha edad, mayor motivo habrá para no impedir su práctica en favor de quienes no fueron simples prohijados, sino adoptados.

Semejante criterio fué seguido en Francia por el artículo 103 del Decreto-ley de 29 de julio de 1939 al establecer que «durante el plazo de un año a partir de la publicación del presente Decreto-Ley, las disposiciones relativas a la legitimación adoptiva pueden ser extendidas a los adoptados con anterioridad, si los requisitos exigidos por el nuevo artículo 368 del Código civil se encuentran cumplidos a la vez en el momento de la adopción y en el de la interposición de la solicitud de legitimación. No obstante, por derogación del requisito de edad impuesto al adoptado, puede serle concedida la legitimación si no ha cumplido dieciséis años el día de la publicación del presente Decreto-Ley. La legitimación así acordada no tiene efecto retroactivo». Y la jurisprudencia francesa ha establecido que, fuera de este caso, quienes reúnan a la vez los requisitos exigidos para la adopción y para la legitimación adoptiva, deben escoger entre estas instituciones y no pueden recurrir a ellas sucesivamente (Sentencia de 3 de enero de 1947), de donde se deduce, *a sensu contrario*, que los esposos pueden beneficiar con la legitimación adoptiva al adoptado anteriormente por uno de ellos si en el momento de la adopción no reunían todos los requisitos exigidos por los artículos 368 y concordantes del Código civil, sentido en el que se ha manifestado constantemente el Tribunal civil del Sena. El proyecto legislativo número 6.456 va más allá, pues permite transformar la adopción en legitimación adoptiva siempre que los requisitos exigidos para ésta existan desde la fecha de la presentación de la solicitud de legitimación.

Es semejante supuesto, al otorgarse la nueva escritura pública de adopción plena, es claro que podrán establecerse en ella derechos del adoptado a la herencia del adoptante conforme al nuevo artículo 174, sin perjuicio de los restantes derechos que correspondan a aquél.

Si el adoptante se obligó a instituir heredero al adoptado según la legislación anterior, en cuantía superior a la que el nuevo artículo 174 permite o en porción indeterminada, creemos que no puede aplicarse la limitación establecida al pacto sucesorio por la nueva Ley, consistente en no poder exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante.

#### b. Normas especiales relativas a la adopción plena

El Código civil no establecía ningún derecho de sucesión abintestato a favor del adoptado respecto al adoptante. Solamente cuando en la escritura de adopción se hubiese obligado éste a ins-

tuitir heredero a aquél y falleciese sin haber cumplido dicha obligación, la construcción jurisprudencial montada sobre la endeble base suministrada por el artículo 177 consideró con tal derecho al adoptado en los términos y en la extensión que ya hemos examinado.

Más reformada la adopción por Ley de 24 de abril de 1958 «para mejorar la situación jurídica del adoptado», según reza la Exposición de Motivos, resultaba evidente que la mejora debía tener repercusión en los derechos sucesorios, máxime teniendo en cuenta que éstos constituyen uno de los principales efectos de la adopción y que ésta «por sus requisitos y efectos, puede ser plena o menos plena (art. 172). A este orden de ideas responde el párrafo primero del artículo 179: «Por ministerio de la ley, el adoptado y, por representación, sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión de aquellos que la Ley concede al padre natural.»

#### 1. Sentido de la expresión «por ministerio de la ley»

Comienza el artículo transcrito en su primer párrafo sentando la afirmación de que los derechos sucesorios que el mismo menciona se conceden «por ministerio de la ley». Esta expresión, utilizada también por el Código en otros casos —v. gr.: artículo 811— no plantea aquí dificultades y su sentido aparece claro: con ella quiere indicarse que tales derechos le corresponden al adoptado —y, por representación, a sus descendientes legítimos— en virtud del precepto legal, sin tener en cuenta la voluntad del adoptante e independientemente del pacto sucesorio que pueda existir. En realidad, podría haberse prescindido de la frase, por cuanto al equipararse a los hijos naturales reconocidos resulta ya evidente que tales derechos no se derivan de pacto sucesorio alguno, sino, que corresponden al adoptado pleno por su mera condición de tal, del mismo modo que se le atribuyen al hijo natural reconocido por el solo hecho de serlo. Pero aunque suprimida la frase el sentido del artículo sería el mismo, resulta no obstante útil en cuanto viene a dar a entender, de una manera clara e inducible, que el legislador considera al adoptado como legitimario o heredero forzoso del adoptante (72) sin que se trate de una equiparación a los efectos únicamente de que el adoptado pleno goce de unos beneficios que en justicia le son debidos.

Estas consideraciones se refuerzan porque, según la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, «en la adopción plena adoptante y adoptado ocupan en sus respectivas herencias el mismo lugar que los hijos naturales reconocidos y los padres

(72) Prescindimos de la cuestión acerca de si el hijo natural reconocido es necesariamente heredero, heredero forzoso o legitimario, sobre la que puede consultarse VALLET, *Op. cit.*, págs. 33 y sigs.

que los reconocieron. Parece que los derechos y obligaciones que engendra la adopción plena, debieran asemejarse a los que dimanarían de la filiación legítima y no de la natural, pues tanto más perfecta es la copia cuanto más lo sea el modelo. Pero tal solución hubiera hecho más intenso el vínculo adoptivo que el de la filiación natural. Por eso, al regular los efectos de la adopción sobre el derecho sucesorio, la posición del adoptado plenamente queda equiparada a la del hijo natural reconocido, tanto en la sucesión legítima como en la forzosa».

Se habla de «ocupar el mismo lugar», de «posición del adoptado», de que ésta se equipara a la del hijo natural reconocido «tanto en la sucesión legítima como en la forzosa». Precisamente en esta equiparación se basa la doctrina para atribuir a la adopción plena el carácter de estado civil (73). Ya hace tiempo se había mostrado partidaria de conceder al adoptado la cualidad de legitimario (74), siendo de destacar que la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, la cual permite adoptar a quien tenga hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos, considera a los adoptados, sin distinción entre adopción plena y menos plena, como legitimarios, incluso en concurrencia con los hijos legítimos y los equipara a éstos en la sucesión intestada del padre o madre adoptante en todo caso (arts. 6, 124, 125, 249).

¿Es lógica la equiparación del adoptado pleno a los hijos naturales reconocidos? Rotunda y tajantemente hemos de contestar que no. Están en contra de ella tanto nuestra tradición jurídica como la regulación de la institución en el Derecho extranjero y, lo que es más importante, la misma reglamentación legal, pues prohibida la adopción a quienes tienen descendientes legítimos y aun legitimados o hijos naturales reconocidos, ningún peligro habría en conceder a los adoptados idénticos derechos que a los primeros, y si alguno hubiese podría evitarse fácilmente sin más que

(73) Así el profesor DE CASTRO: «La adopción plena parece indiscutible que origina un cambio de estado, tanto respecto al adoptado como al adoptante. El adoptado... y el adoptante o adoptantes «por ministerio de la ley» adquieren, respectivamente, la condición de herederos forzosos, al concedérselos en sus respectivas herencias los mismos derechos que la ley otorga al hijo natural reconocido y al padre natural (arts. 178, 807, número 3.º del Código civil). Cfr.: *Compendio de Derecho civil* (Apéndice), Madrid, 1958, Instituto de Estudios Políticos, pág. 25.

(74) En este sentido Augusto COMAS, *La revisión del Código civil español*, Madrid, 1895, parte especial, págs. 405-428, relativas a la reforma de los artículos 173-180, especialmente págs. 417-422, quien configura en el artículo 831 de su Proyecto el derecho sucesorio recíproco entre adoptante y adoptado en forma de legítima «para poder utilizarlo en la sucesión testamentaria». También Francisco de A. CONDOMINES VALLS, en su discurso de recepción en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, estima tesis ajustada a un tiempo al Derecho natural, a la tradición española y al sentir predominante, que el hijo adoptivo en materia sucesoria se convierta en legitimario con arreglo a las normas de Derecho civil común o especial que rijan (*La adopción. El Código civil y proyectos de reforma*, Barcelona, 1957, págs. 28-29).

declarar preferentes los derechos de los hijos legítimos caso de concurrencia. La disculpa de que tal solución hubiera hecho más intenso el vínculo adoptivo que el de la filiación natural no es convincente, porque en otros lugares el legislador reconoce a los adoptados plenamente una situación análoga a la de los hijos legítimos (v. gr.: en el artículo 166, *a contrario sensu*, se observa cómo el adoptante pleno adquiere el usufructo de los bienes que tenga el adoptado). Esperemos que, en la práctica, tal diferencia no tenga gran importancia —aparte de la derivada de la menor cuantía de la legítima— pues siempre puede ser instituido heredero en testamento el adoptado y, aun a falta de éste y de contrato sucesorio, sucederá al adoptante pleno en toda la herencia cuando, como será lo más corriente, no existan otros herederos con preferentes o iguales derechos.

## 2. Representación

La ley permite que todos los descendientes legítimos del adoptado pleno le representen en la sucesión del adoptante. En Francia la doctrina había llegado a la misma conclusión sobre la base del artículo 356 (el adoptado y sus descendientes legítimos tienen en la herencia del adoptante los mismos derechos que los hijos o descendientes legítimos) y, con mayor motivo, en la legitimación adoptiva, pues conforme al artículo 370 del Código civil el legitimado ostenta los mismos derechos e idénticas obligaciones que si hubiese nacido de matrimonio. El Código civil italiano equipara también los hijos adoptivos a los legítimos a estos efectos (art. 567) y establece que la representación tiene lugar en la línea recta a favor de los descendientes de los hijos adoptivos (art. 468).

Los derechos reconocidos al adoptado pleno tienen como excepción los casos en que incurra en indignidad para suceder o causa de desheredación o se declare extinguida la adopción, y esto tanto si se considera aplicable el párrafo tercero del artículo 174 como si no, pues la doctrina general impone en este punto tal solución. Existe aquí la diferencia, con respecto a los derechos concedidos al adoptado pleno en el pacto sucesorio, de que los descendientes legítimos del adoptado podrán suceder al adoptante conforme a los artículos 761 y 857, los cuales no eran aplicables, como hemos visto, al contrato sucesorio.

## c. Normas especiales a la adopción menos plena

A los derechos sucesorios del adoptado en la herencia de su adoptante menos pleno se refiere el párrafo final del artículo 180 del Código, que dice así: «El adoptado, como tal, sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los

hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudieran tener el adoptante.»

Este artículo decide las dudas planteadas bajo la anterior legislación y su criterio es diametralmente opuesto al sustentado por la sentencia de 19 de abril de 1915, pues conforme al mismo, al contrario que mantenía esta sentencia, el adoptado menos pleno no sucederá a su adoptante en la porción a que no alcance el pacto sucesorio, si dicho adoptante fallece abintestato.

Pero este artículo se refiere sólo al adoptado como tal adoptado, es decir, en atención exclusivamente a esta condición, pues es posible que el adoptado tenga derecho a suceder al adoptante abintestato por razón del parentesco existente entre ambos.

Este artículo deja a salvo la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pueda tener el adoptante. El hecho de que entre estos legitimarios no se mencione al adoptado plenamente pudiera aducirse como argumento de que el Código no lo considera tal. Pero, dada su equiparación a los hijos naturales reconocidos, estará incluido en el espíritu, ya que no en la letra, de este artículo, beneficiándole la misma excepción. Con mayor amplitud se manifiesta el artículo 174, párrafo cuarto: «El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, *sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la ley a favor de otras personas.*» Con lo cual resulta superflua la excepción establecida en el artículo 180, pues el artículo 174 la comprende; y no cabe duda que en la estatuida por éste cabe comprender a los adoptados plenamente.

#### d) *Sucesión testamentaria: análisis del párrafo final del artículo 772*

Todos los hijos adoptivos pueden heredar a sus adoptantes si éstos los instituyen en testamento, sea a título universal o particular. Para este caso y para salvaguardar en la medida de lo posible el secreto de la adopción, establece el artículo 772, en su párrafo final: «En el testamento del adoptante, la expresión genérica hijo o hijos comprende a los adoptivos.»

Entendemos que esta disposición es aplicable tanto al caso de que el adoptado concorra con otros hijos por la sangre del adoptante como al de que aquél sea único heredero, y que no se trata de una regla interpretativa contra la cual pueda prevalecer la intención del testador deducida del tenor del mismo testamento (artículo 675), sino que para excluir al adoptado debe el adoptante-testador, cuando emplea dicha expresión genérica, especificarlo claramente, de tal modo que la exclusión tácita no cabe: sólo es posible la exclusión expresa.

El alcance del precepto es, por una parte, más limitado que el del artículo correspondiente en el Proyecto de la Comisión, pues se restringe al testamento del adoptante, y, por otra, más extenso

al aplicarse a cualquier adoptado, sea pleno o menos pleno (75). ¿Quiere decirse con ello que en los testamentos de cualquier otra persona distinta del adoptante el llamamiento genérico hijo o hijos (referido naturalmente a los del adoptante) no comprende a los adoptivos? Aventurado sería sostener la exclusión de los hijos adoptivos como tesis general, pues ello podría conducir al resultado de dejar ineficaz la disposición testamentaria. Igualmente expuesto a error sería el criterio contrario, entendiendo que en todos los casos se comprenden en la referida expresión los hijos adoptivos de persona distinta del testador, a falta de un precepto claro en este sentido, tan claro al menos como el del artículo 772. Por eso opinamos que en este caso sí que estaremos ante un supuesto de interpretación de las disposiciones testamentarias. Y como la primera regla en esta materia es atender a la voluntad del testador si está claramente expresada, a esa habrá de estarse. Mas si la voluntad del causante no puede deducirse claramente, habrá que atender al sentido literal de las palabras empleadas (interpretación objetiva) y, en este caso, creemos de importancia determinar previamente si la relación adoptado-adoptante es equivalente a la paterno-filial, pues si la respuesta es afirmativa habrá de reconocerse que la expresión «hijo» o «hijos» comprende a los adoptivos, mientras que si se estima que las relaciones expresadas no guardan la debida analogía, la solución deberá ser la contraria.

Sin entrar a fondo en el análisis de la cuestión, que nos desviaría de nuestro propósito, sí vamos a señalar algunos argumentos favorables a favor de la tesis según la cual la adopción crea entre adoptante y adoptado una relación paterno-filial.

1. El profesor Cicu comprende entre los estados de filiación la legítima, la natural y la adoptiva (76), y el resto de la doctrina puede afirmarse que sigue, con gran mayoría, la misma dirección. Así, entre nosotros el profesor Castán Tobéñas nos dice que «la relación de paternidad y filiación es la que se da entre padres e hijos, o sea entre generantes y generados. Está, pues, fundada en el vínculo de la generación real o supuesta. Puede, en efecto, derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción)» (77). Y más adelante añade: «... resultan, en definitiva, cuatro especies de filiación, que se conocen con los nombres de legítima, ilegítima, legitimada y adop-

(75) El artículo 772 del Proyecto disponía: «(A los dos párrafos de que consta se le añadirá uno nuevo con la siguiente redacción): «El adoptado plenamente podrá, respecto de su adoptante, ser designado en testamento con la expresión «hijo» sin necesidad de que la disposición testamentaria haga referencia a la adopción.» De donde cualquier persona podía referirse al adoptado pleno en su testamento empleando la expresión «hijo».

(76) *La filiazione*, Milano, 1928, núm. 5, pág. 10.

(77) *Derecho civil español, común y foral (Registros)*, 3.<sup>a</sup> edic., t. III, 1942, pág. 193.

*tiva*) (78), definiendo a los hijos adoptivos como aquellos que «no siéndolo por la sangre, adquieren la condición de tales a virtud de un especial acto jurídico» (79). Puig Peña se manifiesta en sentido idéntico (80) y el substrato común de las definiciones que los autores dan de la institución lo constituye precisamente el considerar que crea un vínculo legal de filiación (81).

2. Los Códigos que definen la institución lo hacen también en este sentido: «Adopción es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante» (artículos 179 del Código civil boliviano de 1831, 267 del Código civil guatemalteco y 269 del Código civil colombiano), «el acto jurídico de asistencia social por el que se toma como propio al hijo que no lo es verdaderamente» (Decreto número 375 de 5 de mayo de 1945 en Guatemala, art. 1.º).

3. La misma terminología viene en apoyo de la indicada solución, al emplear las legislaciones expresiones como *enfant adoptif* (art. 354, núm. 3.º del Código Napoleón), *figli adottivi* (artículos 294, 310, 468 y 567 del Código civil italiano), *angenommene Kind* (arts. 1.743 y 1.749 del B. G. B.), equivalentes a la nuestra de «hijo adoptivo» (arts. 47, párrafo 2.º; 84, núm. 5.º; 154 y 166 del Código civil) y aún es clásica la palabra *prohijamiento* que algún autor considera más adecuada que la de adopción (82).

4. Si, según hemos dicho antes, la adopción plena origina

(78) *Ibid.*, nota anterior.

(79) *Ibid.*, pág. 194.

(80) FEDERICO PUIG PEÑA, *La relación familiar en sentido amplio: problemas que suscita el parentesco*, en «Rev. D.º priv.», abril 1948, número 373, págs. 304-307.

(81) VALVERDE: *Acto jurídico que crea entre dos personas una relación análoga a la que resulta de la paternidad y filiación legítimas* (*Tratado de Derecho civil español*, t. IV, 4.ª edic. Valladolid, 1938, pág. 473). SÁNCHEZ ROMÁN: Es la adopción uno de los medios de constituirse la relación paterno-filial, por el cual y mediante ciertos requisitos establecidos por las leyes, una persona toma como hijos los que no lo son por naturaleza (*Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 2.º, 2.ª edic., Madrid, 1912, páginas 1.077). En el mismo sentido: DUSI (*Della filiazione e dell'adozione*, 2.ª edic. 1924, págs. 875 y ss.), BAUDRY-LACANTINIERE (*Traité théorique et pratique de Droit civil, Des Personnes*, vol. IV, París, 1905, pág. 6), COLIN et CAPITANT (*Curso elemental de Derecho civil*, trad. de la «Revista Gral. Leg. y Jur. con notas de DE BUEN, edit. Reus, Madrid, 1922, tomo I, pág. 611), PLANIOL (*Traité élémentaire de Droit civil*, 9.ª edic., tomo I, París, 1922, pág. 490), JOSSERAND (*Derecho civil revisado y completado por André Brun*, t. I, vol. 2.º *La familia*, trad. de S. CUNCHILLOS y MANTEROLA, Buenos Aires, 1950, título III, parágrafo 1.297), VISMARD (*Traité...*, cit., pág. 1), PUIG PEÑA (*Las situaciones finales...*, cit., página 1045), etc.

(82) CONDOMINES VALLS, *ob. cit.*, pág. 28: «La palabra española que debería procurar conservarse —prohijamiento— dice mucho más que adopción y, cual ocurre tantas veces en la vida jurídica, marca una primera línea de la cual, si no queremos correr grave riesgo, solo podremos apartarnos en casos excepcionales. Ahora, tener como hijo al que no lo es, equivale a remedar o imitar a la naturaleza; y esa imitación ha de ser lo más fiel posible.»

un cambio de estado civil, el estado que se adquiriera no será otro que el de filiación y paternidad legales. Pero incluso en la adopción menos plena, que no origina cambio de estado, hay que llegar a la conclusión de que existe la indicada relación, por cuanto se produce el efecto típico de ella: adquisición por el adoptante de la patria potestad sobre el adoptado, cuya situación personal se identifica con la del hijo legítimo (arts. 154, párrafo 2.º, y 180, párrafo 1.º, del Código civil).

5. La Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958 manifiesta que «el adoptante, respecto al adoptado y éste respecto de aquél, tienen los deberes y derechos que recíprocamente tienen los padres y los hijos, con lo cual, en un punto más, queda establecida la debida analogía entre la *relación de filiación adoptiva* y la establecida por la naturaleza». Por otra parte, la relación de parentesco que la adopción produce entre adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos de otra, según el párrafo final del artículo 174, sólo a una relación paterno-filial puede referirse y, abundando en el mismo criterio, en la estadística notarial se incluye la adopción bajo la rúbrica «Instrumentos relativos al *estado civil*».

6. Nuestro Derecho histórico confirma este punto de vista: «Adopción tanto quiere decir como porfijamiento, que es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, maguer no lo sean naturalmente» Partida IV, título XVI, ley 1.ª).

7. La jurisprudencia parece orientarse en el mismo sentido. La sentencia de 5 de marzo de 1934 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, debida a la ponencia de su actual Presidente, manifiesta que «cabe hoy destacar estas tres categorías o matices de la relación familiar o cuasi-familiar que se constituye por el hecho de recibir como hijos, o cuando menos como conviventes y protegidos, a quienes no lo son por naturaleza: la adopción..., el prohijamiento... y, en fin, el acogimiento».

Resulta, en conclusión, que la adopción entraña una relación de filiación, por lo que empleada por un extraño en su testamento la expresión «hijo» o «hijos» y, según el sentido literal, deberá comprender también a los adoptivos, sin que esto suponga hacer tabla rasa del artículo 675 del Código civil, pues contra ese sentido literal podrá y deberá prevalecer la voluntad claramente manifestada del testador, su intención, en caso de duda, según el tenor del mismo testamento y, especialmente, el hecho de si el testador ignoraba la adopción suponiendo al adoptado verdadero hijo por naturaleza del adoptante, lo que es fácil que suceda, tratándose de personas ajenas al restringido círculo familiar del adoptante o a su intimidad y al sigilo con que suelen llevarse a cabo las adopciones para lograr lo que más apetece todo adoptante: que el adoptado le considere como su verdadero padre, profesándole el cariño de un verdadero hijo; así como también

debe tenerse en cuenta la circunstancia de no tener el adoptante más hijos que el adoptado, casos en los que parece no cabe discusión sobre el particular (83).

*Examen especial del secreto de la adopción en relación con estas cuestiones.*

El secreto de la adopción que el legislador quiere facilitar e incluso diríamos asegurar de modo especial en la adopción plena, como se comprueba leyendo el párrafo cuarto del artículo 178 del Código, tiene su desarrollo en diversos preceptos de la Ley y del Reglamento del Registro civil (84). Pero este secreto que se quiere salvaguardar, «con profundo respeto a la delicadeza con que la generalidad de los adoptantes de expósitos llegan a los mayores sacrificios para que el adoptado viva como hijo legítimo» y del que se encuentran manifestaciones extremas en legislaciones extranjeras (85), cede no sólo cuando «razones graves» lo aconsejen —en que se permite la investigación y demostración de la realidad de la situación adoptiva—, sino también en el momento de morir el adoptante y sucederle el adoptado. El celoso Fisco se encargará de ello, desde el punto y hora en que para la sucesión del hijo adoptivo —que, por otra parte, goza de un trato de favor respecto a los extraños y parientes lejanos del causante, siempre que reúna determinadas condiciones— rigen tipos superiores en la escala de herencias del impuesto de derechos reales que los correspondientes a los hijos legítimos (86). Si el legis-

(83) En análogo sentido que nuestro artículo 772, el artículo 21 del Estatuto de Quebec y el 26 de la Ley islandesa de 13 de diciembre de 1952 establecen que cuando por la ley o por los particulares en un acto jurídico se empleen las palabras «hijo» o «hijos» comprenderán a los adoptivos, salvo disposición expresa en contrario. En cambio, según la citada ley islandesa «hijo» o «hijos» empleadas por el padre o la madre por naturaleza del adoptado no comprenderá, en principio, a éste.

(84) Vid. especialmente artículos 6.º y 59 de la Ley y 21, 22, 28, 29, 30, 33 y 36 de su Reglamento, que responden a la idea de restringir la manifestación del folio del nacimiento y hacer posibles las certificaciones sin constancia de filiación.

(85) Así la ley uruguaya núm. 10.674 de 20 de noviembre de 1945, modificada por la núm. 12.486 de 26 de diciembre de 1957, atribuye carácter secreto a la legitimación adoptiva y, en su virtud, ni los extraños ni aun el propio legitimado pueden averiguar normalmente que la filiación —que en el Registro aparece como legítima— no es de origen. La Ley autoriza, en efecto, una verdadera falsificación de las actas del estado civil, gracias a la cual el menor legitimado es inscrito en el Registro como verdadero hijo legítimo de sus nuevos padres. (Cfr. *L'adoption dans les législations modernes*, 2ème. édit., Sirey, 1958, pág. 307.)

(86) GONZÁLEZ PALOMINO, enjuiciando esta actitud del Fisco, manifiesta: «El Fisco se ha creado una legislación propia, con técnica propia y con órganos propios, que la interpretan con el rigor máximo; no siempre acorde, ni en sus principios ni en sus aplicaciones, con la ética más latitudinaria. Cualquier particular que procediera en su vida social, en sus relaciones con sus semejantes, ateniéndose a los principios fiscales,

lador civil no quiere ver fracasar sus precauciones y buenos deseos, debería persuadir al legislador fiscal —que, por lo visto, es el Júpiter del Olimpo legislativo— para que, con toda urgencia, rectifique un tanto sus disposiciones y conceda igual trato a los adoptados plenamente que a los hijos legítimos, extremo que ya debió de haberse tenido en cuenta, si existiese unidad y concierto en la tarea legislativa, en la vigente Ley sobre el Impuesto de Derechos reales y transmisión de bienes, cuyo texto refundido fué aprobado por Decreto de 21 de marzo de 1958 y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 29 de abril siguiente, con posterioridad, por tanto, a la Ley reformadora del Código civil de 24 de abril de 1958, publicada en el *Boletín Oficial* del 25 de abril siguiente, por no hablar del Reglamento del mismo Impuesto de 15 de enero de 1959, el cual no se hubiera extralimitado con ello en más de lo que corrientemente suelen hacerlo semejante clase de disposiciones.

### III. DERECHOS SUCESORIOS QUE CONSERVA EL ADOPTADO.

Estos derechos se refieren, como no podía menos de ser, a la familia por naturaleza del adoptado. Nótese que decimos familia y no padres por naturaleza, pues, en efecto, dispone el artículo 174, párrafo quinto, con carácter general, que «el adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza», prescripción aplicable tanto a la adopción plena como a la menos plena; por formar parte de las «disposiciones generales» contenidas en la sección primera. Y por si hubiera alguna duda, aún lo reitera para aquélla el párrafo segundo del artículo 179: *El adoptado está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, pero conservará los derechos sucesorios...*»

Sin embargo, creemos que en contadas ocasiones tendrá lugar la efectividad de semejantes derechos, en primer término, porque los adoptados plenamente no suelen pertenecer a familias conocidas y ricas, y luego porque aun siendo esa la condición de la familia por naturaleza —supuesto raro— el secreto de la adopción, en cuyo mantenimiento estará interesado de un modo especial el adoptante, impedirá al adoptado ejercitar sus derechos, pues ponerle en situación de hacerlo equivaldría a descubrirle su verdadero origen. Lo mismo puede decirse cuando en la adop-

---

sería considerado como persona de trato no deseable, ni de mucho fiar. Nuestro Tribunal Supremo le ha advertido ya al Fisco en varias ocasiones (18 de mayo de 1927 y 21 de enero de 1929) que no considera delitos los medios defensivos que los particulares utilicen para librar la piel, o algún trozo de ella, de entre sus zarpas, y que allá se las entienda él sólo con sus procedimientos, organismos y sanciones.» (*Instituciones de Derecho notarial*, t. I, Madrid, edit. Reus, 1948, pág. 56.)

ción menos plena los adoptantes tengan interés en ser considerados como verdaderos padres por el adoptado.

Estos derechos actúan con independencia de los anteriormente examinados, pues son perfectamente compatibles, al contrario de lo que ocurre con otros derechos y deberes (v. gr.: patria potestad), en cuyo ejercicio el adoptante excluye a la familia por naturaleza (art. 180, párrafo segundo).