

La Ley que rija al morir el causante es la que regula la sucesión en que incida una adopción

MANUEL ALBALADEJO GARCIA

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión.—2. Los cambios de legislación en materia de adopción, su repercusión en nuestro tema, e importancia de éste.—3. La irretroactividad de las diversas Leyes de adopción.—4. Las disposiciones transitorias de dichas Leyes.—5. Las disposiciones transitorias del Código civil que pueden venir al caso.—6. Otros textos del Código que vienen al caso también.—7. La doctrina.—8. El párrafo 33 de la Exposición de Motivos de la segunda edición del Código civil.—9. Los casos parecidos cuya comparación con el nuestro convence de que la sucesión en que incida adopción no se debe regir por la Ley vigente al adoptar.—10. Fundamentación de que se aplique la Ley de Adopción vigente a la muerte del causante.—11. El caso del pacto sucesorio en adopción.—12. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Según una opinión, que, aparte de formulada por escrito o no, he oído expuesta de palabra en algunas ocasiones, la sucesión relacionada positiva o negativamente con una adopción se rige, en cuanto venga al caso, por la Ley vigente al llevarse a cabo la adopción. De modo que cuando se llama a heredar en virtud del vínculo adoptivo (por ejemplo, a heredar el adoptado al adoptante), o cuando en virtud de ese vínculo se excluye de heredar (por ejemplo, si después de la adopción, el adoptado ya no hereda a su familia de sangre), la herencia corresponderá o no, según lo que estableciese la Ley bajo la que la adopción se otorgó.

Si damos eso por bueno, como resulta que nuestra legislación sobre adopción (que también comprende derechos hereditarios de los adoptados y contra ellos, tanto de la familia nueva, la adoptiva, como de la antigua, la de sangre, así como comprende igualmente exclusión de la sucesión del adoptado respecto de ciertas personas o de éstas respecto de él que, uno u otros, se habrían heredado entre sí, si

no hubiese habido adopción), ha cambiado tantas veces en los últimos tiempos, habrá que llegar a la conclusión de que cada sucesión que se produzca actualmente, si en ella incide una adopción, se regirá por legislación distinta, porque la que procederá aplicar a tal sucesión no será la Ley vigente hoy, sino que, aun producida la sucesión hoy, deberá regirse por la Ley vigente cuando se otorgó la adopción que juega en tal sucesión. Por ejemplo, si A adoptó a B el año X bajo Ley que dijese entonces que el adoptado heredaba al adoptante, aunque se cambie la Ley después y la nueva excluya a aquél de heredar a éste y A muera con posterioridad al cambio, B le heredará, porque la Ley bajo la que fue adoptado le confería derecho a heredarle.

De ser esto así, resultaría —repito— que las herencias de varios causantes que muriesen todos ahora, se regularían por legislación diferente, si cada uno adoptó a un hijo bajo legislación anterior diferente.

Pues bien, yo creo que esto no es así de ningún modo, ni debe serlo, porque el tema de la adopción y de la filiación adoptiva y sus derechos es de un interés público que pide unidad y tratamiento uniforme según la conciencia social actual, no derechos diferentes para los que estando en el mismo caso no es razonable que los tengan desiguales por razón de intereses puramente individuales amparados en lo que en otros tiempos dijeron Leyes que fueron consideradas merecedoras de reforma por la conciencia social de hoy.

Volviendo al ejemplo antes puesto, yo creo que B, heredará a A si así lo establece la Ley que regule la sucesión cuando A muera, y no porque la Ley vigente cuando fue adoptado dijese que el adoptado heredaba al adoptante. De modo que cambiada después esta Ley, todavía en vida del futuro causante, privando la otra Ley que la sustituya, al adoptado de la sucesión del adoptante, cuando éste muera más tarde, el adoptado no le heredará.

Pienso que eso es así, y luego ahondaré las razones. Pero quiero dejar claro desde ahora que tal pérdida, en virtud de la Ley posterior, de derechos hereditarios del adoptado antes, no es porque la Ley posterior tenga efectos retroactivos, pues no tiene que tenerlos para producir ese resultado. Así que sin ser retroactiva la Ley posterior de adopción, regulará la sucesión que se produzca después de ella, simplemente por aplicación de la regla, que no es de retroacción, de que la sucesión se rige por la Ley vigente al morir el causante, Ley que ya no es la antigua bajo la que se adoptó, si es que después de la adopción, pero antes de morir el causante, se dictó otra. Que la Ley nueva alcance a la sucesión futura, sucesión que es futura cuando el causante muera después de dictarse la Ley nueva, no es dar —insisto— efecto retroactivo a esta Ley nueva, ni desconocer ningún derecho adquirido a herencia, porque no hay adquisición de derecho a herencia, sino cuando el causante muere (con la precisión que después haré para caso de pacto sucesorio).

2. LOS CAMBIOS DE LEGISLACION EN MATERIA DE ADOPCION, SU REPERCUSION EN NUESTRO TEMA, E IMPORTANCIA DE ESTE

Nuestra legislación de adopción ha cambiado varias veces —demasiadas— desde hace poco tiempo. No digo yo que no convenga cambiar lo que deba cambiarse. Pero también parece que cuando se cambia tanto es por culpa de que el Legislador no hace el cambio que debiera, y se da cuenta rápidamente de que correspondió haber hecho uno distinto. Y entonces, ni corto ni perezoso, hace otro de nuevo.

Hay que ver cuánta atención ha atraído la adopción actualmente, habiendo salido del letargo en que si hemos de creer a García Goyena estaba el pasado siglo, según se deduce de lo que este autor decía comentando el título correspondiente —el V del libro I— del Proyecto de 1851. En efecto, se lee en García Goyena (1) que: «Es un hecho constante y notorio que la adopción no está en nuestras costumbres. Hubo, por lo tanto, en la Sección una casi unanimidad para pasarla en silencio; pero habiendo hecho presente un vocal andaluz que en su país había algunos casos, aunque raros, de ella, se consintió en dejar este título con la seguridad de que sería tan rara y extraña en adelante, como lo ha sido hasta ahora, y porque el fin de este título no es imperativo, sino permisivo o facultativo, y de una cosa que puede conducir a sentimientos dulces y benéficos».

Yo diría que ni tan calvo, como decía García Goyena, ni tanto, como parece hoy.

Sea como sea, el Código civil reguló la adopción. Y desde su texto original de 1889 ha sufrido modificaciones en 1958 (24 de abril), 1970 (4 de julio), 1981 (13 de mayo), 1981 (7 de julio), 1983 (24 de octubre) y 1987 (11 de noviembre).

Tales modificaciones, aparte de puntos de que no voy ocuparme aquí, han afectado a los derechos sucesorios de los adoptados, de los adoptantes, de los familiares de sangre de la antigua familia de aquéllos, y de los familiares de adoptados y adoptantes después de la adopción. Todo eso *recíprocamente*, de modo que igual, por ejemplo, para heredar el adoptado al adoptante, que éste a aquél, que sus antiguos familiares a una persona adoptada por otro, que ésta a sus antiguos familiares. Y todo eso también *triplicadamente*, porque, aunque no en todos los casos, sí en algunos, los derechos sucesorios afectados fueron derechos legitimarios, derechos de sucesión intestada y derechos de sucesión voluntaria procedente de pacto sucesorio establecido en el propio acto adoptivo.

(1) *Corcordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, comentario al Libro I. título V.

Así que la importancia del tema es grande. Y que no se trata de interés puramente teórico, resulta probado por el hecho de que lo que me ha movido a escribir este trabajo ha sido la evacuación de un dictamen sobre si después de la reciente Ley de 1987 que, como es sabido establece que «la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior» (art. 178, núm. 1), el padre de sangre de una persona corresponde que sea heredado abintestato por ésta, que había sido adoptada por un tercero vigente la Ley de Adopción de 1970, según la que, como es sabido: «Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado...» (art. 179, último párrafo), pero se discutía si el adoptado sí conservaba o no el derecho de heredar a sus parientes por naturaleza, derecho que expresamente no le quitaba la Ley de 1970.

No voy en el estudio que sigue a detallar la evolución del tema de los derechos sucesorios, que las diversas Leyes de Adopción han dado o han dado más, o han quitado algo o del todo. Daré simplemente una idea general. Ello por dos razones: una, que muchos de los extremos de la materia son dudosos y discutidos en la regulación que les dio alguna de las Leyes en cuestión, o a lo mejor en más de una; y siendo tantos los extremos inseguros según eso, y tantas las Leyes, ocuparme de todo es trabajo que excede de mi propósito actual. La razón segunda es que como mantengo la tesis de que, a salvo el caso de pacto sucesorio en adopción, después de la Ley de 1987, es ésta la que debe de aplicarse a toda sucesión futura afectada por adopción, sea ésta de la fecha que sea (menos lo que se dirá para las anteriores a 1958), carece de interés dedicarse a averiguar ahora los derechos sucesorios procedentes de leyes de adopción anteriores.

Por último, desaparecida para el futuro la antigua adopción menos plena o simple, no me ocupo de ella, aunque las existentes subsistan con los efectos sucesorios, que les reconociese la legislación anterior (Ley de 1987, disposición transitoria segunda).

A consecuencia de las diversas modificaciones legislativas habidas, resultaron afectados derechos sucesorios en los siguientes términos, en tema de adopción plena, hoy simplemente adopción, la única admitida actualmente:

1.º En la regulación original del Código civil, el artículo 177, al final, sólo decía, en lo que importa ahora, que el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural... Pero ello no perseguía, sino poner de relieve que los conservaba el adoptado, no excluir a la familiar natural de sus derechos, y también los hereditarios, contra aquél. Así que, en definitiva, los respectivos derechos sucesorios legales los conservaba el adoptado contra su familia de sangre, y ésta contra él.

La conservación, así, de derechos hereditarios recíprocos entre el adoptado y su familia de sangre, iba acompañada de la declaración de que, por Ley, ni el adoptante adquiriría derecho a heredar el adoptado, ni éste a aquél. Decía el artículo 177, al principio: «El adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, al adoptante».

Pero el artículo permitía establecer en la adopción la obligación del adoptante de instituir al adoptado, pues continuaba «...a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero...». Figura de discutida naturaleza y alcance, que ha dado lugar a muchos estudios de nuestros autores, así como a bastantes fallos jurisprudenciales, y en la que, suprimida hoy, no voy a entretenerme, sino simplemente decir que creo era un pacto sucesorio eficaz de por sí para llamar a suceder al adoptado.

Ahora bien, he de advertir, que como en el estudio presente me ocupo sólo de la adopción plena, queda fuera de él esa adopción que reguló originalmente el Código, porque no era plena, aunque por completar el panorama, haya recogido lo que decía el Código.

Pero, de cualquier modo, quiero señalar que una adopción de entonces, por no ser plena, no tendrá hoy los efectos que señala la Ley de ahora para las plenas (así, por ejemplo, para las simples o menos plenas suprimidas para el futuro, lo establece la disposición transitoria segunda de la Ley de 1987). Sentido en el que se pronuncian asimismo Gambón (2) y Bercovitz, según el que (2 bis) dichas adopciones anteriores a 1958 «seguirán rigiéndose por la regulación originaria del Código, de acuerdo con la disposición transitoria segunda del mismo, por la sencilla razón de que no cabe someterlas a lo previsto para las adopciones simples o plenas, no existentes por entonces». Sin embargo, la resolución de 16 de junio de 1979 aplicó a adopción anterior a 1958 los derechos sucesorios, que en 1970 concedía la adopción plena.

Mas, hay que advertir, que como tales adopciones del texto original del Código, realmente, de por sí, carecían de efectos a los fines sucesorios de que ahora me ocupo, y sólo permitían, ciertamente, el pacto sucesorio, pero entonces el efecto sucesorio, nacía del pacto, no de la adopción, a nuestros fines de ver los efectos sucesorios de la adopción por sí, no plantean cuestión, pues carecen totalmente de ellos ahora como carecían cuando se hicieron.

2.º En la regulación de 1958, el adoptado conserva sus derechos sucesorios legales contra su familia de sangre, pero no ésta contra

(2) *La adopción*, 1960, p. 299.

(2 bis) En *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, III, vol. 2.º, 2.ª ed., 1982, p. 285.

él. Siendo dichas ambas cosas expresamente. Artículo 179, párrafos segundo y tercero: «El adoptado está exento de deberes, por razón de parentesco, con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, pero conservará los derechos sucesorios (3), y también los alimentos cuando no los pueda obtener del adoptante en la medida necesaria. Los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho, salvo los que asistan a los padres por razón de la deuda alimenticia cuando se dieran las circunstancias expresada en el artículo 175 para extinguir la adopción».

Aquello, el adoptado, frente a su familia de sangre. Y para la relación adoptado-adoptante, el mismo artículo 179, párrafo primero, disponía que: «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 aquél los que la Ley concede al padre natural».

En cuanto no ya a los derechos hereditarios legales, sino a permitir (aparte de que, como a cualquier extraño, pudiesen adoptante y adoptado, nombrar el uno heredero suyo al otro) establecer derechos sucesorios voluntarios en el acto de adopción, lo aceptaba la Ley y disponía el artículo 174, 3.º y 4.º, que «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».

3.º En la regulación de 1970, como ya sabemos, se dice expresamente, en el párrafo último del artículo 179, que: «Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado...». Con lo que surge la duda de si éstos sí o no en la de aquéllos. Tema de los más polémicos en la materia y que ha dado lugar a numerosas opiniones. Mas en el que no voy a entrar aquí, aunque creo que el adoptado conservaba sus derechos sucesorios contra sus parientes de sangre.

En cuanto a los derechos entre adoptado y adoptante, decía el mismo artículo 179 en sus párrafos primero a penúltimo inclusive, que: «El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, con las siguientes particularidades: 1.ª) Concurriendo sólo con hijos legítimos, y tratándose de sucesión testamentaria, no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo

(3) Cosa que repite el artículo 179,2.º para la adopción plena, cuando ya el 174,5.º, lo había dicho en general para ésta y la menos plena: «El adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza».

menos favorecido. 2.ª) Si concurriere con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo. Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos». Y, por último, el artículo 176,2.º, declaraba que: «La adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales». Con lo que creo innegable que los efectos sucesorios de la adopción alcanzaban únicamente al adoptado y sus descendientes, de un lado, y de otro al adoptante sólo y exclusivamente, luego no, ni siquiera a los ascendientes de éste, de modo que el hijo adoptivo no heredaba ni al padre de su padre adoptivo.

Ya no estableció regulación en la Ley de pacto sucesorio en la escritura de adopción. Respecto a tal pacto, únicamente decía la disposición transitoria de la Ley de 1970, que: «Las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones siempre que concurran los requisitos y formalidades en la misma exigidos, *pudiendo en tal caso quedar sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado*». Lo que, desde luego, significa que en la acomodación a la Ley de 1970 de las adopciones anteriores cabría suprimir el pacto sucesorio que se hubiese establecido en éstas. Pero ello, claro que no por la simple voluntad del adoptante, sino con los consentimientos necesarios para la adopción *acomodada*. Queda la pregunta de si en la Ley de 1970, aparte de los derechos sucesorios que ella establece, era posible establecer más en virtud de pacto sucesorio. La tal Ley ciertamente que no hablaba de éste ni para admitirlo ni para prohibirlo. Y ¿cabría entonces porque no estaba prohibido? Pienso que no, porque la Ley *sustituyó* la posibilidad del pacto por la concesión de más derechos sucesorios legales. Así que no cabía pacto, además de ellos. No era argumento a favor de la posibilidad de pacto, el hecho de que no se le prohibiese, pues como la admisión de pactos sucesorios es rechazada como regla en nuestro Código, eliminada de éste la excepción a favor del pacto que establecieron tanto el artículo 177 original del Código, como el artículo 174 de 1958, quedaba en todo su vigor la regla general del artículo 1.271,2.º, según la cual: «Sobre la herencia futura no se podrá... celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056». Y así no se admitía pacto sucesorio.

4.º En la reforma de 13 de mayo de 1981, en cuanto a los derechos sucesorios entre el adoptado y su familia por naturaleza, se conserva como párrafo segundo y último del artículo 179 el mismo texto que era el párrafo último del mismo artículo 179, de 1970, que sigue excluyendo de la herencia del adoptado a sus parientes por naturaleza. Pudiendo discutirse como bajo la Ley de 1970, si el adoptado

sí conservaba o no sus derechos sucesorios frente a dichos parientes por naturaleza.

En cuanto a los derechos sucesorios entre adoptante y su familia y adoptado y sus descendientes, dispone el nuevo artículo 179,1.º que: «El hijo adoptivo y sus descendientes ocupan en la sucesión del adoptante la misma posición que los demás hijos o descendientes. Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo y sus descendientes la posición de los ascendientes». Eso unido a que el artículo 176,2.º, de 13 de mayo de 1981, dispuso que: «La adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante», significa que el adoptado y sus descendientes tienen no sólo respecto al adoptante, sino también respecto a su familia, y ésta frente a ellos, derechos sucesorios como familiares de la misma.

Para los pactos sucesorios, entiéndase repetido lo que he dicho antes, *sub.* 3.º párrafo último.

5.º La Ley de 7 de julio de 1981, en su artículo 2.º, suprimió por error el artículo 176 del Código civil, y lo restableció el artículo 5.º de la Ley de 24 de octubre de 1983. Yo creo que, no obstante, hay que entenderlo vigente también en el tiempo en que estuvo suprimido, porque el verdadero espíritu del legislador no fue hacer esto.

6.º Por último, la Ley de 11 de noviembre de 1987 ha venido a establecer un artículo 178, número 1, del Código, que dice: «La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior». Luego ni ésta tiene derecho a heredarlo a él, ni él a ella. Y de esa regla sólo se exceptúan en el número 2 de dicho artículo 178, casos que no son el nuestro, y en el número 3, únicamente se salva lo dispuesto en las Leyes sobre impedimentos matrimoniales. Por lo que hay que llegar a la conclusión de que no estando nuestra cuestión ni bajo el imperio del número 2 ni del 3 del artículo, le alcanza plenamente la regla de que la adopción extingue los vínculos jurídicos del adoptado con su familia anterior. Con ésta sigue, ciertamente, ligado con los vínculos naturales de sangre, porque los mismos no dependen de la Ley; pero tales vínculos, en adelante quedan desnudos de efectos jurídicos, como regla, de *todos* sus efectos jurídicos, así que, obviamente, también de sus efectos sucesorios. Lo que se remacha, porque de las excepciones a la regla de corte de efectos jurídicos en el futuro, ninguna contempla en particular efectos sucesorios. En adelante, pues, el adoptado y su anterior familia, como regla, son legalmente *extraños*, y esa regla, puesto que carece de excepción en materia de herencia, hace que no tengan derecho a recibir herencia ni los parientes antiguos, del adoptado, ni éste de ellos, salvo, claro, lo que voluntariamente puedan dejarse unos a otros por testamento, como cualquier testador pueda dejarlo

a un extraño. Lo que no empece para que, como excepción, subsistan a tenor de los apartados del número 2 del artículo 178, los vínculos jurídicos del adoptado, y ellos den derecho a herencia, con la familia de sangre paterna o materna, según el caso: «1.º) cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. 2.º) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir».

Por lo que respecta a los derechos hereditarios entre adoptado y adoptante y su familia, como aquél entra a formar plenamente parte de ésta, aunque la Ley no lo especifique, es claro que tales derechos son los que corresponden a ser el adoptado un familiar más en ella, «mediante —como dice el Preámbulo de la Ley de 1987— la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico, que el adoptado mantenía con su familia anterior, y la creación «*ope legis*» de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación contenidas en los artículo 108 y siguientes del Código civil».

Por lo que toca al pacto sucesorio después de la Ley de 1987, entiéndase repetido lo dicho antes *sub* 3.º, párrafo último.

3. LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS DIVERSAS LEYES DE ADOPCIÓN

Después de lo expuesto, queda claro que es de interés examinar el tema de si la Ley bajo la que se celebra cada adopción rige, aunque sea derogada después, o no rige si se la deroga, todas las sucesiones posteriores en que esa adopción incida.

Ya antes he dicho que creo que la sucesión sea de quien sea, e intervenga en el caso como causante o como posible llamado un adoptante, un adoptado o quienes estén en conexión con el que pueda resultar afectado por la adopción, se rige por la Ley vigente al morir el causante, y, así, por lo que establezca, entre otras posibles normas aplicables al caso, la regulación de la adopción en ese momento.

Eso que digo no es en absoluto un caso de retroacción de las leyes de adopción, retroacción de grado mínimo que consistiría en aplicarse la Ley nueva a los efectos futuros posteriores a ella, de la adopción celebrada antes.

Las distintas Leyes que han regulado sucesivamente la adopción y sus efectos en nuestro Derecho, han sido todas irretroactivas, así que ni siquiera retroactivas en grado mínimo.

Que han sido irretroactivas se sigue de que ninguna de ellas dispuso expresamente su retroacción, ni ésta se desprendía tácitamente de ninguna de ellas, luego entonces carecieron de efecto retroactivo, a tenor del artículo 2, número 3 del Código civil. Irretroactividad que, por otro lado, ha venido declarando la jurisprudencia. Así, la sentencia de 11 de octubre de 1974, lo dijo respecto de la Ley de 1958; la de 30 de mayo de 1978, respecto a las Leyes de 1958 y de 1970; la sentencia de 22 de diciembre de 1978, respecto de esta última Ley, la resolución de 16 de junio de 1979 respecto, otra vez, de las Leyes de 1958 y de 1970, y la sentencia de 3 de marzo de 1988, respecto a la de 1958 en particular y a todas en general.

El alcanzar la Ley de Adopción nueva a la sucesión que tenga lugar después de ella, aunque incida en el caso adopción anterior cuya regulación sucesoria fuese distinta en la Ley bajo la que se realizó, no es, pues, por ser esa Ley nueva retroactiva (en grado mínimo —insisto—, pues alcanzaría sólo a efecto futuro), sino por ser tal sucesión un *hecho FUTURO*, y no un *simple efecto FUTURO* de la adopción. Por lo que no hace falta retroactividad ninguna para alcanzarla.

La irretroactividad de las leyes de adopción se muestra claramente en el hecho de que las adopciones anteriores, verificadas bajo la Ley precedente que fuese, son respetadas por la Ley posterior, tal cual se celebraron a tenor de la regulación correspondiente a entonces, por ejemplo, en cuanto a capacidad y circunstancias de los interesados, prohibiciones que existiesen, consentimientos precisos, solemnidades y formas exigidas, efectos ya producidos, etc.

Que las leyes de adopción sean irretroactivas, sólo quiere decir, y eso es lo que pretende expresar la jurisprudencia que insiste en su irretroactividad, que no han de ser juzgadas por la Ley nueva las adopciones anteriores (y, así, como digo, que valen las adopciones otorgadas a tenor de la Ley bajo la que se realizaron, aunque la Ley posterior cambie la capacidad para adoptar, o las circunstancias que debe reunir el adoptado, y otros requisitos de la adopción, o las solemnidades precisas para celebrarla, etc.), ni han de ser juzgados por la Ley nueva los efectos ya consumados, producidos por las adopciones anteriores, o producidos por otros hechos ya realizados y apoyados en la adopción anterior (como si habiendo sido un hijo adoptado, muere el padre adoptivo bajo la Ley que llama a aquél a sucederle, y, así, le hereda, y luego se reforma la adopción privando de la herencia de los padres adoptivos a los hijos adoptivos), ni incluso habrían de ser juzgados por la Ley nueva los efectos futuros (que ya se produzcan bajo esa Ley nueva), si es que ello cupiese, de las adopciones anteriores.

Pero una cosa es eso, y otra muy distinta, que lo que es futuro respecto de la Ley antigua de adopción que sea, como lo son los derechos a herencia, que conceda la nueva a la sucesión de persona

viva aún, hubiese de regularse por la Ley vigente cuando se adoptó a alguien que después intervenga en la sucesión que se abra después de la Ley nueva. Eso no ha de regirse por la ley antigua de adopción, sino por la ley de adopción nueva que esté en vigor antes de que la sucesión se produzca, y, por consiguiente, antes de que se perfeccione el derecho a la herencia de la persona prevista por la Ley para que suceda. Lo que no tiene lugar hasta la muerte del causante, porque antes tal persona carecía de *derecho* a heredar, y sólo tenía una simple esperanza de que no cambiando la Ley, ésta le llamaría a heredar cuando el causante muriese. Esta era la situación, de pura esperanza, no de derecho, de quien, llamado por la Ley bajo la que la adopción se realizó a heredar al causante futuro, ve frustrada su situación por el hecho de que antes de morir éste venga otra Ley a cambiar la regulación sucesoria bajo la que él fue adoptado.

4. LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE DICHAS LEYES

Las leyes de adopción han sido irretroactivas porque no dispusieron su retroactividad. Pero la verdad es que tampoco regularon, sino algún punto aislado del paso de la legislación antigua que fuese, a la nueva que se establecía. Es decir, nuestras leyes de adopción prácticamente carecen de Derecho transitorio. Por lo que hay que aplicarles las disposiciones transitorias del Código.

Voy a examinar seguidamente las disposiciones transitorias que pueden hallarse en dichas Leyes, y luego las del Código en cuanto vengán al caso, para llenar con ellas las lagunas de aquéllas, y mostrar así cómo tanto las disposiciones transitorias de las repetidas leyes de adopción, como las del Código, apoyan el criterio que defiende, de que la sucesión en que incide una adopción, se rige por la Ley de Adopción vigente al morir el causante, no por la que lo estuviese al realizarse la adopción:

En la Ley de 24 de abril de 1958 no hay ninguna disposición transitoria, ni tampoco en el texto legal que introduce en tema de adopción hay precepto alguno que sirva de Derecho transitorio en ningún punto, y ni siquiera en el preámbulo de la Ley existe el más mínimo párrafo orientador en nuestro asunto.

La Ley de 4 de julio de 1970 contiene una disposición transitoria y una consideración relativa al tema en el último párrafo de su preámbulo. Dice éste: «Dado el sentido progresivo, beneficioso y concorde con las aspiraciones sociales que entraña el régimen de la adopción, ha parecido conveniente no referirlo de modo exclusivo al futuro, y así por medio de la oportuna disposición transitoria, se permite acomodar las adopciones anteriores al nuevo régimen legal, siempre que concurren los requisitos sustanciales y de forma exigidos». Y la

disposición transitoria, que: «Las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones siempre que concurren los requisitos y formalidades en la misma exigidos, pudiendo en tal caso quedar sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado».

Lo que significa que, como ya he señalado (4), se suprime en adelante la posibilidad de adoptar pactando en la adopción la sucesión que sea. Pero se mantiene la validez del pacto anterior, siempre que no se acuerde dejarlo sin efecto por los interesados.

De las disposiciones transitorias de la Ley de 13 de mayo de 1981, hay dos, una que puede entenderse que sirviese, y otra, que desde luego sirve para nuestro caso. Son la primera y la octava. Aquélla dice: «La filiación de las personas [luego, habría que decir que la filiación adoptiva, también] así como los efectos que haya de producir [entre los que estaría el derecho a heredar que produzca la nueva filiación del adoptado] a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada». Y la octava, que: «Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación».

En cuanto a ésta, sin duda, que sirve a nuestro caso, ya que muriendo el causante que sea después de la nueva Ley e incidiendo en su sucesión alguna adopción, habrá que aplicar, según la transitoria, lo que disponga la nueva Ley sobre sucesión en caso de adopción, y no lo que estableciese sobre ese tema la Ley vigente al haberse realizado la adopción.

Pero en cuanto a la transitoria primera, sólo digo que puede entenderse que sirve, por las siguientes razones:

Ciertamente establece que los efectos de la filiación (una de las cuales es la filiación adoptiva) se regirán por la Ley nueva, es decir, esa de 13 de mayo de 1981, con independencia de la fecha del establecimiento (el establecimiento de la filiación adoptiva es el del momento de la adopción) de la filiación («con independencia —dice la transitoria— de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada», por ejemplo, por el reconocimiento) lo que abonaría la aplicación también a la filiación adoptiva, y a sus consecuencias sucesorias, de la Ley posterior, de modo que no de la vigente al verificarse la adopción, todo ello aunque, ciertamente, la disposición transitoria no contempla concretamente el caso de la adopción. Pero el dar a ésta el mismo tratamiento en tema sucesorio, tratamiento de aplicársele la Ley nueva, y no la existente al producirse la filiación, podría apoyarse en que el artículo 108 se refiere a la filiación en

(4) *Supra*, núm. 2, sub. 3.º, al final.

general, señala que tiene lugar «por naturaleza y por adopción». (párf. 1.º), y dispone (párf. 2.º) que la matrimonial, la no matrimonial «así como la adoptiva plena», «surten los mismos efectos». Eso unido a que el artículo 176,1.º establece que al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al hijo por naturaleza, inclinaría a pensar que corresponde también a uno y otro el mismo tratamiento que en general da a la filiación la disposición transitoria primera, sobre aplicársele la Ley nueva, y aplicársele también, por tanto, en tema de sucesión.

No obstante lo dicho, cabría aducir que la disposición transitoria primera no sirve para abonar la aplicación a la filiación adoptiva de la Ley nueva con independencia de la fecha de adopción, porque tal disposición ha contemplado sólo la filiación por naturaleza, sea matrimonial o no, pero no la adoptiva, como se demostraría siguiendo la tramitación parlamentaria de la Ley (5).

Aunque, de cualquier modo, y a pesar de esta objeción, cabe advertir que aun no contemplada la filiación adoptiva al disponer la

(5) Para mayor comodidad del lector, en las referencias que hago a la tramitación parlamentaria, señalo la página en que lo que sea está recogido en el libro «Codigo civil (reformas 1978-1983). Trabajos parlamentarios», publicaciones del Congreso de los Diputados, 1985, tres volúmenes, paginados correlativamente. Las páginas citadas son del vol. I.

El proyecto del Gobierno contenía la misma disposición transitoria primera (p. 203), que recogió luego el texto de la Ley. Pero como el artículo 108 del Proyecto (p. 175) no hablaba de la filiación adoptiva, sino sólo de la por naturaleza, sería claro que el espíritu de la disposición transitoria alcanzaba sólo a la filiación por naturaleza.

Ahora bien, siendo esto así, y, por tanto, habiéndose entonces de partir de que el espíritu de la disposición no significa que la filiación adoptiva y sus efectos, sea cualquiera el momento de la adopción, se rijan en el futuro por la Ley nueva, el Congreso, como advierte BERCOVITZ (en *ob. cit.*, pp. 282 y 283), «no debería haber rechazado (p. 961) la enmienda mediante la cuál el Senado proponía (p. 937) introducir una disposición transitoria duodécima del siguiente tenor: «Las adopciones existentes a la entrada en vigor de la Constitución se regirán por lo dispuesto en la legislación anterior. A las restantes se les aplicará el régimen de la adopción establecido en la presente Ley» (El mismo texto literal en el dictamen de la Comisión [p. 814] y en el informe de la Ponencia [p. 743]. En cuanto al tema, arranca de lo que se suscitó en la enmienda 119 [pp. 704 y 705] que en el propio Senado se presentó al texto remitido por el Congreso). Si el rechazo de la enmienda —continúa BERCOVITZ— respondía a que se hubiese tomado como punto de referencia para la transición la entrada en vigor de la Constitución y no la de la propia Ley, habría sido en todo caso una buena ocasión para, introduciendo una rectificación en ese sentido, mantener la disposición transitoria. Pero no se hizo y ello es causa de que el intérprete tenga que afrontar esta nueva dificultad».

Dificultad que ciertamente, por lo que ahora importa, consiste en que, por un lado, su relación con el Proyecto del Gobierno, inclinaría a tomar la transitoria referida sólo a la filiación por naturaleza (aunque, como digo seguidamente en el texto, habría entonces razones para aplicarla también a la adoptiva, por analogía), mientras que el rechazo de la enmienda del Senado (y no su mantenimiento, pero cambiando la referencia a la entrada en vigor de la Constitución por la de la entrada en vigor de la Ley) inclinaría a tomar la transitoria como queriendo aplicar la Ley nueva también a toda filiación adoptiva fuese anterior (a la Ley o a la Constitución) o futura.

transitoria la aplicación a la filiación de la Ley nueva, sin embargo, quedando claro que es espíritu de la Ley regular la filiación por la legislación nueva, tal espíritu procede aplicarlo también a la filiación adoptiva no contemplada.

Por último, quedan en cuanto a disposiciones transitorias de leyes de adopción, las de la reciente Ley de Adopción de 1987, que contiene al respecto un párrafo, el penúltimo, de su preámbulo, según el cual «...las cuestiones de Derecho transitorio tienen su solución adecuada en dos breves disposiciones de este carácter, que pretenden resolver con claridad los espinosos problemas que lleva consigo la renovación legislativa».

Declaración exagerada y por demás vacía, además de inexacta, pues la verdad es que las disposiciones que anuncia no resuelven en absoluto *«las cuestiones de Derecho transitorio»*, como pomposamente dice el preámbulo, sino simplemente dos puntos concretos de ellas. Pero lo demás, comprendido lo nuestro, queda sin abordar, y a expensas, pues, de resolverlo por distinto camino.

La primera de las disposiciones transitorias no nos sirve, porque se refiere a los expedientes de adopción pendientes a la entrada en vigor de la Ley. La segunda dice que: «Las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma».

De ella, la parte que puede sernos útil es sólo la de que «las adopciones simples o menos plenas subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior...», porque aunque no diga nada de las plenas, que son las que aquí nos importan, puede estimarse que si para las simples, que se suprimen para el futuro, se declara la subsistencia de las existentes con los efectos de la legislación antigua, es que las plenas antiguas, que ciertamente se mantienen también, se desea mantenerlas pero con los efectos que dispone la legislación nueva. Argumento contra el que, de todos modos, quizá podría decirse que la disposición transitoria revela simplemente querer mantener las adopciones simples antiguas con el régimen antiguo, ya que, suprimidas para el futuro, carecen de otro régimen que no sea el antiguo. Pero no implica necesariamente voluntad de someter las adopciones plenas antiguas al régimen nuevo.

Según lo hasta aquí visto, las leyes de adopción no han sido retroactivas, pero el no serlo no significa que en el tema en estudio de la sucesión en caso de adopción, cada Ley nueva no haya sido aplicable a la sucesión que, aun incidiendo en ella adopción realizada anteriormente, sea de causante muerto después de estar en vigor la Ley nueva.

Las disposiciones transitorias de las diversas leyes de adopción, no han tratado específicamente este particular. Pero sí está claro que no desmienten la idea, explícitamente recogida por la Ley de 1981, disposición transitoria octava, de que cada sucesión se rige por la Ley del momento de la muerte del causante. Así que por lo que sobre sucesión diga la Ley de Adopción que sea, que esté en vigor entonces. Idea, ésa, la que de algún modo, aparece también, aunque no dicha específicamente para el caso en la disposición transitoria primera de la Ley de 1981, y en la segunda de la Ley de 1987.

5. LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DEL CODIGO CIVIL QUE PUEDEN VENIR AL CASO

Y paso ahora a examinar las disposiciones transitorias del Código civil, a tenor de las que habría que resolver las cuestiones de Derecho transitorio que careciesen de regulación en las diversas leyes de adopción que ha habido. De tales disposiciones del Código civil se sigue también la idea de que la sucesión en caso de adopción se rige por la Ley vigente al morir el causante.

Lo primero es advertir qué disposiciones transitorias específicas para la adopción, no las hay que nos sirvan, pues la undécima sólo se refiere a los *expedientes* de adopción pendientes al entrar el Código en vigor, tema que aquí no importa.

Aparte de eso, quedan:

La disposición transitoria preliminar, según la que «las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo».

La segunda, según la que «los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirían todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia, serán válidos los testamentos, aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas *ad cautelam*, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador, y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente».

La duodécima, según la que «los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias».

Y la decimotercera, según la que «los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento».

A tenor de ellas, sólo puede plantearse una duda: la de si debe decidirse que según la segunda, por ser la adopción un acto, deberá surtir todos sus efectos, y entre ellos los sucesorios, a tenor de la legislación bajo la que se celebró; o si, diferentemente, lo que debe decidirse es que, a tenor de la duodécima, cuando el fallecimiento del causante tenga lugar bajo legislación posterior, que establezca sucesión distinta *ex* adopción, a su herencia se llamará con arreglo a la legislación posterior bajo la que muere.

Yo creo que la solución es clara, por dos razones:

1.^a) Porque la duda, si la hay, entre aplicar una u otra de las dos disposiciones transitorias a la sucesión en virtud de adopción, debe de resolverse a favor de la duodécima: a) porque es más específica, ya que se refiere, no en general a «efectos» de algo, sino en concreto a la sucesión, para ordenar que se gobierna por la Ley vigente al morir el causante, luego por el orden de suceder que establezcan los preceptos, de modo que inclusive los contenidos en leyes de adopción, bajo los que el causante muera; b) porque, de haber choque, entraría en juego lo que prevé la propia disposición segunda, de que lo que dice es «con las limitaciones establecidas en estas reglas», una de las que lo es la duodécima.

2.^a) Porque realmente no debe de haber duda sobre si aplicar una u otra de ambas disposiciones transitorias, ya que, por mucho que en sentido vulgar e inespecífico, que no es el que aquí importa ni al que se refiere la disposición transitoria segunda del Código, se pueda decir otra cosa, el llamamiento a la herencia o el derecho a ella no es un efecto del acto de la adopción, sino del pacto sucesorio (posible en la redacción original del Código y en la Ley de 1958) cuando la adopción lo encerrase, un efecto de tal pacto que se producirá cuando el causante muera, lo mismo que lo produciría entonces el testamento a favor del en él llamado. Pero faltando tal pacto, y llamado sólo por la Ley, el derecho a heredar el adoptado o el adoptante no es un efecto *ex voluntate* que producirá, o al que tienda, la adopción, sino un efecto *ex lege* que procede del vínculo de filiación que la adopción creó, y el efecto propio del acto de adoptar, es sólo la creación de aquella filiación, lo mismo que la celebración del matrimonio lo que produce es la creación del vínculo conyugal, pero no el derecho a heredar abintestato un cónyuge al otro, de modo que ni la adopción ni el matrimonio crean un derecho a tal herencia. Y como los efectos, pongo por caso de la adopción o del matrimonio, a tenor de la legislación vigente al adoptar o al casarse, efectos que la disposición transitoria segunda pretende sean los que el acto

produzca según la legislación del momento en que se celebró, son sólo la creación de la filiación adoptiva o del estado matrimonial, es claro que no está entre ellos el derecho a heredar abintestato o a ser legitimario que concedan la adopción o el matrimonio en la regulación que tengan al celebrarse. Tales derechos sólo corresponden al que, adoptado o cónyuge, se los confiera la legislación vigente al morir el causante. Y entran en el estatuto del vínculo adoptivo o conyugal, y siendo efectos de éstos, y no propiamente del acto de adoptar o del de casarse, no corresponden a quienes tales estatutos legales se los concediesen cuando la adopción o el matrimonio se celebraron, pero ya no se los otorgan cuando muera el causante. Lo mismo que, por ejemplo, si la Ley atribuía a adoptado y adoptante derecho a alimentos cuando se verificó la adopción, y después tal derecho se suprime, cuando posteriormente venga a necesitarlos el adoptado del adoptante o éste de aquél, no tendrán, ni uno ni otro, derecho a ellos, porque lo suprimió la legislación nueva.

En conclusión, que las disposiciones transitorias del Código civil apoyan el criterio de que la sucesión en caso de adopción se rige por la Ley de Adopción vigente al morir el causante.

6. OTROS TEXTOS DEL CODIGO QUE VIENEN AL CASO TAMBIEN

Por otro lado, que para el Derecho español la sucesión se rige por la Ley vigente al morir el causante, luego, en nuestro caso, la Ley de Adopción vigente entonces, si es que es en ella donde se determina la sucesión que sea (por ejemplo, que al adoptante le sucede el adoptado, o que sus familiares de sangre no suceden al adoptado por otro), se sigue, sin duda, no de uno, sino de varios textos legales aparte de disposiciones transitorias. En efecto:

El artículo 657 del Código civil dispone que: «Los derechos a la sucesión de una persona, se transmiten desde el momento de su muerte». Así que se adquieren entonces por quien sea llamado a la herencia entonces, y no hay antes ningún derecho adquirido por personas que hubiesen sido llamadas a la sucesión en virtud de Leyes ya derogadas entonces.

Lo mismo se deduce del artículo 9, número 8, del Código civil que, aunque se dicta para resolver conflictos de Derecho internacional, como dice que «la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante *en el momento de su fallecimiento*», deja ver que la Ley que importa es la vigente al morir el causante.

Criterio, ése de que nuestras Leyes están presididas por la idea de que la sucesión se rige por la Ley vigente a la muerte del causante,

luego, en nuestro caso, la de adopción que está vigente, y no la que lo estuviese cuando la adopción se realizó; criterio, ese —digo— abonado, con planteamiento específicamente aplicable a nuestro caso, por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1979, que mantiene que, en efecto, la sucesión a que tiene derecho el adoptado es la que disponga la Ley de Adopción, no de cuando fue adoptado, sino de cuando muere el causante al que el adoptado haya de heredar, apoyando tal criterio en la disposición transitoria duodécima del Código civil, y advirtiendo que ello no es retroactividad.

7. LA DOCTRINA

Por lo que toca a la doctrina, el punto no ha sido objeto de mucha atención. Gambón (6) y Soto Nieto (6 bis), escribiendo para la Ley de 1958, estiman en general preferible el criterio de que los derechos sucesorios se rijan por la legislación vigente al adoptar. Bercovitz (7), escribiendo para la Ley de 13 de mayo de 1981, después de exponer pros y contras, acaba por inclinarse porque la sucesión se rija por el Derecho de adopción vigente al morir el causante, solución que, sin embargo —como ya vimos— no cree posible extender «a las adopciones anteriores a 1958. Estas seguirán rigiéndose por la regulación originaria del Código, de acuerdo con la disposición transitoria segunda del mismo, por la sencilla razón de que no cabe someterlas a lo previsto para las adopciones simples o plenas, no existentes por entonces» (8).

Los argumentos de Bercovitz a favor de su opinión para la Ley de 1981, son algunos de los aducidos y ya examinados antes en el presente trabajo, y el de: «Lo conveniente que resulta que las instituciones propias del Derecho de familia reciban un tratamiento unitario, puesto que se trata de materias estrechamente relacionadas con el orden público» (9).

8. EL PARRAFO 33 DE LA EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA SEGUNDA EDICION DEL CODIGO CIVIL

Un obstáculo aparente para el criterio que defiende de que los derechos sucesorios cuando medie adopción se rijan por la Ley vigen-

(6) *Ob. cit.*, p. 299.

(6 bis) *Derechos sucesorios del hijo adoptivo en el Código civil español*, en «RGLJ», 1961, tomo 211, p. 696.

(7) *Ob. cit.*, pp. 282 y ss.

(8) *Ob. cit.*, p. 285.

(9) *Ob. cit.*, p. 284.

te al morir el causante, sería el siguiente, que Bercovitz señala (10): la Exposición de Motivos de la segunda edición del Código, dice en su párrafo 33, que «por efecto de la misma regla segunda no podrá alterarse el estado legal en que se hallan los que, por pacto anterior a la promulgación del Código, estén dando o recibiendo alimentos; *ni el hijo adoptado bajo la legislación anterior habrá perdido su derecho a heredar abintestato al padre adoptante, aunque el Código no reconozca este derecho a los adoptados después*». En efecto, con más o menos dudas o discusión, antes del Código se admitía que el hijo adoptivo heredaba abintestato en ciertos términos, al adoptante. Y, eso presupuesto, como la disposición transitoria segunda del Código dice que «los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas...», es que nuestro Legislador, en la exposición de motivos, revela su criterio, contrario al aquí defendido, de que el acto de adopción tiene los efectos sucesorios que estableciese la Ley bajo la que se otorgó, puesto que el preámbulo afirma ser efecto de la disposición transitoria segunda que «...ni el hijo adoptado bajo la legislación anterior habrá perdido su derecho a heredar abintestato al padre adoptante, aunque el Código no reconozca este derecho a los adoptados después».

Mas, digo que eso es un obstáculo *aparente* a las tesis que defiendo, porque:

1.º En cuanto las disposiciones transitorias del Código discrepan en el tema de las disposiciones transitorias expuestas en su momento (11) de las Leyes de Adopción (o que la comprendan) posteriores, prevalecerían las segundas; y ya se ha visto cómo éstas abonan la tesis que defiendo, y lo mismo el artículo 9.º, número 8, introducido en el Código en 1974, es decir, después de las transitorias.

De todas maneras es cierto que, discrepando, tal tesis no tendría el *refuerzo* o el apoyo *subsidiario* de las disposiciones transitorias del Código.

Pero es que hay que rechazar, incluso para éstas, la validez de la objeción basada en el Preámbulo, a las tesis que mantengo, porque:

2.º El preámbulo no tiene valor de Ley, sino interpretativo, y el apoyo que preste al sentido que sea, ha de ceder ante la interpretación que se apoye en otro texto legal (no de Preámbulo). Caso que es el de la propia disposición transitoria duodécima del Código, que no deja duda de que la herencia del fallecido bajo una legislación se rige por ésta, así que por lo que establezca, en la parte que sea,

(10) *Ob. cit.*, p. 284.

(11) *Supra*, núm. 4.

para la sucesión, la Ley de Adopción nueva que hubiese entrado en vigor antes de morir el causante.

3.º Y aún hay más: como ya he advertido, lo que dice la disposición transitoria segunda del Código (de la que el Preámbulo toma pie para poner su ejemplo de los derechos sucesorios del adoptado antes del Código) es —dice ella misma, antes de su primer punto y seguido— «...con las limitaciones establecidas en estas reglas». «Estas reglas», que son las propias disposiciones transitorias, de las cuáles la duodécima, sin duda, que si no se la coordina de alguna otra forma con la segunda, sería un límite a ésta: el límite de que la sucesión que sea se rige por la Ley vigente al morir el causante.

4. Así que, en definitiva, el ejemplo puesto por el párrafo 33 del preámbulo sobre conservación por el adoptado antes del Código de su derechos después de éste, de heredar abintestato a su adoptante, es ni más ni menos que un ejemplo desafortunado, que no encaja en las propias disposiciones transitorias que el mismo legislador del Código estableció. Ejemplo que quizá se explica por la creencia vaga e infundada que debió sufrir el redactor del Preámbulo, como hoy también muchas personas, según ya advertí al principio de este estudio, de que entre los efectos de la adopción que hay que respetar porque hace adquirir un derecho, son los hereditarios que reconozca la Ley de entonces a favor de quién sea. Cuando nada más lejos de la verdad, puesto que, repito una vez más, se trata simplemente de una previsión sucesoria —la de heredar por adopción, quién sea a quién sea— que deberá cumplirse sólo si es que es esa Ley de Adopción, que la establece, la que sigue vigente al morir el causante.

9. LOS CASOS PARECIDOS CUYA COMPARACION CON EL NUESTRO CONVENCE DE QUE LA SUCESION POR ADOPCION NO SE DEBE REGIR POR LA LEY VIGENTE AL ADOPTAR

Mantener que la sucesión de un causante, muera cuando muera, ha de ir a cierta persona que pretende heredarlo, porque le correspondiese hacerlo según la Ley de la fecha en que fue adoptada, siendo así que esa ley haya cambiado ya, es tanto como mantener una serie de cosas que a nadie se le ocurriría mantener, y que recojo seguidamente como ejemplos, para que se vea lo inadmisibile de la postura, que en los otros casos parece, desde luego, ya a primera vista, inaceptable, pero que en el de la adopción, sin embargo, quizá a primera vista, da la impresión de ser admisible, cuando de verdad, una vez que se analiza el caso, se ve que es tan inaceptable como en los otros.

Veamos:

Decir que se mantiene para siempre, por ejemplo, el derecho del adoptado a heredar a sus parientes de sangre, por haber sido adoptado bajo la Ley que concedía tal derecho, es como:

Decir que después de la reforma del año 1928, que redujo la sucesión intestada de hasta el sexto grado colateral hasta sólo el cuarto, seguían, no obstante, teniendo derecho a heredar por intestada, porque se lo concedía la Ley anterior (vigente cuando nacieron, y fuente, así, de sus derechos para siempre) los parientes de quinto o sexto grado colateral nacidos o concebidos antes de la reforma, de una persona, aunque ésta muriese después de la reforma.

Cosa que sin duda nadie mantendría.

Decir, por lo menos para los matrimonios celebrados antes, que después de la reforma de 1981, que llama a la sucesión intestada primero al cónyuge sobreviviente, que a los colaterales (Código civil, artículo 943 y siguientes), sin embargo, tienen derecho a heredar por intestada antes que el cónyuge los colaterales, que ya estuviesen nacidos o concebidos en la fecha de la reforma, porque, por lo que toca a los colaterales, tal preferencia sobre el cónyuge les venía de la Ley vigente cuando nacieron (como le viene al adoptado de los derechos que daba la adopción cuando lo adoptaron), y, por lo que toca al cónyuge, el Derecho sucesorio que, respecto a su esposo, le atribuye el casamiento, cuando éste se celebró, estaba pospuesto al de los colaterales.

Cosa que, sin duda, nadie mantendría.

Decir que después de la reforma que suprimió la autoridad marital, ésta, no obstante, sigue existiendo para los matrimonios celebrados antes de su supresión, porque, contraídos entonces confiriendo autoridad marital, la Ley que la quita la quitaría retroactivamente, suprimiendo así un derecho adquirido.

Cosa que, sin duda, nadie mantendría.

Decir que después de la reforma de 1981, que establece la coadministración y disposición de los bienes gananciales por marido y mujer, eso no alcanza a los matrimonios celebrados antes porque, contraídos bajo régimen de administración por el marido, les corresponde tal régimen hasta que se disuelvan.

Cosa que, sin duda, nadie mantendría.

Y en todos esos casos, las reformas respectivas, no establecieron la retroactividad de la Ley nueva, por lo que ésta no es retroactiva, y, sin embargo, ya se ve que dicha Ley nueva rige en adelante el caso de que se trate, que cae dentro de la figura reformada, aunque ese caso existiese desde antes de la reforma. Lo que demuestra que

no es retroacción ese absorber la Ley nueva desde que se dicta, la regulación de los casos en curso.

Decir que después de la reforma de 1981 que establece el divorcio, éste, sin embargo, no alcanza, sino a los matrimonios celebrados después, pues los anteriores se contrajeron con disolución sólo por muerte.

Cosa que sin duda, no sería correctamente mantenible, aunque no hubiese dicho el actual artículo 85, reformado, del Código civil, que el matrimonio se disuelve «sea cual fuese la forma y el tiempo de su celebración... por el divorcio».

Decir, por último, que si una hipotética posible futura Ley, carente de disposiciones transitorias, suprimiese la sucesión intestada entre esposos, o la del hijo reconocido a favor del padre reconocedor, muriendo el cónyuge o el hijo después de entrar tal Ley en vigor, sin embargo, el viudo de matrimonio anterior a la Ley o, el padre que hubiese reconocido antes de ella, tiene derecho a heredar porque así era cuando se celebró el matrimonio o se llevó a cabo el reconocimiento.

10. FUNDAMENTACION DE QUE SE APLIQUE LA LEY DE ADOPCION VIGENTE A LA MUERTE DEL CAUSANTE

Recapitulando en parte ideas ya apuntadas o expuestas, repitiendo, para que se perciba mejor el argumento, algo de lo ya dicho, y ahondando aún más en algunos extremos del tema, he de decir que:

No habiendo retroacción de la Ley posterior, los efectos que aun en el futuro produzca un acto celebrado bajo cierta legislación son los que le atribuya la legislación vigente al celebrarlo. Así, si se testa instituyendo heredero o se le instituye en pacto sucesorio, resultará llamado al morir el causante, el heredero que se designó, porque la institución tiene el efecto de producir ese llamamiento a la muerte del causante.

Eso es lo que establece la disposición transitoria segunda del Código civil.

Diferentemente, si el llamamiento a la herencia no es efecto de un acto de institución, sino consecuencia de lo que disponga la Ley, no hay acto generador de ese efecto, sino que éste, que se produce también cuando el causante muere, se basa en la norma.

Por lo que la hipótesis no está comprendida en la citada disposición segunda, que habla de que surtirán efectos según la legislación anterior bajo la que se realizaron, *los actos* que tuvieron lugar vigente ella.

Ahora bien, la adopción realizada bajo una legislación, como acto verificado al amparo de esta legislación, tiene ciertamente los efectos que la misma establezca. Pero es que de verdad efecto propio de la adopción lo es sólo la creación de la filiación adoptiva, no la concesión de derechos sucesorios. Estos cuando los establece la Ley, los establece como inherentes a la filiación que sea, en el caso, la adoptiva. Pero no se conceden por la adopción, sino en el sentido impropio y mediato de que, anejo el derecho a la filiación y originada ésta por la adopción, el derecho sucesorio procede remotamente de la adopción. Inmediatamente el derecho sucesorio procede de la Ley que lo otorga. Lo que tiene el resultado de que no originado por el acto de adopción, sino por la Ley, el derecho sucesorio que sea, sólo se dará si la Ley lo sigue concediendo cuando el causante muera, pues, en otro caso, carece de él al abrirse la sucesión quien habría estado llamado a ella cuando la adopción se celebró, pero ya no lo está cuando la sucesión se produce. Pues una cosa es que los efectos de un acto sean los que establezca la Ley de cuando se realiza, y otra muy distinta que porque un acto se realice en cierto momento, tenga por ello la virtud de *perpetuar* los efectos que no él, sino la Ley bajo que se celebró, atribuye a la situación que el acto crea, de modo que en el futuro aun derogada esa Ley, sigan produciéndose tales efectos porque se celebró bajo la vigencia de ella el acto que creó la situación a la que la Ley atribuía los efectos que fuesen.

Si en la adopción, además del acto propiamente adoptivo, se incluyó un pacto sucesorio, como era posible en el texto original del Código civil y en la Ley de 1958, pacto sucesorio cuya eficacia se mantiene a pesar del cambio de legislación, es en virtud de él, y no en virtud de la Ley (ésta sólo permite que el pacto se celebre), por lo que surge el derecho a heredar que sobrevivirá al cambio de legislación. Lo que no ocurre con el derecho a heredar por adopción, que nace, no de pacto, sino de Ley que, modificada, luego lo suprime.

De tal modo que si, por hipótesis, vigente la Ley de 1958, que permitía el pacto y además concedía ella misma por sí ciertos derechos sucesorios, se hubiesen celebrado entonces dos adopciones, una con pacto sucesorio y otra sin él, y por la Ley posterior, pensemos que se hubiese eliminado todo efecto sucesorio de la adopción, resultaría que muriendo el causante bajo esta nueva Ley, el instituido en la adopción con pacto seguiría teniendo, por éste, derecho a sucederle, mientras que el adoptado sin pacto sucesorio, aunque lo fue bajo Ley que le daba derecho a suceder, lo perdió al eliminar este derecho la Ley nueva, y así no sucederá, ya que el causante muere bajo ésta. Aquello es fruto de la disposición transitoria segunda del Código civil, esto de la duodécima.

Además de eso expuesto, fundamentan también el criterio de que para nuestro Derecho actual, la sucesión debe regirse por la Ley de Adopción vigente al morir el causante, las siguientes consideraciones:

Son principios que presiden ese Derecho actual: 1.º) El de que se unifiquen los derechos de los hijos, borrando así las discriminación de filiaciones cualquier que haya sido la fecha de su nacimiento, luego, tanto de las filiaciones que se originen en el futuro, como de las existentes desde antes, y elevando, consecuentemente, los derechos de los hijos que la legislación anterior infravaloraba. 2.º) El de que la adopción da una nueva familia, como si fuera la de sangre, al adoptado, que sale de la suya natural; eso con todas sus consecuencias, luego también respecto a derechos sucesorios, que, en adelante, correrán entre los miembros de su nueva familia y el adoptado, y se cortarán entre éste y los miembros de la antigua.

Y en aplicación de esos principios de *unificación* de los derechos de los hijos, y de *total inserción del adoptado en la familia nueva como única*, es preciso elevar los menores derechos de los adoptados bajo Leyes anteriores al nivel de los que establece la Ley de Adopción de 1987, que los hace como unos hijos de sangre más. Correspondiéndole ello en adelante a cualquier adoptado, sea la que sea la fecha de su adopción.

Esa igualación de filiaciones matrimonial, no matrimonial y adoptiva, lleva a la necesidad de borrar no sólo las antiguas diferencias perjudiciales para los adoptados, sino hasta las que les beneficiasen (como, por ejemplo, heredar además de a su familia adoptiva, a su familia de sangre).

Todo ello hasta el punto de que siendo los señalados, los principios que acoge la nueva legislación, y debiendo averiguarse por el espíritu de la Ley nueva manifestado en tales principios, si pretende ser retroactiva aunque no lo diga, si para aplicar ese espíritu fuese preciso estimar que es retroactiva por alcanzar a filiaciones anteriores, en nuestro caso las procedentes de adopciones anteriores, habría que estimar que lo es.

Brevemente, podría decirse: lo mismo que hoy están igualados, y así en tema sucesorio, a los hijos matrimoniales, incluso los no matrimoniales nacidos antes de la nueva Ley, lo deben estar también en tema sucesorio, a los que se adopten en el futuro, los que lo fueron antes de la Ley de 1987. Como dije antes (12), aunque la disposición transitoria primera de la Ley de 13 de mayo de 1981 no tuviese espíritu de englobar a la filiación adoptiva, a ésta le sería aplicable por analogía.

(12) Núm 3, texto a continuación de la nota 5.

11. EL CASO DEL PACTO SUCESORIO EN ADOPCION

Como se vio en su momento, tanto el texto original del Código, como la Ley de 1958, permitieron el pacto sucesorio al adoptar. Después se ha suprimido esta posibilidad.

Como también ha quedado expuesto, las posteriores modificaciones en tema de adopción han mantenido o no han suprimido la fuerza de tal pacto a tenor de la legislación vigente cuando se estableciera. Ello es fruto de la eficacia de los actos según de la Ley bajo la que se celebran.

Y seguidamente recojo una serie de extremos, aun expuestos ya, pero que conviene destacar al contemplar ahora, específicamente, el pacto:

Siendo el pacto irrevocable, creó ya un derecho definitivo a suceder cuando el causante muriese. No generó, pues, una simple esperanza de ello, como la que origina una institución en testamento o un llamamiento abintestato, que otorgarán únicamente la sucesión futura si antes de morir el testador no cambia en ese punto su última voluntad o si la Ley no le establece distinto heredero abintestato.

Pero el efecto sucesorio *ex voluntate* del pacto, no es efecto de la adopción, de la que él no forma parte, sino que simplemente se permite otorgarlo con ocasión de aquélla. El efecto es del pacto sucesorio, como lo sería si pudiese otorgarse fuera de adopción. No es, pues, efecto *ex lege* de la adopción o de la filiación adoptiva, como lo es la sucesión del adoptado cuando la Ley le confiere directamente derechos sucesorios, o lo es la sucesión abintestato entre parientes de sangre; casos en que en virtud de la Ley el llamamiento se produce al morir el causante a favor de quienes estén ligados a él por vínculos de sangre o de adopción.

El derecho a suceder en virtud del pacto ya lo proclamó la sentencia de 19 de abril de 1915 para caso en que el adoptante no cumpliera el compromiso de instituir que contrajo al adoptar. E igualmente la sentencia de 30 de mayo de 1951.

Posteriormente, también otras sentencias recaídas después de la Ley de 1958 han insistido en el derecho a suceder que da el pacto aunque el adoptante no instituya en testamento o instituya en menos al adoptado favorecido por aquél. Son las de:

11 de octubre de 1974 y 28 de enero de 1975, que lo dijeron para adopciones realizadas bajo el texto original del Código civil, en caso de adoptantes fallecidos bajo la Ley de 1958.

30 de noviembre de 1977, que lo dijo para adopción bajo el texto original del Código civil, y muerte del adoptante bajo la Ley de 1970.

30 de mayo de 1978, que lo dijo para adopción bajo el texto original del Código civil, y muerte del adoptante bajo la Ley de 1958.

3 de marzo de 1988, que lo dijo para adopción realizada bajo el texto original del Código civil, y muerte de la adoptante bajo la Ley de 7 de julio de 1981.

Y la resolución de 16 de junio de 1979 que lo dijo para adopción bajo el texto original del Código civil, y muerte del adoptante bajo la Ley de 1970.

Por último, algunas de esas sentencias, las de 11 de octubre de 1974, 28 de enero de 1975, 30 de mayo de 1978 y 3 de marzo de 1988, dijeron, con vistas a proteger el pacto sucesorio y el derecho que confiere a heredar según lo que establezca la Ley bajo la que se celebró, que a la adopción le es aplicable la regulación de la Ley bajo la que se realiza. Pero es claro, que en tales fallos semejante afirmación se propone sólo referirse a los derechos hereditarios surgidos del pacto, no a que los derechos del adoptado sin pacto sean para siempre los legales que estableciese la Ley de entonces, aunque otra posterior los modifique antes de morir el causante.

12. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo expuesto creo que se debe afirmar que muriendo hoy un causante en cuya sucesión incida adopción:

1.º Los pactos sucesorios, si se hicieron, confieren el derecho a heredar según lo dispuesto por la Ley bajo la que se celebró la adopción que los contiene.

2.º Las adopciones celebradas bajo el texto original del Código, que no daban derechos hereditarios de por sí, sino sólo por pacto, ni excluían los derechos hereditarios procedentes del parentesco de sangre, adopciones que carecían del carácter e intensidad de las plenas y hasta de las menos plenas o simples creadas después, no excluyen hoy derechos hereditarios de sangre, ni dan tampoco hoy derecho hereditario adoptivo alguno, si en ellas no se estableció pacto sucesorio, y si sí, dan los pactados.

3.º Las adopciones menos plenas de la Ley de 1958, que, de por sí, no daban ningún derecho hereditario en esa Ley, ni excluían los procedentes del parentesco de sangre, y las simples de la Ley de 1970, dan hoy los derechos hereditarios adoptivos, o excluyen los derechos hereditarios de sangre, según lo establecido para las simples en la Ley de 1970 (disposición transitoria segunda de la Ley de 1987). Derechos

menores que los de los adoptados plenamente; lo que no acontece por discriminación, sino por la menor intensidad del antiguo vínculo de adopción simple.

4.º Las adopciones plenas de cualquier fecha, desde que existió la figura, dan hoy derecho a la sucesión adoptiva o excluyen la de sangre, tal cual establece la Ley de 1987.

