


IGUALDAD POR RAZÓN DE FILIACIÓN Y DERECHO DE SUCESIONES

EQUALITY BY REASON OF FILIATION AND SUCCESSION LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 336-365



Manuel Espejo
LERDO DE
TEJADA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de abril de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: El principio constitucional de igualdad en la filiación juega solamente en relación con sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. Se examina la jurisprudencia más reciente sobre la materia.

PALABRAS CLAVE: Principio constitucional de igualdad en la filiación; legítima y sucesión intestada; derecho transitorio; prescripción extintiva y usucapión.

ABSTRACT: *The constitutional principle of equality of filiation only applies to successions opened after the entry into force of the Constitution. The paper reviews the most recent case law on the subject.*

KEY WORDS: *Constitutional principle of equality in filiation; forced heirship and intestate succession; transitional law; extinctive prescription and adverse possession.*

SUMARIO.- I. LA RELEVANCIA DEL TEMA.- II. EL CRITERIO SOBRE DERECHO TRANSITORIO QUE GOZA DEL FAVOR JURISPRUDENCIAL.- III. ALGUNAS OPINIONES DISCORDANTES.- I. La relevancia del momento de la aceptación de la herencia como criterio determinante de la aplicación de la igualdad constitucional.- 2. Discriminación indirecta.- 3. “Dies a quo” de la prescripción de las acciones sucesorias.- 4. Apreciación caso por caso de la retroactividad examinando el carácter consumado o agotado de la sucesión preconstitucional.-

I. LA RELEVANCIA DEL TEMA

Cuando me ocupé por primera vez de la materia a la que se refiere el título de este trabajo, la instauración por la Constitución española de la igualdad por razón de la filiación ya había cumplido algunos años, y los criterios de aplicación de dicha igualdad al derecho de sucesiones se encontraban suficientemente asentados en la práctica jurisprudencial¹. Entendí entonces que era un punto sin discusión que las sucesiones abiertas antes de la Constitución no quedaban afectadas por el principio de igualdad entre las diferentes clases de filiación legalmente contempladas, y que, en todo caso, el transcurso del tiempo haría cada día más difícil las reclamaciones sobre ellas a causa de la influencia de la prescripción extintiva y la adquisitiva. Por eso no pensé en aquellas fechas que la conflictividad que generara el principio de igualdad fuera a perdurar tanto en el tiempo, de modo que pudiera seguir teniendo presencia en la práctica judicial cuando estamos a punto de celebrar los cuarenta años de la entrada en vigor de la Carta Magna.

¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “Reforma constitucional de la legítima y problemas de Derecho transitorio”, *Boletín de Información Ministerio de Justicia e Interior*, Información General, 1995, pp. 3913-3949. Después he vuelto sobre el tema en diversas ocasiones, entre otras citaría las siguientes: “Reforma constitucional de la filiación, preterición y problemas de Derecho Transitorio. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995”, *Anuario de Derecho Civil*, 1997, pp. 377-412; “Efectos de la determinación de la filiación no matrimonial sobre la sucesión del progenitor fallecido antes de la Constitución del 78. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2389)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006, pp. 381-397; “Interpretación del testamento y principio constitucional de igualdad. Consideraciones acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril de 2010 (BOE núm. 129, de 27 de mayo de 2010)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, pp. 229-260; “La sustitución fideicomisaria y la aplicación imperativa del principio constitucional de igualdad: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2013 (RJ 2013, 7414)”, *Revista de derecho patrimonial*, núm. 35, 2014, pp. 449-471; y “Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril de 2010 (testador y principios constitucionales)”, en *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil* (coord. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO/ESCRIBANO TORTAJADA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 621-664. Naturalmente el hecho de haberme ocupado en tantas ocasiones de la cuestión me exime de referirme exhaustivamente a doctrina y jurisprudencia que ya haya citado y estudiado. De hecho, en estas páginas intento realizar referencias directas solamente a resoluciones judiciales de los últimos dos o tres años y a contribuciones doctrinales de ese mismo periodo. Haré alguna excepción en relación con la jurisprudencia europea sobre derechos humanos.

• Manuel Espejo Lerdo De Tejada

Catedrático de Derecho civil, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: manualespejo@us.es

Me he equivocado, pues no dejan de aparecer ante los tribunales supuestos de este tipo; naturalmente no es de extrañar que cuando se pretende la declaración de la filiación se ponga la mirada en las herencias abiertas recientemente (después de la Constitución), pero que hoy en día se reclamen herencias abiertas antes de la entrada en vigor de la CE me parece un disparate que contradice las normas de derecho transitorio, así como las de la usucapión y la prescripción extintiva. Lo más probable es que muchos de estos litigios respondan a la estrategia de captación de clientes por parte de letrados sin muchos escrúpulos que aprovechan los comprensibles sentimientos de muchas personas afectadas: bien de la frustración por haber padecido la injusticia de no haber conocido su filiación durante muchos años, bien del deseo de acceder a un patrimonio sucesorio del que no han gozado. Y esto mismo se podrá decir cuando los que han experimentado esas situaciones han sido sus antecesores.

Uno de estos casos, al que ya tuve ocasión de referirme², es especialmente llamativo por la antigüedad de la herencia que se pretende reclamar. Me refiero al que dio lugar a la STS 17 octubre 2016, sobre la revisión de una Sentencia firme de filiación obtenida con maquinaciones insidiosas³. Los hechos, que han estado muy presentes en los medios de comunicación⁴, fueron los siguientes: Segismundo había fallecido el día 5 de diciembre de 1908, bajo testamento en el que instituyó heredero único, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, hasta la entonces cuantiosa suma de 200.000 pesetas, a la Villa de Escoriaza. Hay que pensar, pues, que el testador carecía de legitimarios, y que, en todo caso, en el testamento se ordenarían diversos legados, además de la institución de heredero⁵.

Más de un siglo después, Luis Enrique, que conocía el contenido del testamento y la importancia económica de la herencia, interpuso acción de filiación en nombre de su anciano padre (Jesús Miguel), para que se declarara a su vez que Victorio (padre de Jesús Miguel y abuelo de Luis Enrique), era hijo biológico de Segismundo; la demanda fue dirigida contra Ángel Daniel, nieta de un primo del Sr. Segismundo, a quien se consideraba la familiar más próxima del mismo. Por allanamiento de esta única demandada, lógico porque la cuestión no le afectaba, el Juzgado de

2 En <https://hayderecho.com/2017/01/09/filiacion-no-matrimonial-y-derechos-sucesorios/> (consultada el 1.V.2018). En las consideraciones acerca de la STS 17 octubre 2016 que siguen en el texto reproduzco, más o menos libremente, lo que allí publiqué, con algunas referencias añadidas. Llamo la atención al lector curioso acerca de las interesantes apreciaciones que hicieron los lectores en los comentarios a mis palabras.

3 STS 17 octubre 2016 (RJ 2016, 4939).

4 Por ejemplo, en lo que se refiere a la STS que admite la revisión: <http://www.noticiasdegipuzkoa.eus/2016/10/22/sociedad/el-supremo-da-la-razon-a-eskoriatza-en-una-sentencia-centenaria>; y <http://agencias.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=2349216> (consultadas el 27.IV.2018).

5 Algunos de estos datos se deducen de algunas noticias sobre el caso: cfr. <http://www.elmundo.es/pais-vasco/2015/01/04/54a92c0de2704ef5218b4570.html>; <http://www.diariovasco.com/alto-deba/2014/11/09/nueva-familia-jose-arana-20141109005117-v.html>; https://www.vanitatis.elconfidencial.com/noticias/2016-02-21/los-descendientes-de-la-doncella-que-luchan-por-la-herencia-de-uno-de-los-grandes-empresarios-vascos_1155380/ (consultadas el 27.IV.2018)

Primera Instancia núm. 2 de Guecho dictó sentencia estimatoria de la filiación que se reclamaba. Una vez firme dicha Sentencia, el letrado de Jesús Miguel dirigió una reclamación administrativa contra el Ayuntamiento de Escoriaza para que le hiciera entrega de los 2/3 actualizados de la herencia de Segismundo⁶.

Ante esta última reclamación, la referida Corporación local presentó una demanda de revisión de la referida Sentencia que había determinado la filiación, sobre la base del art. 510.4 LEC, porque entendió que en el procedimiento judicial se habían empleado maquinaciones fraudulentas por parte del demandante.

Para la STS, efectivamente el demandante había incurrido en esa maquinación, que “consistió en dejar de dirigir la demanda de reclamación de la filiación contra el único heredero de Segismundo que podría verse afectado por las consecuencias de la declaración de filiación pretendida, para impedir que pudiera oponerse, y, al mismo tiempo, dirigirla contra una pariente lejana que mediante su allanamiento propició la estimación de la acción”. También se aprecian por la STS, como circunstancias relevantes para decidir la revisión de la Sentencia firme, que el demandante “sabía que el único heredero testamentario de Segismundo, fallecido en 1908, había sido el Ayuntamiento de Eskoriatza” y que “el interés en el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación era ejercitar a continuación, contra el Ayuntamiento de Eskoriatza, la acción de reclamación de los derechos legítimos”.

Si se tiene a la vista, como la STS invoca también oportunamente, que el art. 766 LEC prevé que en el proceso sobre filiación será parte demandada la persona a la que se atribuya la condición de progenitor o sus herederos, y que el juzgador, infringiendo el art. 751.I LEC, diera relevancia al allanamiento y declarara la filiación, se ha llegado en este supuesto a la determinación de la misma “sin que el único realmente interesado en la pretensión ejercitada en la demanda pudiera oponerse a la reclamación de la filiación”. Es muy llamativo que en el caso pudiera llegar a determinarse judicialmente la filiación con olvido por el juzgado de la aplicación de dichas normas jurídicas, que disciplinan directamente y sin dudas el procedimiento de filiación que se ejercitó.

En conclusión, cualquiera podrá convenir, con la STS, que: “privar, como se ha pretendido por los demandados [demandados en el procedimiento de revisión, demandantes en el de filiación], al Ayuntamiento de Eskoriatza de la posibilidad de oponerse a la declaración de filiación pretendida, le genera indefensión, sin

6 Que se cifraría en una cantidad entre los cuatro y los siete millones de euros, según la noticia periodística: <http://www.elmundo.es/pais-vasco/2015/01/04/54a92c0de2704ef5218b4570.html>; y https://www.vanitatit.com/noticias/2016-02-21/los-descendientes-de-la-doncella-que-luchan-por-la-herencia-de-uno-de-los-grandes-empresarios-vascos_1155380/ (consultadas el 27.IV.2018)

perjuicio de que pudiera tener otros medios de defensa ligados directamente a la reclamación de los derechos hereditarios”.

No puedo dejar de preguntarme, cómo es posible que se plantee un caso como este, ¿será que se me ha escapado algún elemento de valoración del mismo? Explico la razón de mi desconcierto: a tenor de los hechos conocidos por la lectura de la STS, el resultado de la misma me parece absolutamente previsible de acuerdo con nuestra regulación de las acciones de filiación, por lo que difícilmente podía esperarse otra solución. También me parece relativamente claro lo que pudiera suceder si se volviera a litigar: eventualmente quizá se lograra determinar la filiación por la vía del art. 131 CC, si se probara la misma y la posesión de estado (cuestión esta última verdaderamente difícil), porque en este caso cualquier interesado en declarar la filiación tiene legitimación activa, pero me resulta muy improbable que se pudiera vencer en un procedimiento que tenga por objeto la controvertida herencia. Por resumir el problema sucesorio: ¿con base en qué argumentos se reclamaría con probabilidades de éxito una herencia abierta hace más de un siglo, a despecho de la prescripción extintiva de las acciones que correspondiera ejercer, y de la usucapión por los herederos de los bienes hereditarios? Ni el estado de nuestra legislación, ni el de nuestra jurisprudencia parecen consentir mucho resquicio, al menos según los datos que se proporcionan en esas informaciones periodísticas. Pero entonces, ¿cuáles fueron las razones para iniciar este procedimiento?

Para intentar responder, habría que considerar que la STS describe un tipo de litigio que en los últimos tiempos alcanza mucha atención mediática en prensa, radio y televisión⁷. Se comprende, en verdad, que estos supuestos llamen la atención porque las historias que están detrás tienen un gran tirón novelesco, y añoran la fuerza de la sangre, con el atractivo de herencias a veces cuantiosas. Suelen darse, no obstante, algunas circunstancias que no son baladíes a los efectos de su tratamiento jurídico y dificultan el típico “final feliz” que requeriría el tono de la discusión: o bien los presuntos progenitores fallecieron en un pasado muy lejano (y más allá de los treinta años posteriores a la muerte las posibilidades de ejercitar la acción hereditaria son casi inexistentes), o bien, incluso, ya han fallecido los presuntos hijos, sin que estos gozaran de la posesión del estado (y, entonces, la legitimación para reclamar la filiación se circunscribe al hijo, según el art. 133 CC y a los progenitores, según nuestro Tribunal Constitucional, pero a nadie más). La solución que merezca en Derecho cada uno de los casos en que se planteen problemas similares debe ponderarse de acuerdo con las circunstancias

7 Por citar solamente dos casos: http://www.abc.es/estilo/gente/abci-fernando-osuna-mayor-parte-casos-filiacion-extramatrimonial-buscan-conseguir-herencia-201606200038_noticia.html; https://politica.elpais.com/politica/2017/05/11/actualidad/1494498801_880334.html (consultado el 4.V.2018). Y en el ámbito judicial puede verse también el AAP Madrid 13 junio 2017 (JUR 2017, 232007), que alude precisamente a esa relevancia mediática del asunto en un caso concreto.

singulares, pues depende de variados factores de hecho y de derecho que lleva tiempo estudiar⁸.

Naturalmente los medios de comunicación no son el mejor lugar para realizar esta clase de estudio jurídico especializado, porque es comprensible que cualquier usuario de dichos medios se ponga instintivamente a favor de la parte débil, que sería quien reclama la filiación o la herencia de la que ha sido privado a su juicio injustificadamente. Pero en el tratamiento legal de estas cuestiones no solo juega este sentimiento primario de justicia, sino también, y de modo principal la seguridad jurídica, que resultaría muy comprometida si la filiación fuera investigable cualquiera que fueran las circunstancias, o la sucesión fuera revisable sea cual fuera el tiempo del fallecimiento del causante de la herencia y prescindiendo también de las circunstancias de hecho. En mi opinión olvidar todo esto, que impone mucha prudencia, y en cambio dejarse llevar por el primer impulso, incrementa una innecesaria litigiosidad, que viene acompañada de la frustración de los litigantes cuando los resultados no son los esperados, con lo que ello lleva consigo de desconfianza en el sistema de tutela jurisdiccional de los derechos. Es decir, si se comienza por ignorar que estos problemas están muy necesitados de un cuidadoso estudio individualizado, tanto en cuanto a los hechos como en relación con el derecho aplicable, se termina por confundir a la opinión pública, y aparece un “mercado de potenciales clientes” que queda disponible para letrados que se aprovecharían de la situación; con el resultado consabido: los clientes terminan por perder el pleito, el tiempo, el dinero y las ilusiones. Y todo a causa de haber sido seducidos por un clima que fomenta sin base sólida la expectativa de alcanzar un importante enriquecimiento patrimonial.

8 Muy recomendable la lectura de las consideraciones de HORNERO MÉNDEZ, C.: “Si el ‘señorito’ falleció antes de la constitución de 1978, el ‘hijo’ de la ‘criada’ no será heredero: filiación no matrimonial y sucesión abierta (y consumada)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40/2016 (consultada en Aranzadi digital): “Los hijos ilegítimos de los señoritos levantan la voz”. Este titular u otros de corte muy similar –‘La lucha de los hijos ilegítimos de los señoritos’- aparecidos en febrero de 2016 muestran como los medios de comunicación se han hecho eco de lo que puede considerarse una auténtica oleada de demandas (de paternidad), seguidas de los correspondientes procesos, en las que se dirime una filiación ilegítima o extramatrimonial, con unos hechos muy parecidos en todas ellas. Historias que se repiten con pequeñas variantes y que parecen directamente sacadas de una novela o de una película en blanco y negro. Los protagonistas de estos casos suelen coincidir. De un lado, está el «señorito», siempre de buena posición socioeconómica; de otro, la ‘criada’ -o persona de servicio asimilada-, por supuesto de una clase social muy inferior, y por último el niño o la niña producto de los amores clandestinos de los dos primeros, ya convertido en adulto (o directamente en un anciano). Este último, una vez fallecido su progenitor -incluso, es habitual, bastantes años después-, suele ser el demandante, muchas veces con el apoyo justiciero y reivindicativo de su propia descendencia, de sus hijos o nietos que lo animan sus pretensiones: ‘para que la verdad se sepa’, como dice una de las protagonistas de uno de estos dramas procesales. En todos estos episodios, convenientemente jaleados en la prensa local y -lo más sorprendente- en la nacional, suelen darse declaraciones muy parecidas de los demandantes: ‘No me he movido -aseguraba una de éstas- por dinero. Llevo toda mi vida preguntándome quien era mi padre’. Además de este legítimo afán por conocer su origen -o más bien por confirmarlo judicial y formalmente-, en todos estos supuestos suele haber un evidente, pero no menos legítimo, afán crematístico. El ‘señorito’, como digno de tal calificativo, no era precisamente un desarrapado, sino que solía ser un rico propietario agrícola -un ‘terrateniente’, si quiere completarse el cuadro recurriendo al fenotipo andaluz- o un empresario de éxito”.

Un jurista medianamente ilustrado en estos temas podría poner muchos ejemplos, porque, efectivamente, son excesivos los litigios de este tipo que se pueden encontrar en cualquier repertorio jurisprudencial y que carecen de toda viabilidad. Obviamente en el caso concreto al que se refiere la STS 17 octubre 2016, sin contar más que con la perspectiva de la acción de filiación ejercitada (por cierto, muy mal dirigida como resulta obvio), y careciendo de más datos sobre el problema sucesorio que los ofrecidos por los medios de comunicación, no puedo saber si es esto lo que ha sucedido, pero no es muy aventurado afirmar que la esperanza de que la demandante venciera en una acción hereditaria estaría jurídicamente poco fundamentada. La explicación de que, pese a existir un fundamento aparentemente tan débil, se haya iniciado un camino largo, caro e incierto en su resultado, se me antoja que pueda estar en ese caldo de cultivo mediático del que antes hablaba, aprovechado o provocado por el letrado de turno⁹.

Aparte de la prescripción extintiva y la usucapión, muchos de estos litigios ponen en causa el alcance que deba darse al principio constitucional de igualdad entre la filiación, pues efectivamente los hijos extramatrimoniales no son los únicos del causante. Afortunadamente sobre esta materia la doctrina jurisprudencial más autorizada suele manejarse con unos criterios relativamente seguros que creo que son compatibles en una aproximación serena y ponderada a los problemas que están en juego¹⁰. Ocuparé algunas páginas a referirme a los más recientes pronunciamientos del TS y del TC sobre esta cuestión.

No obstante, el deseo de recordar el criterio jurisprudencial no es la única causa de este estudio, también he querido escribir esas páginas porque en algunos casos se han brindado desde la doctrina o la jurisprudencia ideas peligrosas por

9 Hasta aquí he seguido de cerca las consideraciones hechas en el blog al que me he referido antes.

10 De nuevo interesa remitirse a HORNERO MÉNDEZ, C.: "Si el 'señorito'", cit.: "Y es que, en estos asuntos, el siguiente objetivo de los demandantes, una vez determinada la filiación, suele ser acceder a la herencia del fallecido. Y es con relación a esto precisamente donde creemos que tal vez estos hijos e hijas de señoritos vean rebajada su alegría tras establecerse que son tales. Aquí suele venir la rebaja -o el bajón, como diría un castizo actual- cuando descubren que para acceder a la herencia de su rico padre no basta con que hayan sido declarados, muchos años después, hijos de éste. Para ello -y no está claro, por el modo en que se manifiestan en los medios, que de esto siempre les informen los letrados que patrocinan sus intereses- hay que tener en cuenta otras circunstancias, sobre todo una muy en particular: cuándo se produjo el fallecimiento del padre, de aquél en cuya sucesión se pretende participar como causahabiente. Ese momento supone la apertura de la sucesión mortis causa y determina también la aplicación o no de la regulación que, a partir de 1978, por mor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, otorgó el mismo tratamiento a los hijos con independencia de su origen, es decir, sean estos matrimoniales o no, en correspondencia a los artículos 14 y 39 CE. Conveniría que a todos los interesados en determinar la filiación paterna para -no nos engañemos: esta será la razón principal en la mayoría de los casos- acceder a la herencia de su progenitor como hijo y legitimario, se les informase de la existencia de la Disposición Transitoria octava de la Ley 11/1981 en la que de manera taxativa se establece que 'Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se registrarán por la legislación anterior, y las abiertas después, por la nueva legislación'. Como convendría también que se les informase de la existencia de una jurisprudencia repetida y asentada que ha realizado una interpretación literal y también bastante taxativa de esta previsión. Quizá esta información, conocer este dato normativo y estos precedentes jurisprudenciales, les condujesen a adoptar una decisión distinta".

ambiguas e imprecisas que tienen la virtualidad de seguir alimentando esperanzas muy escasamente fundadas, y así también el mercado potencial de clientes a disposición de abogados más preocupados por sí mismos que por las posibilidades reales que sus representados puedan tener de vencer un pleito.

Es obvio que hay que partir del hecho de que en la actualidad las posibilidades técnicas de determinación de la filiación permitirían revisar una buena parte de la historia sucesoria, casi tanto como quisiéramos. Pero ¿nos resulta esto exigible o siquiera deseable? A mi juicio, es claro que no: el Derecho puede y debe prescribir para el futuro, pero no puede ni debe corregir la historia. Probablemente el régimen discriminatorio hizo sufrir a muchos de nuestros antepasados, pero por lamentable que ello sea, ¿qué podemos hacer hoy por remediarlo? ¿Será la solución permitir, por ejemplo, al remoto descendiente del caso reclamar hoy la herencia de su supuesto bisabuelo? ¿Consolaría ello algo a su bisabuela? ¿No estaríamos alimentando a toda clase de actuaciones, tan poco profesionales como parece ser la del caso, abriendo el campo a infinitos litigios? Sinceramente no veo que el camino sea ese, el Derecho también debe mirar por la seguridad de los derechos adquiridos, y a esa ponderación siempre ha respondido el derecho transitorio y la prescripción en sus dos vertientes adquisitiva y extintiva. Teniendo en cuenta este o parecidos casos no tengo tan claro que la justicia imponga una ilimitada revisión del pasado. Y, por otra parte, si alguien quiere abordar esa tarea de “memoria histórica” debiera ser el legislador, y cuando ha tenido oportunidad no lo ha hecho, sino que ha tomado una vía más centrada en la seguridad de los derechos subjetivos ya adquiridos (me refiero, por ejemplo, a la DT 8ª de la Ley 11/1981).

Pero algunas ideas como las de la “discriminación indirecta”, el “fenómeno sucesorio agotado”, o el “dies a quo” de la prescripción de las acciones sucesorias, que algunas Sentencias, votos particulares o autores han puesto en juego en la solución de estos litigios, suponen un peligro cierto de dar campo a infinitas disputas sobre la historia sucesoria con absoluto olvido de la seguridad jurídica y de los derechos adquiridos. Esta es la razón principal de que vuelva sobre un tema que me resulta ya algo cansino: vale la pena vencer la pereza para denunciar algunas de esas propuestas que introducen poca claridad dogmática y como consecuencia escasa previsibilidad y seguridad. Afortunadamente son solo peligros relativamente remotos, porque son minoritarias y se enfrentan a una línea interpretativa muy firme, pero esas ideas en determinados casos límite pueden alimentar esperanzas infundadas, o incluso llegar a resoluciones muy poco justificables desde el punto de vista de los criterios sostenidos por la vigente normativa.

II. EL CRITERIO SOBRE DERECHO TRANSITORIO QUE GOZA DEL FAVOR JURISPRUDENCIAL

Constituye un criterio asentado decir que la Ley vigente en el momento de apertura de la sucesión es la aplicable a la misma, y no la que esté en vigor en cualquier otro momento como pueda ser el de la presentación de la demanda. Así se ha pronunciado una doctrina jurisprudencial consolidada¹¹, que resuelve con ese criterio aunque la aplicación efectiva ante los tribunales de dicha norma sucesoria se dilate tanto en el tiempo, que entretanto hayan sobrevenido modificaciones constitucionales que alteran las previsiones legales sobre los sucesores forzosos o intestados. La cuestión, de derecho intertemporal, vino abordada en su día por la DT 12ª CC, que permite fundamentar suficientemente esta solución no sólo para los casos producidos por la entrada en vigor del CC, sino para todos aquellos en que la norma legal sobre la sucesión haya experimentado una modificación tras la muerte del causante. Y, en cualquier caso, también está reiterada por la DT 8ª de la Ley 11/1981 más atenta a la cuestión que suscitaba la entrada en vigor de la CE¹².

Esta doctrina general ha tenido y sigue teniendo abundante aplicación en los litigios que han tomado en cuenta la fuerza derogatoria del principio constitucional de igualdad sobre las normas del CC que establecían diferencias sucesorias entre diversas clases de hijos por naturaleza. Este criterio obliga a considerar, aún hoy, que las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución, se rigen por normas que establecen efectos discriminatorios. Esto puede ser algo llamativo cuando obliga hoy a aplicar esas normas (cfr. el voto particular de la STS 31 julio 2007¹³), pero parece que la seguridad jurídica hace preferible no aplicar los efectos igualitarios de la CE a sucesiones abiertas antes de su entrada en vigor; pues si ignoramos este límite temporal de aplicación de la CE, será difícil poner límites a la eficacia retroactiva de esta. De lo contrario, ninguna sucesión “mortis causa” ordenada antes de la entrada en vigor de la CE pudiera considerarse a salvo de impugnaciones. Se debe tener en cuenta, además, que la CE no quiso ser retroactiva.

Las últimas manifestaciones de este criterio pueden verse en la STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre¹⁴, confirmando la constitucionalidad del mismo; y

11 Aparte de las que veremos más adelante en este mismo trabajo: SSTS 31 julio 2007 (RJ 2007, 6258), con voto particular discrepante; y 17 marzo 2005 (RJ 2005, 2389), entre otras muchas. También en la doctrina, cfr. el excelente trabajo de BARBER CÁRCAMO, R.: *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 51 y ss. en cuanto a este asunto.

12 ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “Reforma”, cit., p. 3935 y p. 389.

13 STS 31 julio 2007 (RJ 2007, 6258). Para BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación*, cit., p. 53: las palabras del voto particular “no exentas de cierto fundamento... suenan a justicia del cadí o del caso concreto”.

14 STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre (RTC 2017, 105).

en el plano de la jurisdicción ordinaria, en las SSTS I junio 2016¹⁵ y 29 abril 2015¹⁶. Debe darse, pues, por una doctrina jurisprudencial definitiva.

En el supuesto del que se ocupan la STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre y la STS 29 abril 2015, se examinaba un caso en que “la apertura de la sucesión se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española”, y la STS recurrida en amparo consideró “que eran de aplicación las disposiciones transitorias que al respecto establecía la reforma de 1981 del Código civil, así como que los efectos adquisitivos de los derechos a la sucesión de una persona se trasmitían desde el momento de su muerte (art. 657 CC), momento en el que también se adquirirían tras la correspondiente aceptación de la herencia (art. 989 CC), que justamente fue lo sucedido en el caso de autos al haber quedado acreditada la inmediata aceptación tácita de la herencia por los beneficiarios de la misma, así como la respectiva posesión de los bienes hereditarios, y sin que, por otra parte, pudieran negarse estos efectos por no haberse practicado aún la partición de la herencia que, en modo alguno condiciona o interrumpe, a juicio del Alto Tribunal, el fenómeno transmisivo que encierra la sucesión”.

Para la STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre, “La conclusión que de ese escenario infiere el Alto Tribunal en la Sentencia recurrida, señalando que la sucesión se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española y que eran de aplicación, entonces, las disposiciones transitorias que al respecto establecía la reforma de 1981 del Código civil, negando con ello, siquiera implícitamente, la aplicación del mandato constitucional del artículo 14 CE a un supuesto adjetivado por esos perfiles temporales, no puede entenderse, por consiguiente, expresiva de una discriminación por razón de nacimiento, sino solo como la expresión lógica de las consecuencias de un criterio legal sobre la ley rectora de la sucesión y de un parámetro de transitoriedad normativa fijado en 1981, ya en época constitucional. No existe, dicho de otro modo, una aplicación e interpretación judicial que desvelen una discriminación selectiva por razón de nacimiento, habiéndose limitado las resoluciones ahora recurridas a aplicar los criterios de sucesión y transitoriedad normativa, legalmente prescritos; pautas legales que regulan sin distinción subjetiva, y solo por razones temporales, la materia, sin contener criterios o parámetros adicionales –fundados en el nacimiento– que diferencien entre sujetos afectados por las mismas circunstancias, todo lo cual descarta que la solución judicial adoptada, tanto desde un plano intencional como objetivo (STC 225/2001, de 26 de noviembre (RTC 2001, 225), FJ 4), nos sitúe ante una relegación social o jurídica discriminatoria en contra de quienes, en su momento, eran calificados como hijos ilegítimos”.

15 STS I junio 2016 (RJ 2016, 2319).

16 STS 29 abril 2015 (RJ 2015, 1918): fue impugnada ante el TC en el recurso que concluyó por la STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre (RTC 2017, 105).

Me parece que la declaración es enteramente correcta y debe ser valorada más positivamente teniendo en cuenta que en los últimos tiempos algunas opiniones doctrinales y votos particulares han considerado que esta solución no es adecuada, ni respetuosa con la CE.

III. ALGUNAS OPINIONES DISCORDANTES

En los últimos años, a veces en votos particulares, en opiniones doctrinales, o, incluso, en alguna STS se contienen afirmaciones que o se oponen frontalmente a las conclusiones a las que ha llegado la jurisprudencia consolidada, o de algún modo, pueden llegar a ponerlas en cuestión.

I. La relevancia del momento de la aceptación de la herencia como criterio determinante de la aplicación de la igualdad constitucional

Uno de los argumentos que más afectarían a la doctrina expuesta acerca de la retroactividad, pues conduciría al sistema opuesto de retroactividad absoluta, es el expuesto en el voto particular de Rafael Sarazá Jimena a la STS 29 abril 2015¹⁷. Según la tesis explicada en este voto, se debe partir de “La necesidad de compaginar la eficacia directa y vinculante de las innovaciones contenidas en la Constitución y el principio de seguridad jurídica que también informa el ordenamiento jurídico y es objeto de reconocimiento constitucional, llevó al Tribunal Constitucional a otorgar una limitada eficacia retroactiva a la Constitución en relación a las situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor”. Se refiere el magistrado discrepante, en este sentido, a que la STC núm. 43/1982 de 6 de julio, argumentó la posibilidad de «una débil eficacia retroactiva de la Constitución en relación con leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a ella y que “no hubieran agotado sus efectos”», a partir de lo dispuesto por el inciso final de la disposición transitoria 2.^a.I LOTC¹⁸.

Para este voto particular “La aplicación de esta doctrina en el campo de la sucesión hereditaria debe llevar, según mi punto de vista, a que en aquellas sucesiones en las que no se hubiera producido la aceptación de la herencia por todos los herederos antes de la entrada en vigor de la Constitución, la retroacción de los efectos de la aceptación al momento de la muerte del causante que prevé nuestro Código Civil no debe obstar a que el régimen legal aplicable, en cuanto a la trascendencia de la filiación en la sucesión hereditaria, haya de ser el que deriva del principio de no discriminación por razón de filiación introducido por la Constitución, en vigor cuando se produjo la aceptación de la herencia. Y si se considerara que la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de

¹⁷ STS 29 abril 2015 (RJ 2015, 1918).

¹⁸ STC 43/1982 de 6 de julio (RTC 1982, 43).

mayo, constituye un obstáculo insalvable, por no permitir otra interpretación, para dicha aplicación de este criterio, al tratarse de una ley postconstitucional procedería el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.(...) considero que la no discriminación de los hijos por razón de su filiación matrimonial o extramatrimonial constituye un principio básico del nuevo orden de convivencia, que puso término a una discriminación odiosa. En consecuencia, no puede privarse a dicho principio de ese limitado efecto retroactivo que la jurisprudencia constitucional ha reconocido a la Constitución respecto de situaciones o relaciones jurídicas no consumadas en el momento de su entrada en vigor”.

A mi juicio, de entrada no se trataría de un tan limitado efecto retroactivo como se quiere hacer ver, sino de una retroactividad absoluta porque con las premisas que maneja el argumento, ninguna sucesión que sea susceptible de ser afectada por la determinación tardía de la filiación habrá agotado sus efectos¹⁹.

Debemos partir de los hechos probados: al decir de la STS “tanto la sentencia de primera instancia, como la de segunda instancia, consideran acreditado la inmediata aceptación tácita de la herencia por los beneficiarios de la misma, así como la respectiva posesión de los bienes hereditarios”. Debe hacerse notar, además, que el testamento que regía la sucesión no otorgaba ningún derecho sucesorio a quien ahora es declarada hija del causante. Por ese motivo esta no pudo aceptar ni repudiar e impugna el testamento por preterición.

El voto particular considera que las sucesiones en las que no se hubiera producido la aceptación de la herencia por todos los herederos antes de la entrada en vigor de la CE, serán aquellas a las que se aplique el principio de no discriminación. Cabe pensar, entonces, que es un imposible lógico mantener en el caso enjuiciado como hecho probado que todos los llamados han aceptado la herencia, y sostener a la vez la aplicación retroactiva del principio de igualdad, que depende precisamente de que la aceptación no se hubiera producido. La única manera de superar la contradicción nos parece que sería prescindir del hecho de que la declarada como hija carece de título sucesorio. Y entender que existe a su favor un llamamiento efectuado directamente por la ley; de modo que se pudiera concluir que, en el caso de que la determinación de la filiación se

19 Y la propia STC 43/1982 de 6 de julio (RTC 1982, 43), que alega como apoyo este voto particular, tiene muy claro que debería calificarse como aplicación retroactiva de grado máximo: “lo que aquí se nos solicita implica una retroactividad del tipo de la que la doctrina ha calificado como «retroactividad en grado máximo», esto es, aquella que exigiría la aplicación retroactiva de una norma, en el presente caso el artículo 14 de la Constitución, a una relación jurídica básica y a sus efectos sin tener en cuenta que aquélla fue creada y éstos ejecutados bajo el imperio de la legalidad anterior, pues aunque algunos de éstos no se hayan aún agotado (...) y una retroactividad de esta intensidad no tiene base en ningún precepto constitucional y no podría tenerla, puesto que la aplicación de la Constitución al pasado en los términos solicitados por el recurrente irían contra la misma seguridad jurídica que su artículo 9.3 garantiza”. No parece ser esta, por tanto, una STC que apoye los argumentos del voto particular; más bien al contrario.

produzca tras la entrada en vigor de la CE, la hija con la filiación así determinada, que obviamente no habrá aceptado la herencia causada antes de esa entrada en vigor, lo podrá hacer después. Pero admitir esta solución implica que se aplicará dicho principio de igualdad sin limitación temporal hacía el pasado. En efecto, cuando la determinación de la filiación no matrimonial se haya realizado durante la vigencia de la CE, nacería la facultad de aceptar la herencia, sea cual sea la fecha de apertura de la sucesión: se defiende entonces una retroactividad absoluta de este principio de equiparación de cualquier clase de filiación por naturaleza.

Discrepo de esta solución, que prescindiría absolutamente del sistema normativo, que parte de que las normas aplicables a la sucesión son las vigentes en el momento de la apertura, no las vigentes en el momento de la aceptación. Asimismo, de aceptarse esa tesis, se dotaría de una eficacia retroactiva absoluta al principio de igualdad y se permitiría una revisión completa de sucesiones abiertas hace muchos años, con grave detrimento de la seguridad jurídica, que también es una exigencia constitucional.

Y hay más razones: en el caso objeto del litigio se puede apreciar fácilmente el transcurso del plazo de prescripción de las acciones de preterición testamentaria que se ejercen más de treinta años después de abierta la sucesión. Tendríamos así que la aplicación retroactiva del principio de igualdad pasaría por encima de la prescripción extintiva, que constituye otro límite imprescindible para la seguridad jurídica. Y ello incluso llevaría a la consecuencia paradójica de dotar a la filiación no matrimonial tardíamente determinada de mejor condición con relación a la matrimonial determinada en iguales circunstancias temporales, lo que no me parece que sea exigencia del principio de igualdad, sino que incluso lo contradice. Imaginemos, por ejemplo, que en las mismas circunstancias del litigio se hubiera determinado judicialmente la filiación matrimonial en lugar de la no matrimonial; por ejemplo, porque dicha determinación no se produjo regularmente en el momento del nacimiento por la sustracción del recién nacido, o por la confusión acerca de su identidad. ¿No jugarán respecto de esa filiación matrimonial los límites que marca la prescripción extintiva de las acciones sucesorias? Y entonces, ¿por qué dar otra solución al caso de la filiación no matrimonial?

Pienso que, por fortuna, la STC ha descartado por completo que los argumentos de este voto particular sean admisibles²⁰. En efecto, aunque esta STC no examine directamente la constitucionalidad del sistema sucesorio en todos los aspectos implicados, sino solamente se ocupa de excluir que la aplicación judicial del derecho incurra en discriminación suficiente para estimar el recurso de amparo, sí que lo hace indirectamente y avala el criterio legislativo vigente en esta

²⁰ En realidad, el TC había descartado con anterioridad la inconstitucionalidad de la DT 8ª Ley 11/1981, como recuerda HORNERO MÉNDEZ, C.: "Si el 'señorito'", cit.: "esto ya se hizo y... tuvo como resultado la STC 155/1987, de 14 de noviembre (RTC 1987, 155)".

materia, pues se afirma que las “pautas legales ... regulan sin distinción subjetiva, y solo por razones temporales, la materia, sin contener criterios o parámetros adicionales –fundados en el nacimiento– que diferencien entre sujetos afectados por las mismas circunstancias”. No puede extrañar que ante una legalidad tan clara tampoco el magistrado discrepante de la STS 29 abril 2015²¹ pudiera convencer a sus propios compañeros.

2. Discriminación indirecta

Debo ahora referirme al voto particular emitido por el ponente de la STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre Fernando Valdés Dal-Re²². Para este magistrado: “el fallo debió de declarar la vulneración del art. 14 CE, por discriminación indirecta por razón de nacimiento, en relación con el artículo 39.2 CE”. Para este Magistrado “la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo en la Sentencia recurrida subraya que la sucesión se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española y que eran de aplicación, entonces, las disposiciones transitorias que al respecto establecía la reforma de 1981 del Código civil. Una tesis posible en Derecho, a mi parecer, que describiría las consecuencias de un criterio legal sobre la ley rectora de la sucesión y de un parámetro de transitoriedad normativa fijado en 1981, ya en época constitucional, sin incurrir en una interpretación de la norma fundada en elementos que diferencien entre sujetos en razón de su nacimiento. No aprecio en esa lectura, por ello, factores de relegación social o jurídica constitutivos de una discriminación directa por razón de nacimiento en perjuicio de quienes, en su momento, eran calificados como hijos ilegítimos. Antes al contrario, las Sentencias recurridas en amparo, en ese concreto punto, se limitan a aplicar las reglas legales sobre la ley que rige la sucesión en el tiempo, conforme a una pauta interpretativa que carece de vocación discriminatoria.

Ahora bien, ese juicio sobre la discriminación directa no colma, sin embargo, el mandato constitucional de prohibición de discriminación por razón de filiación (art. 14 CE). La vulneración del derecho fundamental aludido también debe declararse cuando la norma, o una interpretación judicial de la misma formalmente neutra en el trato a unos y otros hijos, ocasione en los hijos extramatrimoniales (en el caso de la recurrente, además, en su momento «ilegítimos» y no reconocidos hasta que fue declarada por sentencia su filiación) un impacto o resultado adverso. Es la denominada discriminación indirecta, aquí, por razón de filiación (...). Por la importancia que tenía en la solución del caso, es también relevante resaltar que la discriminación indirecta puede darse no sólo cuando exista «una norma» formalmente neutra y directamente no discriminatoria que produzca, en cambio, efectos desfavorables en el grupo caracterizado por el factor protegido, sino,

21 STS 29 abril 2015 (RJ 2015, 1918).

22 STC 105/2017, de 18 de septiembre (RTC 2017, 105).

asimismo, cuando se haya dado «una interpretación o aplicación de la misma» que ocasione aquel impacto o resultado adverso (STC 240/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999, 240), FJ 6).

Atendiendo a ese vertiente adicional del derecho, la discriminación indirecta, no era posible a mi juicio soslayar un factor decisivo, que singulariza el supuesto de hecho, a saber: que la situación que se analizaba en el proceso judicial venía caracterizada por el particularísimo dato de que, aunque el testamento se otorgó y el causante falleció antes de 1978, el reconocimiento de la condición de hija del causante de quien ahora recurre en amparo se verificó con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, cuando fue declarada hija biológica de aquél por Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ordes, de 11 de noviembre de 2008, declarada firme por Auto de 23 de diciembre del mismo año. En fechas, por tanto, no solo muy posteriores a la vigencia de la Norma Fundamental sino también a la de la aprobación de las leyes postconstitucionales que fijaron normas transitorias para los procesos sucesorios en curso (reforma de 1981).

A partir de lo expuesto, el órgano judicial debería haber ponderado si la interpretación que realizaba de la sucesión y transitoriedad normativa suponía una discriminación indirecta por razón de filiación, máxime si se toma en consideración, según se apuntó, que las decisiones judiciales deben adecuarse al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (SSTC 82/1990, de 4 de mayo (RTC 1990, 82), FJ 2; 126/1994, de 25 de abril (RTC 1994, 126), FJ 5) y, desde esa misma perspectiva, que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el artículo 39 CE que aquí está comprometido, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo (RTC 1982, 19), FJ 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE.

En la interpretación de las normas pueden los órganos judiciales vulnerar el artículo 14 CE si siguen un criterio interpretativo que desatienda la potencialidad de una solución que elimine la desigualdad injustificada, en el caso de autos de naturaleza discriminatoria (segundo inciso del art. 14 CE). Y eso es justamente lo que aquí sucede, dado que existía una interpretación más conforme con el mandato constitucional, habilitante de la eficacia 'ad casum' de la Constitución pese al momento temporal en el que se desencadenó el hecho sucesorio, visto, en su contraste, el del reconocimiento de la filiación, nunca antes declarado, cuando el mandato antidiscriminatorio del artículo 14 CE poseía ya, sin duda de ningún tipo, plena virtualidad, en 2008, no podía ni puede ser soslayado. De acuerdo con esa circunstancia era posible considerar que no era voluntad del testador

introducir distinciones que resultasen contrarias a los fundamentos del sistema jurídico vigente en el momento en que se produce el reconocimiento de la filiación, sino solo, en su día, cuando manifestó su voluntad sucesoria, la de cumplir con el régimen normativo vigente en las fechas preconstitucionales en las que la expresó. Siendo posible esa lectura, la prevalencia de la no discriminación debía imperar sobre consideraciones de sucesión normativa estricta; o, si se prefiere, debió incorporarse, en la interpretación de dicha sucesión normativa, la regulación vigente al tiempo de ese reconocimiento, pues no antes de la Constitución pudo reclamarse esa condición por la recurrente con fundamento en una norma que prohibiese la discriminación sufrida por razón de filiación.

Esa alternativa de interpretación más conforme con el mandato del artículo 14 CE determina que, su no utilización, represente una aplicación de la norma que el artículo 14 CE no consiente (SSTC 34/2004, de 8 de marzo (RTC 2004, 34), FJ 3; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8), sin que el igual tratamiento en la aplicación del régimen normativo de la reforma de 1981, como si el reconocimiento de la filiación no hubiera tenido lugar en fechas posteriores y de vigencia constitucional, esconda la producción de un resultado o impacto adverso en esa la lectura neutra de la norma. En conclusión, las Sentencias dictadas en el proceso del que trae causa este recurso de amparo, al desatender el reconocimiento en tiempo de vigencia de la Constitución de la filiación, así como la imposibilidad de que su condición de hija pudiera haber sido por ella reclamada con anterioridad, le han dispensado un tratamiento discriminatorio indirecto y contrario al artículo 14 CE, en relación con el artículo 39.2 CE".

La larga argumentación acabada de reproducir causa impacto en el lector, porque invoca sentimientos primarios de justicia que resultan difíciles de ignorar. No obstante el voto particular incurre en muchos excesos que es preciso poner de manifiesto; el primero es que se escude en la imposibilidad de que la condición de hija pudiera haber sido reclamada con anterioridad. Esta afirmación es cierta si se entiende en el sentido de que no pudo ser reclamada antes de la CE, pero tras ella sí que ha sido posible reclamar, y además durante mucho tiempo. Bajo ese punto de vista el retraso en el ejercicio temporal de esta facultad es la que hace que la diferencia de efectos sucesorios con la filiación matrimonial se difumine: en realidad para ambas filiaciones jugaría la prescripción extintiva en el caso de determinación extemporánea o tardía. Pero en verdad ese no es el único punto trascendente para resolver el supuesto, pues también queda resuelto en virtud del derecho transitorio aplicable.

Por otra parte, como se puede apreciar, la tesis, crudamente expuesta, mantiene dos proposiciones contradictorias: la constitucionalidad de la DT 8ª Ley 11/1981; pero a su vez la inconstitucionalidad de su aplicación si se tiene que utilizar

en supuestos de filiación no matrimonial. En efecto, para el voto particular, toda interpretación judicial de una norma que ocasione en los hijos extramatrimoniales un impacto o resultado adverso incurre en discriminación indirecta. La formulación “impacto o resultado adverso” es tan genérica que no se puede admitir, pues supondría olvidarse de la seguridad jurídica y del principio de legalidad, y afirmar una absoluta eficacia retroactiva de los postulados constitucionales que la misma CE no consagra. No podemos aceptar, en definitiva, que por el solo hecho de que un demandante alegue su condición de hijo o descendiente no matrimonial deba tener garantizadas las pretensiones que esgrima.

En cambio, parece que, para este voto particular, cualquier reclamación sucesoria, sea la que sea la fecha de apertura de la sucesión y prescindiendo de las previsiones legales, incluso aquellas pretensiones que se denegarían sencillamente con la apreciación de la prescripción extintiva o la usucapión del demandado, si beneficia a un descendiente no matrimonial habría de ser admitida por los tribunales, si no quisiera ser tachada de discriminatoria. No puede extrañar, así las cosas, que el ponente no lograra convencer con sus argumentos a ninguno de los demás magistrados constitucionales. Y es que el sentido de la existencia del Derecho, en este caso sucesorio, es ordenar, reconocer, y distribuir las facultades y derechos subjetivos entre los posibles interesados. Si uno de estos sujetos debiera tener garantizada la victoria en todo caso, sobrarían todas las reglas del derecho sucesorio, las del derecho transitorio, las de la prescripción extintiva y las de la usucapión. Por el contrario, si se aceptara que incluso en el caso de la determinación de la filiación matrimonial no se podría, con base en dicha filiación, discutir sobre sucesiones tan antiguas, debería convenirse en que tampoco en la determinación de la filiación extramatrimonial cabe admitir los pretendidos efectos retroactivos.

3. “Dies a quo” de la prescripción de las acciones sucesorias

En la doctrina también se ha indicado que sería posible sostener que hasta que no se determina la filiación no se iniciara el cómputo de prescripción de las acciones hereditarias, como la de petición de herencia o la de rescisión de la partición²³. Se argumenta a favor de ello que el art. 1969 CC se refiere en general al comienzo del cómputo desde el día en que las acciones pudieron ejercitarse²⁴.

23 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, BOE, Madrid, 2016, p. 185.

24 Quizá con cierto olvido de que la interpretación más generalizada sobre esta norma prescinde de las imposibilidades subjetivas, y entiende que se refiere únicamente a la posibilidad objetiva. No obstante, esta interpretación tiene sus excepciones en algunas materias en las que la jurisprudencia ha ido dando cabida a las imposibilidades subjetivas. Sobre la cuestión: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “La prescripción extintiva y la caducidad: del Código Civil al Código Civil de Cataluña”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel* (Luis Díez-Picazo, coordinador), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1241-1268. Pero casi siempre esos supuestos excepcionales están relacionados con plazos de prescripción o caducidad mucho más breves que los admitidos para la acción de petición de herencia.

Y se añade también que en estos supuestos hay razones para entender que existe una disociación entre la apertura de la sucesión por el fallecimiento del causante y la delación o vocación hereditaria que solamente nacen con la determinación de la filiación²⁵.

Se reconoce, no obstante, que esta propuesta produce dificultades relativas a los derechos adquiridos²⁶. Naturalmente es así, porque es obvio que el planteamiento propuesto contradice los criterios que utilizó el legislador para disciplinar los problemas de derecho transitorio, y prescinde de la prescripción extintiva y la usucapión.

En la jurisprudencia, muy excepcionalmente, también han aparecido afirmaciones de ese tenor, es decir, que propugnan que el inicio del plazo de prescripción de las acciones sucesorias nace con la determinación de la filiación. Pero en la práctica unanimidad de los casos la jurisprudencia decide en virtud del momento de apertura de la sucesión²⁷.

Pensamos que en la observación acerca de la dificultad que retrasar de este modo el “dies a quo” plantea con los derechos adquiridos se encuentra la clave que debe tenerse en cuenta para desmentir la viabilidad de esta alternativa. A falta de una regulación diferente, debemos tener presente que las reclamaciones sobre sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la CE chocarán en casi la totalidad de los casos con situaciones consolidadas por la usucapión extraordinaria, cuyo plazo entiendo que debe constituir el tope máximo de vida de cualquier reclamación sucesoria sobre los bienes objeto de la misma. De modo que intentar volver a la vida estas cuestiones resulta un empeño por complicar las cosas, más allá de cuanto el legislador ha considerado posible. En este sentido, convertir indirectamente en imprescriptibles las pretensiones sucesorias a través de su relación con las acciones de filiación me parece una mala idea. A mi juicio las acciones sucesorias, como cualquier otra de contenido patrimonial, deben tener

25 La autora argumenta sobre la base de la STEDH 7 febrero 2013 (JUR 2013, 35557). Pero a mi juicio ni en esa, ni en la jurisprudencia posterior de este mismo Tribunal a la que haré alguna referencia más adelante, hay argumentos concluyentes que permitan prescindir de los criterios asentados en nuestra legislación y jurisprudencia acerca del derecho transitorio. Y, aunque se encontraran, no debe olvidarse que hoy la cuestión también se resuelve con criterios de prescripción extintiva y usucapión. Me explico: aunque por hipótesis se estimara contrario a la igualdad el criterio de derecho transitorio adoptado por la Ley 11/1981; lo cierto sería que, transcurridos tantos años desde la apertura de las sucesiones preconstitucionales, tendríamos que, respecto de ellas, la determinación actual de la filiación (matrimonial o no, con exquisita igualdad) no abriría el acceso a las acciones sucesorias, bien fuera por prescripción extintiva o por usucapión.

26 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión*, cit., p. 185; pero más adelante (p. 188) se añade que no está pensando que deban ser defendidos quienes han heredado por no hacerlo el descendiente cuya filiación se determina más tarde, sino otros terceros diferentes.

27 Sobre la materia: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “La determinación judicial de la filiación y la jurisprudencia sobre la prescripción en las acciones sucesorias”, en AAVV, *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 473-494.

un tiempo de vida que resulte real y efectivamente limitado, aunque solo sea por la usucapión²⁸.

Todas estas explicaciones alternativas acabadas de examinar tienen el inconveniente de abrir el sistema sucesorio a la absoluta aplicación retroactiva de la CE, destruyendo por otra parte instituciones propias de la seguridad jurídica como la usucapión y la prescripción extintiva. Por esa razón, y las que he ido expresando al examinar cada una de ellas, no deben admitirse como adecuadas para la solución de estos conflictos.

4. Apreciación caso por caso de la retroactividad examinando el carácter consumado o agotado de la sucesión preconstitucional

La que vamos a exponer en este apartado es una solución más matizada, que puede llegar a convencer a la vista de lo excepcional de algunos de los casos en que se ha aplicado, y que de hecho puede ser más coherente en ellos con la jurisprudencia del TEDH. Pero, fuera de ese valor para resolver un caso singular, a mi juicio presenta el grave inconveniente de que el concepto de sucesión consumada o agotada carece de fundamento legal, y es muy genérico, impreciso e inseguro; todo ello produce, cuando se quiere generalizar, grandes tensiones con las normas y los principios que rigen el derecho sucesorio, y con la seguridad jurídica que la solución del precepto de derecho transitorio produce al considerar ley aplicable la vigente en el momento de apertura de la sucesión²⁹.

Ha sido la STS I junio 2016³⁰ la que más recientemente ha desarrollado este punto de vista en un caso verdaderamente extremo; y precisamente por esto

28 Tengo en la cabeza, en este sentido, el art. 611-1.3 de la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) cuando se refiere a la acción de petición de herencia; o el art. 615-1 de la misma, que establece un plazo máximo general de quince años para la prescripción extintiva más allá del cual la duración de la pretensión no puede prolongarse. Pienso que estas orientaciones sobre prescripción resultan mucho más razonables que la propuesta que se examina en el texto y que conduce a la imprescriptibilidad "per relationem". Se pueden consultar estos preceptos en: *Propuesta de Código Civil. Libros quinto y sexto*, Valencia, 2016 y en <http://www.derechocivil.net/esp/libros.php> (consultada el 25.V.2018). Todavía con más motivo mientras siga existiendo una legitimación tan amplia para reclamar la filiación como la establecida en el art. 131 CC, y que solamente depende del escurridizo concepto de posesión de estado. Solución normativa, por cierto, que también elimina la propuesta de la APDC, que aborda con mucha más circunspección que el CC vigente el ejercicio de las acciones de filiación por personas diferentes a los progenitores y el hijo. Estas otras normas no se encuentran en el momento de cerrar este trabajo publicadas en papel, sino solamente en la indicada página web.

29 Al decir de VITERI ZUBIA, I.: "Aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación a relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución por el acaecimiento de distintas vocaciones hereditarias y delaciones de la herencia", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 104/201 (cito por la base de datos Aranzadi digital: BIB\2017\12556): "No cabe aplicación retroactiva en forma absoluta del principio constitucional de igualdad que incida en sucesiones abiertas con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, ya estén o no agotadas al tiempo de proclamarse la norma fundamental, pues ello conculca en todo caso los artículos citados" [se refiere a los arts. 657, 661 y 440 CC]. Del mismo modo opina HORNERO MÉNDEZ, C.: "Si el 'señorito'", cit.: "Somos de la opinión, ya apuntada, de que una interpretación fiel y literal de la DT 8ª hace innecesario todo este debate sobre si el fenómeno sucesorio está ya finalizado o no. La norma es escueta y sencilla, intencionadamente hay que pensar a estas alturas, y sitúa el punto de referencia en el fallecimiento del causante y la apertura de la sucesión que ésta acarrea".

30 STS I junio 2016 (RJ 2016, 2319).

último cabe dudar que sobre este supuesto se pueda construir una formulación general de solución de los problemas de derecho transitorio.

La propia STS 1 junio 2016 es muy consciente de cuál es el centro de la disputa jurídica que planteaba el supuesto: “El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la posible aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (artículos 14 y 9. 3 CE), con relación a los derechos hereditarios de una prima hermana de la causante que por ser hija natural, de un tío suyo, no podría heredar de la familia legítima de su padre, según el contenido del artículo 943 del Código Civil vigente en el momento de la apertura de la sucesión”.

En el caso objeto de litigio la testadora había fallecido en el año 1966, sin descendientes, ascendientes ni cónyuge, bajo una disposición testamentaria de institución de heredera universal a favor de la Diputación Provincial de Albacete, con la condición o carga de constituir una fundación benéfica para llevar a cabo la construcción de un hospital en la referida ciudad. Ante el incumplimiento de la carga, la SAP Albacete 15 octubre 2001³¹, declaró ineficaz el nombramiento de heredera de la Diputación y procedió a la apertura de la sucesión intestada en favor de los parientes de la causante. Interpuesta una demanda de reconocimiento de su condición de heredera abintestato por una hija natural, reconocida por un tío de la causante, la Sentencia de primera instancia, en aplicación del art 943 CC vigente en el año 1966, al que remitía la DT 8ª de la Ley 11/81 se denegó la condición de heredera intestada³². Por su parte la SAP Albacete 10 junio 2014, estimó el recurso de apelación, y declaró a la demandante coheredera³³, con el argumento siguiente: a la “apertura de la sucesión anterior a la Constitución, no se aplican normas totalmente contrarias a la misma, pues un órgano jurisdiccional no puede, hoy, aplicar normativa de ayer que sea constitucionalmente inaceptable”.

Las demandadas interpusieron recurso de casación, que fue desestimado. En la STS se reitera primeramente la doctrina jurisprudencial siguiente: “para las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, esta Sala ha declarado aplicable la legislación existente en el momento de la apertura de la sucesión”. No obstante, se añade que “Con posterioridad, esta Sala, sin alterar el carácter general de la doctrina expuesta, precisó su jurisprudencia respecto de relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución”³⁴.

31 SAP Albacete 15 octubre 2001 (JUR 2001, 330566).

32 Artículo 943: “El hijo natural y el legitimado no tienen derecho a suceder «ab intestato» a los hijos y parientes legítimos del padre o madre que lo haya reconocido, ni ellos al hijo natural ni al legitimado”.

33 SAP Albacete 10 junio 2014 (JUR 2014, 191950). Por error, el Antecedente de hecho sexto y el FD segundo de la STS dicen que la SAP desestimó el recurso de apelación, con lo que la argumentación que ofrece la STS (que lleva a reconocer los derechos sucesorios de la hija natural) y el contenido del fallo desestimatorio del recurso de casación (de una SAP que se dice erróneamente que no reconoce esos derechos), para un lector que no haya comprobado el verdadero sentido de la SAP, entran en contradicción.

34 En este contexto, la STS que estamos comentando se refiere a la STS 1 marzo 2013 (RJ 2013, 7414). La solución de esta es que la sustitución fideicomisaria ordenada en un testamento que designa como

Con respecto a las cuales, es decir, con relación a las sucesiones que, aunque abiertas con anterioridad a la Constitución, no hayan consolidado o agotado el proceso sucesorio y adquisitivo derivado de la misma, se mantiene que resultaría pertinente la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (artículos 14 y 39 CE).

Así la STS puede concluir que “En el presente caso, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o de no discriminación encuentra su fundamento primario en el hecho de que las relaciones sucesorias, atendidas las circunstancias del proceso sucesorio, no se encontraban consolidadas o agotadas antes de la entrada en vigor de la Constitución. En efecto, si atendemos a dicho proceso sucesorio, observamos que, con independencia del momento de apertura de la sucesión, que siempre viene determinado por el fallecimiento del causante, la dinámica sucesoria respondió, a semejanza de lo expuesto con relación al fideicomiso, a un orden sucesorio sucesivo determinado, consecutivamente y de forma independiente, por distintas vocaciones hereditarias (testamentaria y abintestada, ambas válidas) y por distintos llamamientos concretos a su adquisición (*‘ius delationis’*). De ahí que no pueda afirmarse que el fenómeno sucesorio, con relación a estos presupuestos del proceso sucesorio, estuviera consumado o agotado en el año 2001. Año en donde, tras el incumplimiento de la carga hereditaria por parte de la Diputación Provincial, se abre la sucesión intestada, cuando ya resultaba de aplicación la Constitución. Por lo que el motivo debe ser desestimado”.

La argumentación entiendo que merece algunos comentarios. El primero supone subrayar un defecto lógico, leve en sus consecuencias, aunque grosero por su manifiesta incorrección; resulta contradictorio decir que el momento de apertura de la sucesión siempre viene determinado por el fallecimiento del causante, y, pocas líneas más abajo afirmar sin rubor que es tras el incumplimiento de la carga hereditaria por parte de la Diputación Provincial cuando se abre la sucesión intestada. Obviamente la apertura de la sucesión se produce con la muerte del causante, y nunca en otro momento. La solución de la STS es aplicar retroactivamente la igualdad constitucional, y eso no requiere decir que la sucesión se abre bajo su vigencia, lo cual, sería una grave incorrección. Claro que

sustitutos a los descendientes legítimos, debe ser corregida en virtud de la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad entre los hijos implica para así beneficiar a los hijos adoptivos. En mi opinión el principio de igualdad no resultaba de aplicación en este caso: porque dicho principio constitucional no se refiere a la adopción, como ha establecido la misma jurisprudencia constitucional y ordinaria; y porque, aunque se admitiera esa aplicación del principio de igualdad, la norma constitucional no impide que el testador se aparte del mismo. Lo he argumentado extensamente en el comentario a la misma: “La sustitución fideicomisaria”, cit., pp. 449-471. Una cosa es que a partir de los pronunciamientos previos sobre algunos casos parecidos del mismo TS, del TC y del TEDH, la STS 1 marzo 2013 prácticamente se viera abocada a resolver como resolvió, y otra que sus argumentos resulten convincentes por respetar las instituciones en juego, e incluso que sean coherentes con el conjunto de la jurisprudencia. Sobre la cuestión: BARBER CARCAMO, R.: *La filiación*, cit., pp. 53 y ss.

el momento de incumplimiento de la carga tiene importancia, pero no porque en él se abra la sucesión, sino por otro motivo que explicaré más tarde.

El segundo comentario toca ya a la sustancia del argumento: ¿resulta sensato y posible en nuestro sistema diferenciar entre casos de proceso sucesorio consolidado o agotado, y sucesiones en que los efectos de la sucesión no se hayan agotado? Resulta muy discutible el empleo de un término tan escasamente técnico dentro del Derecho de sucesiones, y el insoportable casuismo a que ello nos conduciría, pero la cuestión debe examinarse con más detenimiento³⁵.

Se ha afirmado que la terminología de “sucesión no agotada antes de la entrada en vigor de la Constitución”, se inspira en la DT 2.^a LOTC que permite interponer recurso de amparo contra las disposiciones, resoluciones o actos anteriores a la CE, siempre “que no hubiesen agotado sus efectos”³⁶, si bien en realidad la fecha que menciona esta DT no es la de entrada en vigor de la CE, sino “el día en que quede constituido el Tribunal”.

Por otra parte, algún autor que se ha ocupado de la cuestión propone tres supuestos diversos en que la sucesión no se encontraría agotada³⁷:

a) En primer lugar, si se produce un llamamiento sucesivo tras la entrada en vigor de la CE porque el inicial llamamiento no se llegó a consumir o resultó frustrado. Es este el supuesto de la STS a la que ahora nos estamos refiriendo³⁸;

b) En segundo lugar, si la aceptación de la herencia por todos los herederos no se ha producido hasta después de la entrada en vigor de la Constitución;

c) En tercer lugar, si la aceptación de la herencia ha sido solamente tácita, se debe considerar que la herencia todavía no está agotada al entrar en vigor la CE.

35 Para FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: “Igualdad de los hijos en sucesiones abiertas (pero no agotadas) antes de la entrada en vigor de la Constitución”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2017 parte Doctrina (cito por Aranzadi digital, BIB 2017, 10978): “podemos concluir que la Constitución debe aplicarse a sucesiones que en el momento de su entrada en vigor se encontraban abiertas, pero todavía no agotadas. Otra cosa es qué significa exactamente que una sucesión no está agotada. La respuesta no siempre es clara, y en ocasiones parece un simple expediente para poder aplicar el artículo 14 CE. No me parece mal, pero para eso es necesario contar con un criterio objetivo, pues no todas las sucesiones preconstitucionales deben poder ser revisables”. Pero vid. supra la nota 29 para otras opiniones que me parecen más seguras. Pienso que inventar categorías como la del agotamiento de la sucesión como un expediente para modificar las previsiones del ordenamiento constituye una equivocación.

36 Así FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: “Igualdad”, cit.

37 Íbid.

38 Íbid., entiende que también sería este el caso “del llamamiento sucesivo al fideicomisario por fallecimiento del fiduciario en la sustitución fideicomisaria”, que se produjo en el supuesto enjuiciado por la STS 1 marzo 2013 (JUR 2013, 310039); si bien con anterioridad había dicho, haciéndose eco de mi opinión que entiendo correcta, que en este último caso “la no discriminación de los hijos por razón de nacimiento se debe aplicar a los derechos sucesorios nacidos ‘ex lege’, pero no a las demás disposiciones gratuitas del testador”.

En mi opinión, el debate o la duda acerca de la aplicación de la igualdad constitucional no es igualmente admisible en todos estos supuestos. En particular, me parece por completo rechazable entender que la aceptación tácita no produce un agotamiento de la relación sucesoria, porque se trata de un mecanismo de aceptación perfectamente equiparable a la aceptación expresa. Distinguir entre los efectos de ambas me parece equivocado. El argumento de que dicha aceptación es válida, pero que “el interés que protege la aceptación tácita no es el del heredero que querría seguir poseyendo sin aceptar expresamente, sino el del tercero (acreedor, legitimario) que necesita un heredero claro al que poder reclamar su derecho”³⁹, no está fundamentado en las normas, por lo que me parece una afirmación gratuita que no es suficiente para atribuir a la aceptación tácita una consecuencia de tal gravedad.

Y tampoco entiendo la razón de exigir que la aceptación deba realizarse por todos los coherederos antes de la entrada en vigor de la CE: y ello con independencia de quiénes se entienda incluidos en este “todos”. Si se considera en el sentido del voto particular de la STS 29 abril 2015⁴⁰ ya he explicado antes las razones que me mueven a rechazar esa idea. Pero, incluso, aunque se entendiera esta opinión en el sentido de que todos los llamados a la herencia de acuerdo con la norma vigente en el momento de la apertura deben haber aceptado antes de la entrada en vigor de la CE, también me parecería rechazable. La razón para ello es que la falta de aceptación por alguno, si es que como es normal juega el derecho de acrecer entre los llamados, no afecta de ningún modo a la adquisición de la herencia. Pero es que ni siquiera la fecha de aceptación me parece relevante si ninguno de los llamados hubiera aceptado antes de la entrada en vigor de la CE, sino después: abierta la sucesión los llamados adquieren el derecho a aceptar o repudiar, y esa manifestación de voluntad contará con efectos retroactivos y eso debe considerarse suficiente para consolidar la sucesión. Introducir en esta materia un elemento de discusión e incerteza como sería el de la fecha de la aceptación, especialmente si es tácita, me parece que está lejos de haber sido admitido por nuestras normas de derecho transitorio; interpretar así el sistema es hacer un flaco favor a la seguridad jurídica que está en la base de estas normas sobre la sucesión de leyes en el tiempo.

Por tanto, solamente me parece posible debatir sobre la aplicación de la igualdad al caso en que se produce un llamamiento sucesivo porque el inicial no se llegó a consumir o resultó frustrado, y el hecho causante de la frustración y del segundo llamamiento tiene lugar después de la entrada en vigor de la Constitución. Esto es, la duda sobre la aplicación del principio de igualdad existe efectivamente en

³⁹ Así Fajardo Fernández, J.: “Igualdad”, cit.

⁴⁰ STS 29 abril 2015 (RJ 2015, 1918): fue impugnada ante el TC en el recurso que concluyó por la STC 105/2017 de 18 de septiembre (RTC 2017, 105).

el concreto y singular supuesto de la STS I junio 2016 comentada. No obstante, incluso aunque aceptara la solución práctica a la que llega la misma, seguiría discrepando del uso en esta materia de la confusa terminología de sucesión agotada o no agotada, que únicamente puede ser fuente de litigios y de graves dudas para otros futuros casos que se plantearan.

En mi opinión la solución del caso concreto acabado de indicar debería abordarse más bien desde el concepto central del derecho transitorio aceptado por nuestro Código civil, que es el de derecho adquirido. Las normas de derecho transitorio se construyen a partir de esa idea capital, como demuestra el propio CC, que comienza su regulación transitoria afirmando que “Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo”⁴¹.

En mi opinión, el supuesto excepcional del caso merece ponderación a la luz de este principio general, principio que podría complementar la interpretación de la norma de transitoriedad en materia sucesoria. En suma, esta última (DT 8ª Ley 11/1981) se puede quizá entender en el sentido siguiente: si las variaciones de régimen jurídico introducidas por el principio constitucional de igualdad no perjudican derechos sucesorios ya adquiridos, carece de sentido empeñarse en aplicar en la actualidad la norma preconstitucional con el apoyo en que era la vigente en el momento de apertura de la sucesión. De este modo se podría sostener, en efecto, que resulta incompatible con el principio de igualdad constitucional, que en el caso de que un derecho sucesorio haya decaído después de la entrada en vigor de la CE y se busque sucesor dentro de las normas de la sucesión intestada, desplazemos de esta sucesión a un descendiente extramatrimonial con dos únicos fundamentos: que la norma vigente en el momento de apertura de la sucesión no le reconocía derechos sucesorios; y que la eficacia retroactiva de la aceptación de los llamados construye la ficción de que la adquisición de los derechos sucesorios por los mismos se produjo en la época preconstitucional. En realidad, la adquisición que se produjo en esa época fue la testamentaria sometida a condición; cuando, muchos años más tarde, la institución hereditaria decayó, resultaría injustificable entender que la adquisición legal supletoria constituye propiamente un derecho adquirido antes de la entrada en vigor de la CE. Otra solución sería ir demasiado lejos en la interpretación del sistema de derecho transitorio, cuando este se fundamenta sobre el concepto de derecho adquirido.

41 Estamos de acuerdo nuevamente con la opinión de HORNERO MÉNDEZ, C.: “Si el ‘señorito’”, cit., sobre la DT 8ª de la Ley 11/1981: “el legislador, aunque no lo diga expresamente, parte de la idea de que estas son situaciones la mayoría de las veces consolidadas y agotadas y que aplicarles retroactivamente una norma (como la de 1981) no haría más que perturbar titularidades y derechos adquiridos, es decir, que permitiendo esta posibilidad, mediante una retroactividad que debería ser máxima o absoluta, se estaría atentando contra la seguridad jurídica (también consagrada constitucionalmente en el art. 9.3 CE)”.

De este modo la solución del caso desde la aplicación de la legalidad ordinaria conectaría mejor tanto con el criterio de nuestro TC acerca del significado de la irretroactividad, como con la interpretación que en materia de igualdad por razón de la filiación y sus posibles límites hace el TEDH.

En efecto, para el supremo intérprete de nuestra CE, en tesis muy reiterada, la retroactividad debe ser "entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir"⁴². O como explicó la STC 99/1987, de 11 de junio: "la doctrina -y la práctica- de la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto, y no los pendientes, futuros, condicionados y expectativas"⁴³.

A la luz de este concepto de retroactividad, podríamos fácilmente concluir que las expectativas de las sucesoras intestadas en el caso objeto de examen por la STS 1 junio 2016 no pueden calificarse como auténticos derechos adquiridos, sino expectativas dependientes de una condición testamentaria, y que ello justificaría la solución que se le ha dado al litigio; que se puede fundamentar mejor en los preceptos de derecho transitorio que consagran el concepto de derecho adquirido, que en la criticada concepción de la sucesión no agotada.

Asimismo, puede apoyarse la solución de esta STS 1 junio 2016 en la jurisprudencia del TEDH sobre la igualdad entre los diferentes tipos de filiación.

De entrada, es aceptable, desde el punto de vista de la jurisprudencia específica sobre la igualdad en la filiación, que los diferentes ordenamientos prevean sistemas de derecho transitorio que defiendan los derechos sucesorios adquiridos. Así por ejemplo la STEDH 23 marzo 2017⁴⁴: "la protección de los derechos adquiridos puede servir a los intereses de la seguridad jurídica, que es parte del concepto del estado de derecho y por tanto, un valor subyacente del Convenio (...) Además, los Estados tienen el derecho de promulgar disposiciones transitorias"⁴⁵.

Pero, no obstante, el sistema de derecho transitorio que se adopte conoce algún importante límite: "la protección de las legítimas expectativas del difunto y

42 STC 42/1986, de 10 de abril (RTC 1986, 42).

43 STC 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987, 99). En el mismo sentido SSTC 70/1988, de 19 de abril (RTC 1988, 70) y 97/1990, de 24 de mayo (RTC 1990, 97). Y, más recientemente, SSTC 61/2016, de 17 de marzo (RTC 2016, 61); 42/2016, de 3 de marzo (RTC 2016, 42) y muchas otras.

44 STEDH 23 marzo 2017 (TEDH 2017, 38), apartados 60 y 61.

45 Advierto, no obstante, que como casi siempre sucede en la jurisprudencia de este tribunal, las diferencias entre los ordenamientos hacen que el interés para resolver la cuestión tal como se plantea en España deba buscarse más en los principios que en los detalles.

de sus familias, debe estar subordinado al imperativo de la igualdad de trato de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio”⁴⁶. Pero todavía esta es una afirmación algo genérica en su aplicación concreta, pues naturalmente la apreciación de la justificación de la norma que se proponga la protección de la seguridad a la luz del principio de igualdad debe hacerse en cada caso: no todas las normas respetarán una razonable relación de proporcionalidad entre ambos principios de solución.

Otra idea que puede ayudar en el litigio que fue objeto de consideración por la STS I junio 2016 viene dado por esta afirmación jurisprudencial del TEDH: cuando “los derechos de diferentes personas protegidos por el Convenio deben ser ponderados, el Tribunal considera que el resultado de la demanda, en teoría no debería variar en función del sujeto que presente la demanda, si es el hijo ‘ilegítimo’ privado de sus derechos de sucesión en virtud de la legislación interna, o es otro heredero presuntamente privado de sus derechos”⁴⁷.

Finalmente, también añade el TEDH que “si los derechos de herencia de la familia del difunto han adquirido fuerza legal y ya no se pueden cambiar en virtud de la legislación nacional, no es necesario anular una decisión firme (...). Si, por el contrario, los derechos de sucesión de la familia del difunto todavía pueden ser impugnados en la legislación nacional y por tanto las posiciones legales a proteger sólo son ‘relativas’, los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio deben ser exigibles en la misma forma que cualquier otro derecho de terceros”⁴⁸.

A la luz de todo ello, es posible defender que la solución de la STS I junio 2016⁴⁹ sea adecuada bajo la perspectiva de la jurisprudencia europea; en efecto, las exigencias que plantearía en el caso la seguridad de los derechos adquiridos son absolutamente tenues y difícilmente permitirían aplicar la norma preconstitucional. En realidad, la disputa judicial se plantea a partir del año 2001 entre los colaterales de la causante, matrimoniales y no matrimoniales, y ninguno de ellos había adquirido los derechos sucesorios cuando la sucesión se abrió, sino unas simples expectativas bastante remotas. Solamente, muchos años más tarde, a partir del incumplimiento de la condición testamentaria, es cuando esperan poder adquirir. Entiendo que establecer ahora diferencias entre los litigantes, en función de la respectiva condición, matrimonial o no, de su filiación resultaría difícilmente justificable desde los principios enunciados por la jurisprudencia europea.

46 STEDH 23 marzo 2017 (TEDH 2017, 38), apartado 59.

47 STEDH 23 marzo 2017 (TEDH 2017, 38), apartado 65.

48 STEDH 23 marzo 2017 (TEDH 2017, 38), apartado 64. Vid., también, sobre toda esta materia S TEDH 9 febrero 2017 (TEDH 2017, 19) y 7 febrero 2013 (JUR 2013, 35557). Para la jurisprudencia europea anterior, resulta de interés el tratamiento que hace la SAP Barcelona 19 marzo 2010 (JUR 2010, 164023) en su FD tercero, que recoge argumentos que, a mayor abundamiento, apoyarían la solución adoptada en la ‘litis’. Aunque la descripción de la jurisprudencia europea que hace esta SAP sea buena, su aplicación al caso no me convence y resulta innecesaria, pues la solución del litigio era mucho más clara a causa del allanamiento de los demandados.

49 STS I junio 2016 (RJ 2016, 2319).

Llegados a este punto puedo ya concluir volviendo la mirada al supuesto con el que comenzaban estas páginas, mucho más general que el tratado por la STS 1 junio 2016, y que por eso se repite con frecuencia: el de la STS 17 octubre 2016⁵⁰, que se refería a una herencia abierta en 1908. Respecto de los casos de este tenor, aunque encontráramos, cosa que no creo, en la jurisprudencia del TEDH argumentos concluyentes contra el criterio adoptado por nuestra legislación y jurisprudencia acerca del derecho transitorio aplicable a las sucesiones, siempre tendríamos otro obstáculo invencible contra la aplicación retroactiva de la igualdad. Ya lo he indicado algo más atrás: transcurridos tantos años desde la apertura de la sucesión, la determinación actual de la filiación (matrimonial o no, con exquisita igualdad) no abriría el acceso a las acciones sucesorias, bien fuera por prescripción extintiva de las acciones hereditarias o por usucapión de los bienes del causante. Así las cosas, sigo creyendo, igual hoy que cuando comencé hace años a ocuparme de este tema, que no cabe la revisión actual de esas sucesiones preconstitucionales por importante que sea el principio de igualdad aplicado a la filiación. En este sentido concuerdo con la doctrina jurisprudencial consolidada en España, que debería mantenerse también en el futuro, y discrepo de las opiniones discordantes sobre la misma, en los términos que he expuesto en estas páginas.

50 STS 17 octubre 2016 (RJ 2016, 4939).

BIBLIOGRAFÍA

APDC: *Propuesta de Código Civil. Libros quinto y sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

BARBER CÁRCAMO, R.: *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Reforma constitucional de la legítima y problemas de Derecho transitorio", *Boletín de Información Ministerio de Justicia e Interior*, Información General, 1995, pp. 3913-3949.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Reforma constitucional de la filiación, preterición y problemas de Derecho Transitorio. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995", *Anuario de Derecho Civil*, 1997, pp. 377-412.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Efectos de la determinación de la filiación no matrimonial sobre la sucesión del progenitor fallecido antes de la Constitución del 78. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2389)", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006, pp. 381-397.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Interpretación del testamento y principio constitucional de igualdad. Consideraciones acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril de 2010 (BOE núm. 129, de 27 de mayo de 2010)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, pp. 229-260.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "La prescripción extintiva y la caducidad: del Código Civil al Código Civil de Cataluña", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel* (Luis Díez-Picazo, coordinador), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1241-1268.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "La sustitución fideicomisaria y la aplicación imperativa del principio constitucional de igualdad: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2013 (RJ 2013, 7414)", *Revista de derecho patrimonial*, núm. 35, 2014, pp. 449-471.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "La determinación judicial de la filiación y la jurisprudencia sobre la prescripción en las acciones sucesorias", en AA. VV., *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 473-494.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril de 2010 (testador y principios constitucionales)", en *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil* (coord. Martínez Vázquez de Castro/Escribano Tortajada), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 621-664.

FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: "Igualdad de los hijos en sucesiones abiertas (pero no agotadas) antes de la entrada en vigor de la Constitución", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2017 parte Doctrina (cito por Aranzadi digital, BIB 2017\10978).

HORNERO MÉNDEZ, C.: "Si el 'señorito' falleció antes de la constitución de 1978, el 'hijo' de la 'criada' no será heredero: filiación no matrimonial y sucesión abierta (y consumada)", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40/2016 (consultada en Aranzadi digital).

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, BOE, Madrid, 2016.

VITERI ZUBIA, I.: "Aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación a relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución por el acaecimiento de distintas vocaciones hereditarias y delaciones de la herencia", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 104/201 (cito por la base de datos Aranzadi digital: BIB\2017\12556).