

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)*

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

Revista de Derecho Patrimonial 35
Septiembre – Diciembre 2014
Págs. 449 - 471

RESUMEN: Para la Sentencia la sustitución fideicomisaria a favor de descendientes legítimos, en virtud de la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad entre los hijos implica que dicha sustitución beneficia a los hijos adoptivos. En opinión del autor el principio de igualdad no resulta de aplicación en este caso.

Términos significativos: Sustituciones fideicomisarias. Adopción. Principio constitucional de igualdad entre los hijos. Interpretación del testamento.

ABSTRACT: According to the judgment, fiduciary substitution in favor of legitimate descendants under the retroactive application of the constitutional principle of equality amongst children, implies that the referred substitution benefits also adopted children. In the author's opinion the principle of equality does not apply in this case.

Key words: Fiduciary substitutions. Adoption. Constitutional principle of equality amongst children. Interpretation of the will.

Civil

Ponente: Excmo Sr. Francisco Javier Orduña Moreno

SUCESIÓN TESTAMENTARIA: SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: hijos o descendientes del fideicomisario, adoptado en su día en adopción simple,

* El presente trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de Investigación *Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado* (VI) DER 2012-34028 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, del que el autor es investigador principal.

que premurió al fiduciario y padre adoptante, el cual recibió la herencia del fideicomitente causante con el gravamen de conservar y transmitir los bienes de la misma, en cuanto a los tercios de mejora y libre disposición, a sus respectivos hijos y descendientes legítimos: aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación, respecto de relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución: naturaleza de la sustitución fideicomisaria en la dinámica del proceso sucesorio: el fideicomisario adoptado adquirió su derecho hereditario desde la muerte del testador fideicomitente, transmitiendo dicho derecho a sus herederos tras su propia muerte. sin embargo, dicha transmisión no operó la consumación o consolidación de la situación sucesoria creada y, con ella, la definitiva adquisición de la herencia, al quedar sujeta tanto a la muerte del heredero fiduciario adoptante, que murió con posterioridad al heredero fideicomisario adoptado, como la aceptación de la herencia fideicomisaria por sus propios herederos, como titulares del derecho hereditario objeto de transmisión: proceso adquisitivo, abierto y todavía no consolidado; no puede estimarse que en la declaración formal testamentaria del fideicomitente haya lugar a duda, o cuestión interpretable, acerca de la voluntad realmente querida que de lugar a una interpretación integrativa sobre la base de una nueva realidad social prevista o asumida por el testador; no resulta acertada la equiparación del presente caso con los supuestos de sustituciones fideicomisarias de tipo condicional, particularmente de la modalidad «si sine liberis decesserit», pues el testador no toma la descendencia como objeto de condición, propiamente dicha, sino como presupuesto lógico del «ordo sucesivus» ordenado en la sustitución fideicomisaria, «a la muerte de los hijos del testador pasarán a los hijos y descendientes que dejare cada uno».

Disposiciones estudiadas: CE, artículos 14 y 39.2; CC (redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958), artículos 174, 178, y 180; CC, artículos 675, 759, 784; Ley de Adopción de 1987, disposición transitoria segunda.

HECHOS

Transcribimos íntegramente los relatos en el FD PRIMERO:

1. La cuestión de fondo que plantea el presente caso gira en torno a si procede considerar herederos por sustitución fideicomisaria a los actores, hoy recurridos, como hijos o descendientes del fideicomisario, adoptado en su día en adopción simple, que premurió al fiduciario y padre adoptante, el cual recibió la herencia del fideicomitente causante con el gravamen de conservar y transmitir los bienes de la misma, en cuanto a los tercios de mejora y libre disposición, a sus respectivos hijos y descendientes legítimos. Para los demandantes, hoy recurrentes, la eficacia derivada de esta adopción simple excluye los posibles derechos sucesorios de los actores con la familia del adoptante, pues el artículo 178 del Código Civil, en la redacción que le dio la ley de 24 de abril de 1958, es concluyente en este sentido.

2. A los efectos que aquí interesan, la sucesión del causante fideicomitente, don Roque, quedó ordenada en su testamento de 1 de marzo de 1935,

resultando aplicables sus cláusulas séptima, octava y novena, con el siguiente tenor:

SÉPTIMA: Lega a sus hijos don Celso y don Carlos Alberto, por iguales partes y con derecho de acrecer entre sí, el remanente que quedare del tercio de libre disposición de su herencia.

OCTAVA Mejora a sus hijos don Celso y don Carlos Alberto iguales partes y con derecho a acrecer entre sí, en el tercio de su herencia destinado por la ley a este fin de mejora.

NOVENA: El legado y la mejora en favor de sus dos hijos don Celso y don Carlos Alberto, objeto de ordenación en las precedentes cláusulas séptima y octava, se hacen con la limitación de que no podrán disponer de la porción de bienes que por ambos conceptos les corresponda cuyos bienes a la muerte de los hijos del testador pasarán a los hijos y descendientes que dejare cada uno, y en su defecto a su hermano, o sobrinos, hijos del hermano que hubiere fallecido, en su representación. Es decir que falleciendo su hijo, don Celso le sucederán sus hijos y descendientes legítimos, y si no tuviera ninguno su hermano don Carlos Alberto, representando a este, si hubiere fallecido, los descendientes que haya dejado; y lo mismo acontecerá en el caso de morir don Carlos Alberto quien falleciendo con hijos y descendientes le sucederán estos y careciendo de ellos su hermano don Celso o los descendientes de este si a la sazón hubiere fallecido.

3. En síntesis, en el iter procesal, la Sentencia de Primera Instancia estima íntegramente la demanda al considerar al hijo adoptivo como igual al legítimo y al natural conforme a la interpretación de la Jurisprudencia y del Tribunal Constitucional. Es recurrida en apelación por los demandados.

La Sentencia de Segunda Instancia, rechaza el recurso presentado por doña Flor y doña Concepción porque considera que la fecha en que se produce la sucesión testamentaria no es cuando fallece el hijo adoptivo sino cuando fallece el causante adoptante, es decir, en 1991, fecha en que por efecto de la CE todos los hijos son igualados a efectos sucesorios. Rechaza igualmente el recurso presentado por Don Oscar que mantenía que el adoptado, por la fecha de la adopción, solo tenía derecho en la herencia del adoptante a los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, considerando que la igualdad de la filiación ha equiparado las adopciones a efectos sucesorios a fin de evitar discriminaciones por causa del origen de la filiación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

Sustitución Fideicomisaria: interpretación testamentaria de la expresión «hijos y descendientes legítimos» conforme a los cambios sociales y los principios constitucionales. Limitación de la interpretación integrativa: criterios delimitadores.

SEGUNDO.—1. Desistiendo del recurso de casación las recurrentes doña Flor y doña Concepción, el recurso de casación de don Oscar, al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC, se articula en seis motivos. En el primer motivo se denuncia la infracción por la sentencia recurrida del último párrafo del artículo 174 CC en su redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958, por cuanto el hijo adoptivo D. Rodrigo, por vía de adopción no tenía parentesco con la familia del adoptante D. Roque, en cuyo testamento de 1935 se estableció la sustitución fideicomisaria que se discute en este pleito. En el segundo motivo se alega la infracción por no aplicación en la sentencia recurrida del último párrafo del artículo 180 CC en su redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958, al establecer que el hijo adoptivo solo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción (en nuestro caso la mitad de sus bienes), se trata de un heredero voluntario que no trasmite ningún derecho a sus herederos, pues fallece el 1 de febrero de 1975, dieciséis años antes de su padre adoptivo y antes de la vigencia de la Constitución Española de 1978. En el tercer motivo se denuncia la infracción por no aplicación en la sentencia recurrida de la disposición transitoria segunda de la Ley de Adopción de 1987 al no tener en cuenta la sentencia que las adopciones menos plenas subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior. En el cuarto motivo se alega la infracción por no aplicación en la sentencia recurrida del artículo 990, 997, párrafo 3º del artículo 999, y apartado 1º del artículo 1000 del CC sobre la aceptación de la herencia y del artículo 7-1 del mismo cuerpo legal sobre el principio de la buena fe comprensivo de la doctrina de los propios actos, pues pese a reconocer que han realizado actos de disposición sobre bienes del fideicomiso, no aplica los efectos establecidos en estos preceptos legales sobre la aceptación de la herencia (imposibilidad de aceptación parcial, irrevocabilidad de la aceptación, aceptación tácita y aceptación de la herencia por actos de disposición). En el quinto motivo se denuncia la infracción por no aplicación en la sentencia recurrida del párrafo primero del artículo 675 CC, sobre la interpretación literal de los testamentos, que en este caso no ofrece lugar a duda. Por último, en el sexto motivo se alega la infracción por aplicación indebida en la sentencia recurrida del artículo 933 CC sobre el derecho de representación que no es de aplicación a la actora y sus hermanos respecto de los bienes del fideicomiso porque su padre nunca tuvo derecho a estos bienes y quien nada adquiere nada puede transmitir.

En el presente caso, y por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos deben ser desestimados.

2. Respecto a los motivos centrales del recurso, esto es, los que impugnan directamente la existencia de derechos hereditarios desde la ordenación dispuesta por el testamento de don Roque, motivos primero, segundo, tercero y quinto, la fundamentación de ambas Instancias se plantea, principalmente y metodológicamente, desde la perspectiva de la interpretación testamentaria en orden a la nueva realidad social tras la entrada en vigor de la Constitución Española, particularmente de la necesaria adaptación de la normativa civil al

principio de igualdad de trato sucesorio a todos los hijos, sin discriminación de los adoptivos; sean por adopción plena o meramente simple.

Sobre esta perspectiva, y esto es lo relevante, se lleva a cabo una interpretación integrativa del testamento en donde la expresión utilizada por el testador en la sustitución fideicomisaria: «hijos y descendientes legítimos» (cláusula novena) resulta presuntamente adaptada a los principios y normativa plenamente constitucionales. En esta línea, en el contexto jurisprudencial, entre otras, se destaca la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 14 de julio de 2004 que declara que «la cláusula testamentaria debe ser interpretada y aplicada muchos años después de la muerte del testador, tras profundos cambios tanto en el ámbito social como económico y jurídico, de tal suerte que el juez no puede ignorar estas nuevas realidades y debe conferir a la disposición testamentaria el sentido más conforme con el derecho interno y con el Convenio Europeo de Derechos Humanos». Así como la especial relevancia para el presente caso de la STS de 29 septiembre 2006 (RJ 2006, 6513) (núm. 902, 2006), que establece que «la determinación de la verdadera intención del testador, que constituye el quicio de la interpretación de los testamentos, exige atenerse en principio a las circunstancias jurídicas y sociales del momento en que el testamento se dictó. Sin embargo, cuando se utilizan conceptos definitorios de carácter genérico y de contenido predominantemente jurídico, la interpretación del concepto no puede hacerse atribuyéndole consecuencias discriminatorias incompatibles con el alcance del concepto del momento en que es aplicado si no consta de manera suficiente que ésta fue la verdadera voluntad del testador, (y siempre que la cláusula testamentaria no resulte contraria a una norma imperativa o prohibitiva y deba ser considerada por ello nula), pues es legítimo presumir que el testador no tiene la intención de producir distinciones que puedan ser consideradas contrarias a los principios o valores que rigen básicamente en la sociedad, y que al otorgar su última voluntad, acepta la evolución natural de las concepciones sociales en sus aspectos fundamentales y las consecuencias inherentes a dicha evolución», añadiendo que «en efecto, a partir de la interpretación conforme a la Constitución de la Disposición Transitoria de la Ley 11/81 de 13 mayo, de Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/1987 (RTC 1987, 155) concluye que a partir de la Constitución se consagró en el ámbito de la filiación el principio de igualdad o no discriminación por razón de la clase de nacimiento o filiación, (ya sea matrimonial, extramatrimonial, o adoptiva) proclamado en los artículos 14 y 39 de la Constitución».

Por último, entre otras, se cita la STS de 18 de junio de 2002 SIC (RJ 2002, 5507) (núm. 669, 2002) que en relación a un supuesto de sustitución fideicomisaria de carácter condicional considera no aplicable el concepto de descendientes legítimos que resulta de la donación, sino el que debe aplicarse en el año 1990, momento en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria.

3. A juicio de esta Sala, y sin perjuicio de la validez general de dicha argumentación, su aplicación al presente caso resulta técnicamente incorrecta. La

razón de fondo no es otra que el propio marco normativo de la interpretación testamentaria que delimita el alcance que puede derivarse de la interpretación integrativa en orden a crear una disposición testamentaria atribuible al testador. Como tiene señalado esta Sala, STS de 20 de julio de 2012 (RJ 2012, 9001) (núm. 516, 2012): «En este ámbito, la interpretación viene presidida por la regla de la preponderancia de la voluntad real del testador, artículo 675 del Código Civil, del que se desprende que el resultado final de la interpretación debe de ser la fijación de la voluntad querida por el testador. Dicha fijación o averiguación, por lo demás, debe proyectarse en el plano de la declaración formal testamentaria que realiza el testador, y no el marco subjetivo de la interpretación de meras intenciones que pudiera encerrar su voluntad interna». De forma, que cuando los términos de la declaración testamentaria son claros y no dejan lugar a duda, es decir, cuestión interpretable, acerca de la voluntad realmente querida por el testador, la interpretación literal del testamento resulta tanto el punto de partida como el punto de llegada del curso interpretativo (STS 18 de mayo de 2012, núm. 294, 2012).

Con rigor técnico, en el presente caso, no puede estimarse que en la declaración formal testamentaria del fideicomitente haya lugar a duda, o cuestión interpretable, acerca de la voluntad realmente querida que de lugar a una interpretación integrativa sobre la base de una nueva realidad social prevista o asumida por el testador. En efecto, en primer término, porque la realidad social preponderante en la dinámica del proceso sucesorio y, por tanto, en el proceso interpretativo, ya como ámbito social propiamente dicho, o como ámbito jurídico, viene determinada por la muerte del causante, momento en que se produce la apertura de la sucesión y se inicia el complejo mecanismo del fenómeno sucesorio. Cuestión que, en el presente caso, se produce con la muerte de don Roque, el 22 de abril de 1935, teniendo plena vigencia el fundamento testamentario de la vocación hereditaria. En segundo término, porque en el ámbito del proceso interpretativo, y valorada la declaración formal testamentaria conforme a los diversos medios interpretativos (lógicos, sistemáticos y teleológicos), no se observa duda o cuestión interpretativa que deba integrarse o ser desenvuelta por la valoración judicial. Al respecto, en el propio contexto social y jurídico de la época, conforme a la declaración formal testamentaria, no puede estimarse, tal y como defiende el recurrente, que la precisión con que el testador dispone el «ordo sucessivus» de la sustitución fideicomisaria: «Es decir que falleciendo su hijo, don Celso le sucederán sus hijos y descendientes legítimos» (cláusula novena), resulte inexpresiva, ambigua o referida un concepto definitorio de carácter meramente genérico; por el contrario, su expresión lícita y usual para la época determinaba, frontalmente, la exclusión derivada de la denominada filiación ilegítima, y de toda aquella que no otorgase legítimos derechos sucesorios respecto del causante (supuesto, en su caso, de la adopción aplicable al antiguo artículo 180 del Código Civil, en su redacción dada en 1958, que limitaba los derechos del adoptado a su relación de parentesco con el adoptante, pero no con la familia del adoptante, y solo respecto de los pactados en la escritura de adopción). Obsérvese, en esta línea,

que la propia Sentencia citada de 29 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6513), se refiere a las circunstancias jurídicas y sociales del «momento en que se dictó el testamento» y condiciona la interpretación integrativa «a que no conste de manera suficiente la verdadera voluntad del testador».

En el presente caso, por tanto, la valoración integradora que se realiza judicialmente vulnera la voluntad realmente querida por el testador atribuyéndole, de forma presuntiva, una disposición testamentaria, de claro contenido abstracto e indeterminado, por la que hipotéticamente se atiende a una mera intención que subyació en la voluntad interna y no declarada del testador de aceptar y adaptar sus disposiciones testamentarias al desenvolvimiento de los cambios sociales, conforme a sus nuevas reglas y principios.

Por otra parte, tampoco resulta acertada la equiparación del presente caso con los supuestos de sustituciones fideicomisarias de tipo condicional, particularmente de la modalidad «*si sine liberis decesserit*» (llamamiento a una persona y sucesivamente a otra para el caso de que la primera muera sin hijos), pues el testador no toma la descendencia como objeto de condición, propiamente dicha, sino como presupuesto lógico del «*ordo sucessivus*» ordenado en la sustitución fideicomisaria, «a la muerte de los hijos del testador pasarán a los hijos y descendientes que dejare cada uno»; de suerte que el llamamiento de los fideicomisarios resulta cierto desde la muerte del testador fideicomitente, sin estar sujeto al cumplimiento de condición alguna. Cuestión, como veremos a continuación, de suma importancia para el presente caso, pues a diferencia de la sustitución fideicomisaria de tipo condicional (artículo 759 del Código Civil), en los fideicomisos ordinarios sujetos a término, supuesto que nos ocupa, los fideicomisarios adquieren sus derechos a la herencia desde la muerte del testador, transmitiendo dicho derecho a sus herederos si mueren antes que la restitución se opere (artículo 784 del Código Civil).

Aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (artículos 14 y 39 CE) respecto de relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución. Sustitución fideicomisaria y dinámica del proceso sucesorio y adquisitivo.

TERCERO.–1. De lo anteriormente expuesto se desprende que la fundamentación técnica del presente caso no puede sustentarse ni en una interpretación integrativa de la voluntad formalmente declarada y querida por el testador, equiparándose a estos efectos la descendencia biológica y legítima con la adoptiva, ni tampoco referenciando el proceso sucesorio de la sustitución fideicomisaria en el momento de la muerte del fiduciario adoptante como, en su caso, de la calificación condicional de la sustitución dispuesta.

Si esto es así, la corrección del sentido del fallo en el presente caso, esto es, el reconocimiento de los derechos hereditarios de los herederos del fideicomisario adoptado, descansa en la concurrencia de otras perspectivas metodológicas, estrictamente enlazadas entre sí, a saber: la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (artículos 14 y 39 CE), respecto de relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución, junto

con la peculiar naturaleza de la sustitución fideicomisaria en la dinámica del proceso sucesorio.

2. En efecto, en el juego de la retroactividad conviene tener en cuenta lo ya señalado por esta Sala, a propósito de la aplicación retroactiva del principio de igualdad en la sucesión de títulos nobiliarios (Disposición Transitoria Única, apartado tercero, LITN), Sentencia de Pleno de 3 abril 2008 (RJ 2008, 2943) (núm. 251/2008) en cuanto que: «la aplicación retroactiva (de dicha Ley) no es contraria al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 CE), pues la prohibición que se impone al legislador no comprende todos los derechos, ni siquiera los derechos adquiridos, sino que se refiere únicamente a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona [STS 42/1986, de 10 de abril (RTC 1986, 42), FJ 3] y a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio de la persona, en virtud de relaciones consagradas y situaciones agotadas, y no a los pendientes, futuros, condicionados o consistentes en expectativas [SSTC 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987, 99), FJ 6 b y 178/1989, de 2 de noviembre (RTC 1989, 178), FJ 9]»; conclusión que se ve reforzada cuando, fuera de la anterior prohibición, se pretende la aplicación directa del principio constitucional de igualdad o de no discriminación sobre realidades o situaciones sucesorias anteriores que no han resultado todavía consolidadas, agotadas, o consagradas plenamente en el proceso sucesorio.

Desde esta premisa, por tanto, la cuestión a dilucidar en el presente caso se plantea, primordialmente, en orden a determinar si la sustitución fideicomisaria dispuesta por el testador quedó o no configurada como una situación sucesoria, previamente consolidada o agotada, respecto del ejercicio de los derechos sucesorios de los herederos del fideicomisario adoptado. La respuesta, en cualquier caso, debe respetar la peculiar naturaleza y caracterización de esta figura en el proceso sucesorio, integrada en la estructura y unidad de la sucesión del causante fideicomitente, como llamamiento cierto o no condicionado que trae causa directamente del mismo y no del fiduciario que, a estos efectos, no transmite derecho sucesorio alguno que no estuviera ya en la esfera hereditaria del fideicomisario, STS de 30 de octubre de 2012 [núm. 624/2012 (RJ 2013, 2274)].

3. En este sentido, la peculiar naturaleza de la sustitución fideicomisaria determina el establecimiento de un orden sucesivo y cronológico en el proceso adquisitivo de la herencia o legado de que se trate, culminándose dicho proceso con la correspondiente restitución de los bienes hereditarios a los herederos fideicomisarios, sobre los que ya no pesa ninguna carga de conservación o restitución de los mismos.

En el presente caso, el fideicomisario adoptado adquirió su derecho hereditario desde la muerte del testador fideicomitente, transmitiendo dicho derecho a sus herederos tras su propia muerte (artículo 784 del Código Civil).

Sin embargo, dicha transmisión no operó la consumación o consolidación de la situación sucesoria creada y, con ella, la definitiva adquisición de la herencia, al quedar sujeta tanto a la muerte del heredero fiduciario adoptante, que murió con posterioridad al heredero fideicomisario adoptado, como la aceptación de la herencia fideicomisaria por sus propios herederos, como titulares del derecho hereditario objeto de transmisión, esto es, respecto de la restitución o deber de entrega de los bienes de la herencia a la muerte del heredero fiduciario, en el año 1991, como en relación a la aceptación tácita de los herederos del heredero fideicomisario implícita en la demanda de 10 mayo 1999, que inicia el presente litigio, y por la que declaran su condición de propietarios de los bienes hereditarios. Proceso adquisitivo, abierto y todavía no consolidado, en el que resulta pertinente la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (artículos 14 y 39 CE) respecto de sucesiones que aunque abiertas con anterioridad a la Constitución, no obstante como es del caso, no han consolidado o agotado el proceso sucesorio y adquisitivo derivado.

4. Respecto a la formulación del motivo cuarto del recurso, tal y como argumenta la parte recurrida, debe señalarse que la disposición de los derechos hereditarios realizada por los herederos del fideicomisario adoptado respecto de algunos bienes de la herencia, como hecho indubitado de su aceptación, no supone ningún obstáculo legal para el ejercicio facultativo de la defensa de sus intereses en orden a la impugnación de la partición llevada a efecto sin que ello suponga, por tanto, la vulneración del principio general de buena fe que sancione ir contra los actos propios. En relación con el sexto motivo, y con independencia de la concurrencia de los presupuestos de aplicación del derecho de representación (artículo 924 y siguientes del Código Civil), debe tenerse en cuenta, como se ha señalado, que técnicamente la transmisión de los derechos hereditarios del fideicomisario adoptado a sus propios herederos se produjo tras su muerte por aplicación directa del artículo 784 del Código Civil.

CUARTO.—Desestimación del recurso y costas.

1. La desestimación de los motivos formulados comporta la desestimación del recurso de casación.

2. Por aplicación de los artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación, dadas las serias dudas de Derecho que presenta el caso respecto de la complejidad de las perspectivas metodológicas de aplicación.

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Oscar contra la Sentencia dictada, con fecha

18 de noviembre de 2009, por la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2ª, en el rollo de apelación núm. 270/2009.

2. No ha lugar a casar por los motivos fundamentados la Sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

COMENTARIO

SUMARIO. I. LOS HECHOS Y LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA. II. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO. III. LA CONSTITUCIÓN NO IMPONE QUE LA ADOPCIÓN SIMPLE O MENOS PLENA PRODUZCA LOS MISMOS EFECTOS SUCESORIOS QUE LA FILIACIÓN POR NATURALEZA. IV. NUESTRA LEGISLACIÓN TAMPOCO CONSIDERA QUE LAS ADOPCIONES CON EFECTOS JURÍDICOS DÉBILES CONTRAVENGAN LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL. V. CONCLUSIONES.

I. LOS HECHOS Y LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA

La sucesión del fideicomitente, Roque, fallecido al mes siguiente de otorgar testamento, se rige por uno de fecha 1 de marzo de 1935, en el que se contenían las siguientes cláusulas controvertidas:

a) El legado a sus hijos Celso y Carlos Alberto, por iguales partes y con derecho de acrecer entre sí, del remanente del tercio de libre disposición de su herencia.

b) La mejora a sus referidos hijos por iguales partes y con derecho a acrecer entre sí, en el tercio de su herencia destinado por la ley a la mejora.

c) Tanto el legado como la mejora se hicieron con la limitación de que los instituidos no podrían disponer de los bienes que por estos conceptos les correspondieran, ya que dichos «bienes a la muerte de los hijos del testador pasarán a los hijos y descendientes que dejare cada uno, y en su defecto a su hermano, o sobrinos, hijos del hermano que hubiere fallecido, en su representación. Es decir que falleciendo su hijo, don Celso le sucederán sus hijos y descendientes legítimos, y si no tuviera ninguno su hermano don Carlos Alberto, representando a este, si hubiere fallecido, los descendientes que haya dejado; y lo mismo acontecerá en el caso de morir don Carlos Alberto quien falleciendo con hijos y descendientes le sucederán estos y careciendo de ellos su hermano don Celso o los descendientes de este si a la sazón hubiere fallecido».

Uno de los hijos del testador, concretamente Celso, había adoptado en forma menos plena en una fecha indeterminada en la STS, pero en todo caso posterior a la Ley de reforma del Código Civil de 1958. La duda que se va a plantear en el litigio es si los bienes van a seguir perteneciendo a la estirpe encabezada por Celso; es decir, si el adoptado en forma menos plena puede

considerarse hijo legítimo a los efectos de que, a tenor de lo dispuesto en el testamento, los bienes sigan en su estirpe; o si, más bien, los bienes recibidos hacen tránsito a la otra línea, la encabezada por Carlos Alberto, de acuerdo con la previsión testamentaria que preveía que a falta de descendientes legítimos, los bienes debían cambiar de línea. Celso falleció en el año 1991; su hijo adoptivo lo había hecho previamente, en 1975.

Se ha dicho con exactitud que en el testamento nos encontramos con dos sustituciones fideicomisarias: son fiduciarios cada uno de los dos hijos del causante y fideicomisarios sus respectivas estirpes legítimas; o bien, caso de faltar, la estirpe legítima del otro hijo. Como se puede apreciar estas sustituciones en parte son puras: porque en lo que se refiere a la descendencia de cada fiduciario efectivamente no se aprecia que exista condición alguna; pero en parte son condicionales: respecto al llamamiento al hermano de cada fiduciario en caso de que el otro no tenga descendencia, pues el llamamiento es «si sine liberis decesserit» (IMAZ ZUBIAUR, «Comentario a la STS 1 marzo 2013», *CCJC*, 94, 2014, p. 147).

Por este motivo no habría obstáculos para que se pudiera aplicar el artículo 784 CC con ocasión de la premuerte del adoptado con relación al adoptante, Celso. En este sentido es cierto que, como dice la STS «el testador no toma la descendencia como objeto de condición, propiamente dicha, sino como presupuesto lógico del “ordo sucessivus” ordenado en la sustitución fideicomisaria, “a la muerte de los hijos del testador pasarán a los hijos y descendientes que dejare cada uno”; de suerte que el llamamiento de los fideicomisarios resulta cierto desde la muerte del testador fideicomitente, sin estar sujeto al cumplimiento de condición alguna. Cuestión, como veremos a continuación, de suma importancia para el presente caso, pues a diferencia de la sustitución fideicomisaria de tipo condicional (artículo 759 CC), en los fideicomisos ordinarios sujetos a término, supuesto que nos ocupa, los fideicomisarios adquieren sus derechos a la herencia desde la muerte del testador, transmitiendo dicho derecho a sus herederos si mueren antes que la restitución se opere (artículo 784 CC)».

Otra cosa será que el adoptado pueda cumplir con el requerimiento testamentario de ser sucesor legítimo, y por tanto transmitir el derecho a la herencia a sus sucesores. Para la STS es posible, por aplicación de la igualdad constitucional que impide discriminar a los hijos en razón de su nacimiento, pero nosotros discrepamos de esa valoración que nos parece escasamente fundamentada.

En el presente comentario se abordan solamente dos de las cuestiones que se encuentran desarrolladas argumentativamente por la STS, pues se entiende que son las más determinantes en nuestro caso, si bien hay que indicar que hay otros muchos asuntos conexos a los que se tendrá que hacer alusión.

En primer lugar, trataremos si es admisible realizar una interpretación o integración del testamento que se dirija a afirmar la igualdad de los hijos adoptivos con los legítimos en cuanto a la cláusula de sustitución fideicomisaria controvertida.

Sobre ello, dice muy correctamente la STS objeto de nuestro comentario que «en el presente caso, no puede estimarse que en la declaración formal testamentaria del fideicomitente haya lugar a duda, o cuestión interpretable, acerca de la voluntad realmente querida que de lugar a una interpretación integrativa sobre la base de una nueva realidad social prevista o asumida por el testador».

Todo lo contrario, como la propia STS tiene ocasión de afirmar más adelante: «no se observa duda o cuestión interpretativa que deba integrarse o ser desenvuelta por la valoración judicial. Al respecto, en el propio contexto social y jurídico de la época, conforme a la declaración formal testamentaria, no puede estimarse, (...) que la precisión con que el testador dispone el “ordo successivus” de la sustitución fideicomisaria: (...) resulte inexpresiva, ambigua o referida un concepto definitorio de carácter meramente genérico; por el contrario, su expresión lícita y usual para la época determinaba, frontalmente, la exclusión derivada de la denominada filiación ilegítima, y de toda aquella que no otorgase legítimos derechos sucesorios respecto del causante (supuesto, en su caso, de la adopción aplicable al antiguo artículo 180 del Código Civil, en su redacción dada en 1958, que limitaba los derechos del adoptado a su relación de parentesco con el adoptante, pero no con la familia del adoptante, y solo respecto de los pactados en la escritura de adopción)».

Podemos adelantar nuestro juicio positivo sobre esta parte de la argumentación, que corrige frontalmente el criterio de la STC 9/2010. Por tanto en cuanto a la innecesidad de interpretación o integración del testamento, la solución de la STS resulta acertada, ya que se atiene al criterio que debe tomarse en consideración, que no es otro que la voluntad del testador. Pero, quizá esta diversidad de criterio de dos órganos tan importantes pueda resultar bastante escandalosa y favorecer muy poco la seguridad jurídica, pese a que su discrepancia no trascienda al resultado del fallo.

En segundo lugar, habrá que abordar si el principio constitucional de no discriminación de los hijos en razón de su filiación se puede aplicar al caso. Para la STS «la corrección del sentido del fallo en el presente caso, esto es, el reconocimiento de los derechos hereditarios de los herederos del fideicomisario adoptado, descansa en la concurrencia de otras perspectivas metodológicas, estrictamente enlazadas entre sí, a saber: la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (artículos 14 y 39 CE), respecto de relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución, junto con la peculiar naturaleza de la sustitución fideicomisaria en la dinámica del proceso sucesorio». Ahora bien, nos parece que este pasaje es algo abrupto en su argumentación, porque antes de hablar de la pretendida aplicación retroactiva del principio de igualdad, sería necesario justificar varios pasos que no se explican en ningún lugar de la STS:

Primero, demostrar que dicho principio de igualdad se refiere también a los hijos adoptados en forma simple, en relación con los hijos por naturaleza. A nuestro juicio no acierta la STS al afirmar sin argumentación alguna que el

principio constitucional de igualdad sea aplicable a los adoptados. Mucho menos si la igualdad se refiere, como era el caso, a la adopción simple.

Segundo, que la existencia de este principio implique la necesidad de corregir, mediante un criterio que ahora ya no sería interpretativo sino puramente imperativo, el tenor literal del testamento (por cierto, no entendemos que se pueda decir que el argumento de la STS sea «menos agresivo con la voluntad consignada en testamento», que el de la STC 9/2010, como afirma IMAZ ZUBIAUR, «Comentario a la STS 1 marzo 2013», *CCJC*, 94, 2014, p. 153, pues la actual solución lleva a corregir el tenor de dicha voluntad exactamente igual que hacía la referida STC).

A nuestro juicio una cosa es que la igualdad constitucional se imponga al legislador, y otra que esa igualdad afecte al testador y limite su libertad testamentaria, lo cual debería justificarse y argumentarse cumplidamente, cosa que no se hace en este caso concreto (puede verse, para hacerse cargo de la dificultad de la tarea, y sobre todo para entender que en materia testamentaria la limitación a la libertad debe ser muy excepcional, la exposición de HERRERO OVIEDO, «El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación *inter privatos* de los Derechos Fundamentales», *InDret* 2/2012, pp. 20 y ss.). Y nos parece que sería una cuestión casi imposible de demostrar porque la que nos parece visión correcta de las cosas a este respecto, no es la tesis de la STS comentada, sino la que se formuló en el voto particular de la STC 9/2010 (lo formula el Magistrado don Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ), que resulta de una lógica aplastante: «las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE no se proyectan sobre los actos de liberalidad *inter vivos* o *mortis causa*. (...) Siendo esto así, puesto que en materia de interpretación de las disposiciones testamentarias la única regla básica de nuestro Derecho es la indagación de la voluntad del testador (artículos 675 del Código civil y 110 del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña), considero que si, tras la oportuna labor exegética, el órgano judicial alcanzase la conclusión de que la misma fue excluir de la herencia a los adoptados (o a cualquier otra categoría de personas), tal consecuencia no entra por sí misma en colisión con el artículo 14 CE, pues tanto ese resultado como el contrario son opciones igualmente válidas constitucional y legalmente, acordes con el ejercicio de la libertad de testar, ante las cuales los poderes públicos han de mantenerse neutrales».

Por no haber distinguido con claridad la eficacia de la igualdad frente al legislador y frente al testador, la STS comentada termina llegando a una solución no argumentada del supuesto que tenía que enjuiciar. Por supuesto que, ante una discriminación legal, sería suficiente invocar el principio de igualdad para entender inconstitucional la norma, o para interpretarla de acuerdo con la Constitución; pero, para resolver un conflicto en que se encuentra en juego nada menos que la libertad de disposición, sería necesario explicar muy detalladamente las razones por las que la igualdad se impone a la libertad. Es que en todo acto de disposición gratuito se encuentra una elección y la consiguiente exclusión de otros posibles llamados. Pero considerar esto una forma de dis-

criminación, eliminaría la libertad testamentaria. Llama, por eso, la atención que, estando tan detalladamente argumentados otros pasajes de la STS, en esta materia, que era la central, carezcamos de explicaciones. Resulta curioso además que esta fuerte afectación de la libertad testamentaria con un criterio imperativo, derive de una interpretación jurisprudencial muy discutible y que coexista en el tiempo con un cierto ambiente de crítica a la sucesión forzosa, que, finalmente, está dispuesta por el legislador, mientras que este recorte de la libertad dispositiva no se sabe muy bien de quién procede.

Podemos adelantar, a tenor de lo dicho, que la controversia del caso debiera haberse resuelto de otro modo: considerando cumplida la condición «si sine liberis decesseris», lo que obligaba que los bienes que recibió Celso, hicieran tránsito a la línea sucesoria de Carlos Alberto.

Nos hemos ocupado en otra ocasión de un supuesto sucesorio en que se debían manejar conceptos jurídicos parecidos a los de la STS comentada; en concreto, del caso conocido por la STC 9/2010, de 27 de abril de 2010, que llega al mismo efecto práctico de considerar a los adoptados como destinatarios de los bienes objeto de fideicomiso, pero lo hace mediante una argumentación radicalmente diversa a la de nuestro caso; es más que resulta expresamente rechazada por la STS [Para el tratamiento de esa STC: ESPEJO, «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 y ss. Valora en sentido positivo la solución de la STC: HERRERO OVIEDO, «El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación *inter privatos* de los Derechos Fundamentales», *InDret* 2/2012, cit.; mientras que la critican BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Un buen voto particular», *Aranzadi Civil*, núm. 4/2010 (Tribuna) y CÁMARA LAPUENTE, en PÉREZ ÁLVAREZ (coord.), *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2013, p. 221 y LASARTE ÁLVAREZ, *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil*, VII, Madrid, 2011, pp. 213-214 que califica la argumentación de la STC de «gravemente errónea»]. Estimamos necesario volver sobre el tema en razón de este nuevo pronunciamiento jurisprudencial: porque celebramos que la STS corrija algunos de los planteamientos equivocados en que había incurrido la referida STC, y manifieste acuerdo con algunas de las opiniones que ya habíamos manifestado anteriormente; pero lamentamos que la STS reitere algunos otros planteamientos poco justificados y llegue a una solución práctica que, a nuestro juicio, resulta incorrecta a tenor de los criterios vigentes en nuestro ordenamiento y muy peligrosa para la libertad testamentaria.

En esta materia tan sensible nos parece que resultaría necesario mantener soluciones sensatas y ponderadas, sólidamente fundamentadas en el ordenamiento, menos dependientes de valoraciones bienintencionadas pero demasiado subjetivas y, que, consecuentemente, ofrecen poca previsibilidad en cuanto a los supuestos que se planteen en el futuro. Somos conscientes de que las sustituciones fideicomisarias constituyen un caldo de cultivo perfecto para que

la voluntad testamentaria tenga que aplicarse en contextos sociales muy poco parecidos a los del momento de testar, y que eso hace que la terminología, la mentalidad y la voluntad del testador nos pueda resultar extraña y anacrónica en el momento de darle ejecución. Pero la voluntad del legislador sigue siendo mantener esta figura dentro de nuestro sistema sucesorio, sin que haya establecidos otros límites que los de orden público recogidos en los artículos 781 y 785 CC: ante ello el intérprete no debe tener un margen de actuación diferente al que tiene ante cualquier otra manifestación de la libertad testamentaria, por más que el resultado al que llegue en su interpretación no lo comparta. Y es que resulta normal que el ejercicio de la libertad provoque efectos que no son los más difundidos en el cuerpo social o que resultan poco aceptables para otros: ¡justamente de eso se trata con el reconocimiento y la defensa de la libertad, no solo de la propia, sino también de la de los demás!

II. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

Ya hemos visto que para la STS «no se observa duda o cuestión interpretativa que deba integrarse o ser desenvuelta por la valoración judicial», lo cual es enteramente correcto, aunque contradiga la visión de las cosas de la STC 9/2010. Sería absolutamente impensable, por ejemplo, e incluso contraviene el régimen imperativo vigente en el momento de testar y de fallecer el causante, que los adoptados pudieran ser destinatarios de una sustitución fideicomisaria que gravara los bienes destinados a la mejora (*cf.* artículo 824 CC). En ningún caso, pues, parece que debamos interpretar la cláusula en contradicción con el derecho imperativo tan cuidadosamente conocido y tenido en cuenta por el testador.

Contra esta opinión algunos autores dicen que los supuestos como el estudiado no plantean propiamente un problema de interpretación de la voluntad testamentaria, sino más bien de interpretación integradora, puesto que se produciría un hecho imprevisto para el testador, consistente en que el fiduciario no tuviera hijos por naturaleza pero sí por adopción [en esta línea GÓMEZ CALLE, *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Madrid, 2007, p. 398; VAQUER ALOY, *La interpretación del testamento*, Madrid, 2008, pp. 67-68; HERRERO OVIEDO, «El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación *inter privatos* de los Derechos Fundamentales», *InDret* 2/2012, pp. 11 y ss.].

Discrepamos de esta última postura y concordamos con la idea de la STS de que no hay cuestión interpretativa o integrativa alguna. Para que la voluntad testamentaria sea válida no vemos necesario que el testador se tenga que representar todas las futuras e hipotéticas situaciones que puedan concurrir. Una vez excluidas ciertas situaciones por la cláusula de sustitución fideicomisaria basta con que la declaración testamentaria tenga un contenido claro. Resultaría muy complejo tener que especular sobre las razones por las cuales el testador no se refiere a los posibles adoptados, y sería puramente hipotético

afirmar que los limitados efectos legales de la figura de la adopción o su escasa frecuencia práctica hicieron difícil que el testador la tuviera en cuenta y que eso obliga a la integración del testamento. En realidad sean cuales fueran los efectos legales que la adopción produjera, y su mayor o menor frecuencia práctica, el testador pudo tener en cuenta la eventualidad de la futura adopción y quizá la tuviera presente (aunque cualquier juicio acerca de esta materia será difícil de fundamentar), y el hecho no controvertido es que no la contempló en la cláusula de sustitución. Por eso no parece que nos encontremos ante una hipótesis de imprevisión del testador que obligue a revisar las consecuencias de su declaración de voluntad: las consecuencias jurídicas del llamamiento estaban claras para este caso de la adopción, pues se llamaba a otra persona a la herencia cuando no existieran hijos legítimos, y, como los adoptados no lo son, procedería dar cumplimiento a la voluntad del testador. En consecuencia no vemos por ninguna parte una laguna de la declaración de voluntad que necesite ser integrada. El problema se resuelve solamente interpretando el testamento; ello es lo que permite apreciar que los hijos adoptivos no están incluidos en la cláusula de sustitución testamentaria: ya que si no hay descendientes legítimos los bienes debían pasar a otra línea, porque la sustitución operaba a favor del otro hermano o su estirpe. Repetimos que no creemos que entonces se pudiera hablar de imprevisión por parte del testador. Pensamos, por ello, que la STS acierta plenamente al considerar que no hay aquí un problema de integración, y al afirmar que la interpretación de la cláusula es relativamente sencilla.

Naturalmente cabe que un supuesto diferente la dición testamentaria se plantee en otros términos menos claros, que permitan o justifiquen entonces realizar una interpretación diversa por parte del operador jurídico. Por ejemplo si el causante hubiera utilizado únicamente el término «hijos»; entonces, además de la directa interpretación de la voluntad, se hubieran podido invocar las normas legales pertinentes, que tengan carácter interpretativo de la voluntad, como el artículo 772.3 CC. Pero este no ha sido el supuesto, y no es necesario ahondar en esta otra hipótesis. En cualquier caso, sería necesario hacer algunas precisiones:

en primer lugar que la aplicación de las eventuales normas legales interpretativas como la del artículo 772.3 CC constituye un último recurso, porque antes es necesario realizar la interpretación de la voluntad del testador (así VAQUER ALOY, *La interpretación del testamento*, cit., p. 69);

en segundo lugar, que la norma del artículo 772.3 CC considera que la expresión genérica hijos incluye a los adoptivos, pero en referencia al testamento del adoptante y no a los de los terceros (la observación es de LÓPEZ FRIAS, M. J., *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, Granada, 2004, p. 85);

en tercer lugar, que la interpretación del término hijos en lo que se refiere a la normativa Catalana, ha merecido especialidades muy interesantes cuyo detalle ha sido muy bien desarrollado por algunos autores [vid. ARROYO I AMAYUELAS; BONDIA GARCIA, «¿Interpretación del testamento contraria a los derechos huma-

nos? El caso «Pla & Puncernau vs. Andorra» (STEDH, 13 de julio de 2004)», *Derecho Privado y Constitución*, 18, 2004, pp. 39 y ss.]

Al hilo de lo anterior, podemos entender que alguna mayor dificultad interpretativa plantearía la voluntad de los donantes en el caso de la STS 28 junio 2002 (RJ 2002, 5507), pese a que se resolviera el caso con un fundamento similar al actual y, por tanto, nada convincente. En ese supuesto, el donatario y fiduciario era hijo adoptivo, de los donantes y adoptantes que habían indicado que a su muerte el bien donado pasara a sus descendientes legítimos. El problema era el mismo: el donatario falleció sin hijos biológicos, pero con un hijo adoptado. Una autora considera un dato fundamental para entender llamado al adoptado el hecho de que «el primer llamado, fiduciario, era a su vez hijo adoptivo de los donantes (o fideicomitentes)», pese a que la cláusula testamentaria hablaba de dejar o no descendientes legítimos [así LÓPEZ FRÍAS, *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, Granada, 2004, p. 86, nota 117]. No obstante, la STS no exploró esta senda sino que afirmó: «Este problema debe resolverse aplicando, no tanto la interpretación literal del texto de la donación o de la voluntad concorde de las partes en ella intervinientes, sino la interpretación que debe darse al concepto de hijo, en el año en que debe aplicarse, 1990, en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria. En tal momento, la legislación vigente es el Código Civil reformado por imperativo de la Constitución de 1978. Así, el artículo 14 consagra el principio de igualdad ante la ley, no permitiendo discriminación por razón de nacimiento, lo que reitera el artículo 39 al declarar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y recoge el segundo párrafo del artículo 108 del Código Civil: la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos. No debe, pues, hacerse discriminación contra un hijo adoptivo». Pero, frente a este entendimiento hay que afirmar que la Constitución no impone la igualdad de los adoptados con los hijos por naturaleza, ni siquiera en la adopción plena, cuánto menos en la menos plena o simple. Lo analizamos a continuación.

III. LA CONSTITUCIÓN NO IMPONE QUE LA ADOPCIÓN SIMPLE O MENOS PLENA PRODUZCA LOS MISMOS EFECTOS SUCESORIOS QUE LA FILIACIÓN POR NATURALEZA

Como dijimos anteriormente es necesario estudiar si el principio constitucional de no discriminación de los hijos en razón de su filiación se puede aplicar al caso. Para la STS «el reconocimiento de los derechos hereditarios de los herederos del fideicomisario adoptado, descansa en (...) la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (artículos 14 y 39 CE)». Ahora bien, queda por demostrar que dicho principio de igualdad se refiere también a los hijos adoptados en forma simple, en relación con los hijos por naturaleza y que este principio implique la necesidad de corregir, mediante un criterio imperativo, el tenor literal del testamento.

En la STS comentada se afirma la necesidad constitucional de la igualdad de la filiación por naturaleza con la adopción y, por ende, que esta igualdad también se extendería a la adopción simple o menos plena. En realidad este imperativo de igualdad no existe en la Constitución española, sino que está afirmado en cuanto a la adopción por la legislación ordinaria y ello para los efectos legales de la adopción, no para los voluntarios. Y dicha igualdad en los efectos sucesorios legales ni siquiera está prevista legalmente para la adopción simple o la menos plena que subsiste como una figura residual no equiparada ni a la adopción actualmente regulada, ni, por supuesto, a la filiación biológica. Ciertamente no faltan pronunciamientos del TC y del TS imprecisos y confusos sobre este particular; pero otros son absolutamente concluyentes en el sentido que explicamos. Por ejemplo, la STC 33/1983, de 4 mayo (RTC 1983, 33) afirmó:

«los regímenes de la adopción plena y de la adopción simple son distintos, de ellos nacen efectos de desigual contenido para los adoptados, sin que estos regímenes distintos sean atentatorios a la igualdad que proclama –como derecho susceptible de protección por la vía del amparo constitucional– el artículo 14 de la Constitución, pues para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable y aquí, en cuanto son distintas las figuras, el dotar de un mayor contenido a la adopción plena y equipararla a la filiación por naturaleza, no significa para los adoptados de forma simple una discriminación» [Vid. sobre este particular VERDERA SERVER, «Adopción y principio de igualdad (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, pp. 335 y ss.].

Desde luego, cualquiera puede comprobar que la STC 155/1987 de 14 de octubre de 1987 (RTC 1987, 155) no dice lo que le hace decir la STS comentada, remitiéndose a la STS de 29 septiembre 2006 (RJ 2006, 6513). En concreto no dice nada parecido a que «a partir de la Constitución se consagró en el ámbito de la filiación el principio de igualdad o no discriminación por razón de la clase de nacimiento o filiación, (ya sea matrimonial, extramatrimonial, o adoptiva) proclamado en los artículos 14 y 39 de la Constitución». La STC no se refirió en absoluto a la filiación adoptiva, y no resulta correcto hacerle afirmar lo que no dijo.

Por tanto entendemos que el supuesto carece de solución desde el punto de vista constitucional frente a lo que se nos hace ver por la STS; su análisis, por el contrario, debería derivar simplemente de lo establecido por la Ley ordinaria muy correctamente invocada en el recurso de casación: el régimen de los artículos 174 177, y 180 CC (en su redacción por la Ley de 1958), y de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley de 1987 que se remite a los mismos. Aunque, en realidad, ninguna de esas normas impone contrariar la voluntad testamentaria; por lo que a la postre no es necesaria su aplicación directa. Simplemente estas normas demuestran que, para la Ley vigente, ni la adopción simple ni la menos plenas surten los efectos propios de la adopción actualmente regulada por el CC.

Para solucionar nuestro caso no sería necesario agotar la discusión sobre la igualdad de la filiación por naturaleza en relación con la adopción, ya que en el litigio no se discute sobre los efectos legales de la sucesión, sino sobre la interpretación y aplicación de una cláusula testamentaria, que es una cosa bien diferente. Este objeto del proceso reduciría la importancia del principio constitucional de igualdad, así como el alcance de la igualdad establecida por la Ley entre los adoptados y los hijos por naturaleza. Se ha dicho con toda claridad y rotundidad: «los artículos 14 y 39 CE no implican una constitucionalización de los derechos del hijo que limiten la libertad del testador a la hora de realizar previsiones sucesorias, más allá de las que establezca la legalidad ordinaria (legítimas y reservas)» [ARROYO I AMAYUELAS; BONDÍA GARCÍA, «¿Interpretación del testamento contraria a los derechos humanos? El caso «Pla & Puncernau vs. Andorra» (STEDH, 13 de julio de 2004)», cit., p. 53]. El mismo juicio puede aplicarse a las normas legales que equiparan la adopción con la filiación por naturaleza: una cosa son los efectos sucesorios legales, y otra la libertad testamentaria en todo aquello no sometido a restricciones de derecho imperativo.

La STS comentada parece querer decir que está hoy prohibido que el testador desiguale a sus descendientes tomando como criterio para ello la condición matrimonial, extramatrimonial o adoptiva de los mismos. No lo afirma directamente, pero su coherencia argumentativa le llevaría a tener que afirmarlo, puesto que sí dice que esa exigencia de igualdad alcanza incluso fuerza retroactiva. Es obvio que, de aceptarse que existe una exigencia de igualdad en estos términos, la libertad testamentaria quedaría comprometida por una pretendida norma imperativa. Pero el problema de esta tesis es que dicha norma no se encuentra formulada por el ordenamiento vigente, sino que ha sido aplicada por la STS directamente, como si fuera obvia, sin argumentar dónde reside.

Por esto, a nuestro juicio esta pretendida norma imperativa debe rechazarse por arbitraria y falta de fundamento, y, por tanto no cabe imponer a los testadores el trato igual a sus descendientes [de acuerdo GÓMEZ CALLE, *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, cit., p. 398, pese a que esta autora coincida con la tesis de la STS en cuanto a los testamentos preconstitucionales, lo cual nos parece poco coherente; VAQUER ALOY, *La interpretación del testamento*, cit., p. 68]. Reconoce también nuestra visión de las cosas el siguiente pasaje de la STS de 29 septiembre 2006 (RJ 2006, 6513): «No nos hallamos ante una cláusula testamentaria que puede ser considerada contraria a una norma imperativa o prohibitiva, pues la asimilación de los hijos adoptivos a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio no implica que el testador no pueda excluirlos de la sucesión haciendo uso del principio de libre disposición de su patrimonio, siempre que respete los derechos legítimos. Ni siquiera estamos ante un supuesto de *Drittwirkung*, o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares, dada la prevalencia en esta materia del principio de autonomía de la voluntad».

Afirmando que el principio constitucional de igualdad impone que el tratamiento testamentario a los hijos de adopción y a los hijos biológicos sea

similar, la STS va contra el punto de vista de la legalidad vigente, oportunamente alegada en el recurso de casación, según la cual no toda sucesión abierta hoy en día en la que participe un adoptado ni siquiera produce los mismos efectos legales que la sucesión en la que participen hijos biológicos. Así es porque, cuando entra en juego en la sucesión alguna persona adoptada bajo sistemas que no reconozcan a la adopción la plenitud de efectos, en los términos que aclararemos luego, los derechos sucesorios se rigen por normas que no reconocen la igualdad. Importa reflexionar, entonces, sobre si el sistema actualmente vigente de derecho transitorio se encuentra en entredicho a causa de la teoría aceptada por la presente STS. Estamos pensando en la DT 2ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre que fue alegada en el recurso de casación y sobre la cual la STS no se pronuncia: «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». En el caso de la STS comentada consta que la adopción era simple, por lo que, en nuestra opinión, el TS no ha sacado las consecuencias de una norma vigente, que no ha sido declarada contraria a la Constitución, y sin ofrecer argumentos para ello.

La justificación de que la igualdad con la filiación por naturaleza no se impone constitucionalmente a la adopción, se funda racionalmente en que la filiación biológica ofrece una base «natural» que justifica la igualdad: esta es la perspectiva constitucional del artículo 14 CE que impide la discriminación por «nacimiento». En cambio, la adopción es una institución que no deriva del nacimiento del adoptante, sino que más bien es creada «artificialmente» por el legislador, y produce un vínculo, que puede ser filiatorio o no según se configure normativamente. Ni siquiera es necesario, desde el punto de vista constitucional, que exista una regulación legal de la adopción; y, en cualquier caso, la Constitución no impone al legislador unos determinados efectos a la misma [Así BERCOVITZ, «Un buen voto particular», cit., p. 3: «el artículo 39.2 CE se refiere a los hijos naturales y no a los adoptados, que –por cierto– se denominan hijos, constituyendo una categoría de filiación, por decisión del legislador»]. De hecho la adopción, como institución civil, no está contemplada en absoluto por la Constitución española y, por tanto, no existe un contenido de la misma que sea intangible para el legislador ordinario, a diferencia de lo que ocurre con la filiación por naturaleza. En particular, esto significa que la Constitución no impone que la adopción deba generar un vínculo de filiación; que este vínculo se produzca es una decisión del legislador y también lo es el exacto contenido que la adopción implique.

Por otra parte, constituir la adopción requiere del consentimiento de determinadas personas, por lo que la ley puede establecer que sus efectos dependieran de esa voluntad, como ha sucedido en nuestra legislación respecto de ciertos efectos sucesorios durante mucho tiempo. Y tampoco es difícil aceptar que, en la medida en que ello fuera así, las ulteriores regulaciones de la adopción respeten el régimen aplicable a las adopciones ya establecidas, incluso aunque el legislador cambiara de criterio y viniera a equiparar las nuevas adopciones

a la filiación por naturaleza. Ciertamente en la actualidad así ha sucedido: los derechos sucesorios que genera la adopción no se diferencian de los propios de la filiación por naturaleza; ha sido esta una decisión legal que ha contado con un elevado grado de adhesión entre los juristas y que consideramos correcta. No se puede olvidar, no obstante, que la equiparación ha sido el fruto de una larga evolución en la que la igualdad se ha ido abriendo paso lentamente desde tiempo antes de existir el vigente texto constitucional, pero no se ha culminado hasta tiempo después, y que, incluso en la actualidad, los derechos sucesorios de los algunos adoptados bajo el imperio de las normas derogadas son diferentes a los de los hijos por naturaleza. Es que el legislador bien puede, como para las antiguas adopciones plenas así lo ha hecho, equiparar cualquier clase de adopción, incluso las ya constituidas, con la filiación por naturaleza; pero, a falta de un criterio legal explícito, y teniendo en cuenta que las adopciones reguladas en el Código Civil en el transcurso de su dilatada vigencia son instituciones muy diferentes unas de otras, una regulación posterior que las modifique, aunque sea bajo el mismo *nomen iuris*, no implica necesariamente que la nueva normativa se pueda aplicar a las adopciones ya constituidas. En concreto, en no pocos casos todavía hoy la sucesión del adoptado se regula por los términos del título constitutivo de la adopción, según veremos a continuación; así en las adopciones simples y menos plena, incluyendo como tales las adopciones constituidas conforme a la regulación originaria del Código Civil.

IV. NUESTRA LEGISLACIÓN TAMPOCO CONSIDERA QUE LAS ADOPCIONES CON EFECTOS JURÍDICOS DÉBILES CONTRAVENGAN LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

La redacción originaria del artículo 177 CC, vigente en el tiempo en que se otorga el testamento y se abre la sucesión del caso, por tanto la que tuvo presente el testador, disponía que el adoptado no adquiriría derecho a heredar al adoptante, a menos que en la escritura de constitución de la adopción se hubiera éste último obligado a instituirle heredero [VERDERA IZQUIERDO, «Discriminación por razón de nacimiento. Derechos sucesorios de los adoptados», *Actualidad Civil*, núm. 1, Quincena del 1 al 15 enero 2011, pp. 2 y ss.; VERDERA SERVER, «Adopción y principio de igualdad (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)», cit., pp. 324 y ss.]. En cambio, el adoptado conservaba los derechos sucesorios en su familia biológica. En coherencia con ello, el adoptante no adquiría tampoco derecho a heredar al adoptado. La adopción, ni desvinculaba al adoptado de su familia de origen, ni lo incorporaba a la familia del adoptante. Con la adopción se generaban, pues, unos efectos muy diversos a los actuales (*Vid.*, para más detalles, ESPEJO, «Adopción menos plena: la sucesión del adoptado en la herencia del adoptante. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2000», *RJN*, núm. 40, 2001, pp. 304 y ss.).

La reforma de la adopción de 1958 introdujo dos modalidades de adopción: la adopción plena y la menos plena; de acuerdo con esta última modalidad se produjo la adopción del caso. El artículo 174 CC, en su nueva redacción,

permitía al adoptante disponer en la escritura de adopción de dos tercios de su herencia a favor del adoptado. Dicha disposición *mortis causa* daba lugar a un derecho irrevocable en favor del adoptado, quien sólo podría ser privado de él si incurría en causa de indignidad o era justamente desheredado. Por otro lado, el artículo 179 CC otorgaba al adoptado en forma plena una posición sucesoria forzosa similar a la del hijo natural reconocido; pero el adoptado en forma menos plena, según el artículo 180 CC «sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción».

La reforma del Código Civil por la Ley de 4 de julio de 1970 mantuvo los dos tipos diferentes de adopción. No obstante los derechos sucesorios experimentaron un avance respecto de la situación precedente porque se equipararon a los de los hijos legítimos, en el caso de la adopción plena (artículos 176 y 179 CC), y a los de los naturales reconocidos, en el caso de la que ahora pasa a denominarse adopción simple. Pero, de nuevo, nos encontramos con particularidades de derecho transitorio en las adopciones constituidas con anterioridad a la reforma; de hecho dicho sistema de derecho transitorio supone la perpetuación de los efectos limitados de determinadas adopciones. En este sentido, la única Disposición Transitoria dispuso 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». Esta disposición, pues, aceptaba la posibilidad de que la adopción no se acomodara al nuevo Derecho; y que la sucesión se continuara rigiendo por la normativa anterior y, en consecuencia, el adoptado sólo sucediera en los derechos reconocidos en la escritura de adopción o el testamento. Así, reconociendo esta posibilidad, se ha pronunciado la doctrina y la STS 5 octubre 1991 [ALBALADEJO, «La Ley que rija al morir el causante es la que regula la sucesión en que incida una adopción», *ADC*, 1988, pp. 442, 444, 445 y 466; NÚÑEZ BOLUDA, «El orden de suceder abintestato y personas con derecho a legítima después de la reforma del Código civil», *RDP*, 1986, p. 735; SÁNCHEZ RUBIO, *Derechos sucesorios de los hijos adoptivos en el Código civil*, Barcelona, 1994, pp. 158 y 177].

No es hasta la reforma de 1987 cuando desapareció la posibilidad de adoptar en dos formas diferentes (en 1981 todavía se mantiene la adopción simple, sin efectos sucesorios forzosos: *vid.* artículo 180 CC), y se equipararon los derechos sucesorios del adoptado con los de los hijos por naturaleza. Pero esta reforma, actualmente vigente, sigue reconociendo que la adopción de la versión originaria del Código, la adopción menos plena constituida bajo la Ley de 1958, la adopción simple de 1970 y de 1981 constituyen figuras no equiparables en su alcance institucional a la única adopción existente en la actualidad. De hecho a esas formas de adopción «residuales o a extinguir» siguen sin aplicárseles las normas que regulan hoy los efectos sucesorios de la adopción: de ahí que la DT 2ª de la Ley de 11 de noviembre de 1987 siga diciendo 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». Hasta

ahora, no parece que nadie haya discutido la constitucionalidad de esta Disposición Transitoria, que viene a suponer la subsistencia de regímenes sucesorios diversos en función de la fecha de constitución y del tipo de adopción; y es que la opción legislativa parece plenamente legítima, conforme con la Constitución y justificada en razón de la génesis propia de esas formas de adopción.

Por tanto resulta con claridad que en nuestro sistema, constitucional y legal, la no discriminación de los hijos en razón de su filiación no se puede aplicar para resolver el caso litigioso. Y ello por dos razones: porque la igualdad no afecta a los hijos adoptados en forma simple, en relación con los hijos por naturaleza; y porque, aun de existir ese criterio de igualdad, este principio no implicaría la necesidad de corregir imperativamente el tenor literal del testamento.

V. CONCLUSIONES

En el desarrollo del trabajo pensamos haber demostrado las dos proposiciones que adelantábamos al comenzarlas: primero, que el principio constitucional de no discriminación no se refiere a los adoptados, y menos a los adoptados en forma simple, en relación con los hijos por naturaleza; segundo, que aun considerando que esa igualdad fuera exigible, ello no comportaría más que la igualdad ante la Ley, pero nunca supone imponer al testador que atribuya sus bienes y derechos con igualdad entre todos sus descendientes, o impedirle que pueda tener en cuenta la condición adoptiva, matrimonial o no matrimonial de los mismos para establecer distinciones entre ellos. Y esta segunda conclusión naturalmente debe referirse tanto a un testador actual, como a uno que testara con anterioridad a la Constitución; quizá con mayor motivo, cabe defender que haya que respetar el testamento en este último caso pues será entonces cuando con más probabilidad se plantee la cuestión. Debería ser quien afirme una restricción de derecho imperativo a la libertad de testar quien deba fundamentar cumplidamente en qué norma la entiende establecida.

En consecuencia, la solución del caso debiera haber sido la contraria a la que llega la STS: considerar que Celso había fallecido sin descendencia legítima, y que por tanto los bienes recibidos de su padre debían pasar a la línea sucesoria de su hermano Carlos Alberto, por haberse cumplido la condición impuesta en el testamento que así lo preveía. Otra solución nos parece que limitaría de forma indebida la libertad testamentaria.