

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO Y PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD

Consideraciones acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril*

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Recepción: 23/05/2011
Aceptación después de revisión: 13/06/2011
Publicación: 28/10/2011

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR Y HECHOS. II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. III. LOS ARGUMENTOS DEL VOTO PARTICULAR. IV. COMENTARIO: 1. *Generalidades*. 2. *¿Es un imperativo constitucional que la adopción produzca los mismos efectos sucesorios que la filiación por naturaleza?* 3. *Las transformaciones de la adopción en nuestro ordenamiento y la subsistencia actual y transitoria de adopciones con efectos jurídicos débiles*. 4. *Los criterios generales de interpretación del testamento a la luz de la Sentencia*. 5. *Conclusiones*. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN

La Sentencia comentada considera que la interpretación literal de la expresión «hijos legítimos», contenida en una cláusula testamentaria otorgada en 1927, es discriminatoria, por violación del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de nacimiento en cuanto que excluye a los adoptados.

PALABRAS CLAVES: principio constitucional de igualdad entre los hijos; interpretación del testamento.

ABSTRACT

The sentence referred to, considers that the literal interpretation of the expression «legitimate children», contained in the testamentary clause established in 1927, is discriminatory, due to the violation of the fundamental right to equality and non discrimination on grounds of birth because it excludes those who are adopted.

* El presente trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de Investigación «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado (V)», DER2008-04305, de la Secretaría de Estado de Universidades, del que el autor es Investigador Principal.

KEY WORDS: constitutional principle of equality among children; interpretation of the will.

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR Y HECHOS

El caso que motivó el litigio se refería a una sustitución fideicomisaria sometida a la condición *si sine liberis decesseris*, frecuente en Cataluña. No buscan estas líneas profundizar en todos los aspectos de esta figura, sino en un aspecto muy concreto que se ha reiterado en la práctica, pero que puede analizarse desvinculándolo de su propia raíz institucional (por eso, no debe buscar el lector en este trabajo una información relevante sobre la sustitución fideicomisaria). Es frecuente, en efecto, que en la formulación de la condición aparezcan términos tales como «hijos legítimos» o «hijos de canónico matrimonio». La Sentencia sostiene que interpretar hoy en su sentido literal la primera de estas cláusulas supondría violar el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de nacimiento (en el caso, además, se trataría de la discriminación de hijos adoptivos). En el presente trabajo se abordan dos cuestiones entrelazadas. En primer lugar, si el principio constitucional de no discriminación se refiere también a los adoptados, en relación con los hijos por naturaleza. En segundo lugar, si la tesis sostenida por la Sentencia es o no compatible con las reglas que rigen la hermenéutica testamentaria. Podemos adelantar que ni el principio constitucional de igualdad nos parece aplicable a los adoptados ni la Sentencia compatible con las reglas de la interpretación del testamento, ya que prescinde por completo de los argumentos extraídos de la voluntad del testador, llegando por vía interpretativa a una limitación injustificada de la libertad testamentaria, que se funda exclusivamente en los valores y criterios del intérprete.

* * *

La Sentencia a la que nos referimos en el título otorga el amparo solicitado contra la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 5/2004, de 22 de enero¹, por violación del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de nacimiento proclamado por el art. 14 CE, en relación con lo dispuesto en el art. 39.2 CE.

¹ Sobre esta Sentencia puede verse VIVAS TESÓN, I. (2004), «Interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento», *RDPat*, n.º 13, págs. 335-346.

Los hechos, sucintamente consignados, son los siguientes:

a) En un testamento otorgado en 1927, el testador, fallecido en 1945, dispuso literalmente la siguiente cláusula de sustitución *si sine liberis decesseris*:

«Séptima: Y de todos sus bienes restantes, muebles e inmuebles, derechos, créditos y acciones presentes y futuros, instituye heredero universal a su hijo don José Antonio Lloret y Marcer, quien podrá disponer libremente de los bienes de la herencia cuando tenga algún hijo o hija que haya llegado a la pubertad; y en caso contrario sólo podrá disponer de la cantidad de siete mil pesetas que le servirán de pago de su porción legitimaria; y para después de su muerte sin hijos, le sustituyen sus hermanos D. Arcadio, D. Ramón, D. Antonio y D. Juan Lloret Mitjans, no a todos juntos sino el uno después del otro por el orden indicado y con la misma condición impuesta al primer instituido; advirtiendo que si al tener efecto alguna de tales instituciones, hubiese fallecido el sustituto y dejado algún hijo legítimo que entonces o después llegue a la edad de testar, quiere que éstos sucedan en lugar de su padre premuerto en el modo que resultan instituidos, y a falta de disposición observarán el mismo modo de suceder que el testador establece aquí para sus hijos».

b) Los instituidos en primer y segundo lugar fallecieron sin hijos. El llamado en tercer lugar había fallecido en 1995, con anterioridad al primer instituido, pero había dejado dos hijas adoptivas que ya habían alcanzado la edad de testar, y que otorgaron ante notario una escritura de adjudicación por mitad de dos fincas rústicas que constituían el objeto de la herencia fideicomitada. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, el registrador denegó la práctica del asiento porque, al ser las otorgantes hijas adoptivas del llamado en tercer lugar, no podían ser consideradas hijas legítimas, tal y como se requería en el testamento. Mientras tanto, el instituido en cuarto lugar había obtenido la inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad de las dos fincas que constituían la herencia fideicomitada.

c) Las referidas hijas adoptivas, ahora recurrentes en amparo, formularon demanda por la que se reclamaba el dominio por título hereditario de las fincas mencionadas. La demanda fue desestimada íntegramente en ambas instancias por entender que las demandantes, por su condición de hijas adoptivas, no cumplían la condición establecida en el testamento de ser hijas legítimas. Recurrída en casación, la Sentencia fue

confirmada, ya que se entendió que la voluntad del testador aparecía clara, tanto en su interpretación literal como en relación con las disposiciones legales vigentes en el momento en que fue declarada (año 1927) o en el que se abrió la sucesión (año 1945). El deseo del testador era que no entraran en posesión de su herencia quienes no tuvieran la condición de hijos legítimos, a los que no se equiparaban los hijos adoptivos ni al tiempo del otorgamiento del testamento ni al de la apertura de la sucesión.

En la demanda de amparo las recurrentes adujeron que la Sentencia impugnada había vulnerado su derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 CE, precepto éste que se encontraba vigente en el momento de producirse el llamamiento de los sucesivos herederos tras el fallecimiento sin descendencia del instituido heredero fiduciario en primer lugar (1997). La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró que la expresión «hijos legítimos» empleada por el testador ha de entenderse según su significado al tiempo del otorgamiento del testamento (1927) o al del fallecimiento del causante (1945); y, tanto en una como en otra fecha, la expresión «hijos legítimos» no comprendería a los hijos adoptivos. Frente a esta postura, las recurrentes consideran que la interpretación de esta noción debe llevarse a cabo al tiempo del fallecimiento sin hijos del primer instituido, que es lo que desencadena el mecanismo sustitutorio establecido en el testamento, momento en el que ha de examinarse la idoneidad de las demandantes de amparo para entrar en la herencia de su abuelo como sustitutas vulgares de su padre fallecido, procediendo, por tanto, realizar una interpretación de la cláusula testamentaria conforme a los principios constitucionales vigentes. Pues bien, al mantener que los hijos adoptivos no pueden ser considerados hijos legítimos, la Sentencia impugnada habría creado una discriminación por razón de nacimiento no justificada de manera objetiva y razonable, que no sólo habría vulnerado el art. 14 CE, sino también el art. 39.2 CE, que establece la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A nuestro juicio, las principales afirmaciones de la Sentencia son las siguientes:

1. El objeto del litigio no es tachar de inconstitucionalidad al testamento; lo que se cuestiona es la interpretación del mismo acogida por los diferentes tribunales que conocieron de él:

«... el objeto de este proceso constitucional no es el acto (privado) de disposición testamentaria otorgado por el causante, sino el acto del poder (público) judicial dictado en interpretación de aquél. En caso de que la discriminación denunciada fuera imputable de modo inequívoco a la formulación por parte del causante de la cláusula de sustitución fideicomisaria, el problema constitucional planteado hubiera sido, por un lado, el de las relaciones entre el principio de autonomía de la voluntad y la prohibición de la discriminación en el ámbito de la sucesión testada, planteándose la cuestión relativa a la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales y, en particular, del reconocido en el art. 14 CE (ATC 1069/1987, de 30 de septiembre, FJ 1), y, por otro, el de si es o no posible la aplicación retroactiva de la Constitución a actos privados realizados mucho antes de que ésta entrase en vigor. Sin embargo, en la demanda de amparo no se aduce que el testador hubiera estado vinculado, ni directa ni indirectamente, al principio constitucional de igualdad, ni que la discriminación alegada tuviera su origen en los términos en que la cláusula *si sine liberis decesserit* quedó formulada originariamente en el testamento, sino que la lesión se imputa de manera directa y autónoma a los órganos judiciales, como consecuencia del modo en que dicha cláusula fue interpretada y, en particular, del significado que atribuyeron a la expresión “hijos legítimos”.

En definitiva, atendiendo al contenido de la queja que se formula en la demanda de amparo, el objeto de este proceso constitucional no consiste en comprobar la vigencia y, en su caso, el alcance del mandato constitucional que se deriva de los arts. 14 y 39.2 CE en relación con el acto privado de disposición testamentaria otorgado por el causante en el ejercicio de su libertad de testar, cuestión ésta que queda fuera de los límites de nuestro enjuiciamiento, sino en verificar si el órgano judicial que dictó la resolución judicial impugnada respetó o no el principio de interdicción de la discriminación por razón de nacimiento, al excluir a las demandantes del llamamiento a la herencia de su abuelo por causa de su condición de hijas adoptivas y, por tanto, como consecuencia del modo en que interpretó la expresión “hijos legítimos” en el ejercicio del arbitrio que le incumbe».

2. La cuestión de fondo sería la trascendencia o relevancia interpretativa del principio de igualdad y de las prohibiciones de discriminación contempladas en el art. 14 CE, en relación con el art. 39.2 CE. Ello im-

pediría la desigualdad entre las distintas clases de filiación, que, por consiguiente, deben entenderse absolutamente equiparadas. En concreto:

«respecto de las consecuencias específicas que se derivan de lo anterior para los órganos judiciales, también hemos afirmado que éstos “pueden vulnerar el art. 14 CE cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 CE no consiente (por todas, STC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3)” (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8)»².

3. Es perfectamente factible interpretar la expresión testamentaria «hijos legítimos» como inclusiva de los hijos adoptivos:

«que la expresión “hijos legítimos” empleada por el testador no comprende a los hijos adoptados, no se deduce de manera inequívoca de la formulación literal de la cláusula testamentaria, sino que es producto de la interpretación que de aquella expresión realiza el órgano judicial, de manera que la exclusión de las demandantes de amparo del llamamiento a la herencia no tiene su origen directo en el ejercicio de la libertad de testar sino en el de la jurisdicción. En efecto, una vez sentado que la voluntad del testador es la ley de la sucesión y que ésta debe ser interpretada de conformidad con el sentido literal del testamento (art. 675 del Código civil), la legislación aplicable y los términos en los que estaba formulada la disposición testamentaria otorgaban en este supuesto a los órganos judiciales un margen de arbitrio dentro del cual éstos podían realizar legítimamente interpretaciones diversas de la expresión “hijos legítimos”».

4. A partir de la afirmación anterior, acerca de la equivocidad de la expresión «hijos legítimos», que en verdad carece de explicación o

² Debe hacerse notar que, no obstante esta última parte de la cita, en el litigio no se debatía acerca de la interpretación de norma alguna, sino acerca de la de una cláusula testamentaria.

argumentación (¿qué otro significado podía tener la declaración de voluntad que su obvio y evidente sentido jurídico?), se intenta llamar en causa para la interpretación del testamento a un instrumento propio de la interpretación y aplicación de la ley, como sería la interpretación actualizadora según el contexto en que la norma se fuera a aplicar:

«Por un lado, dicha expresión podía interpretarse de conformidad con el significado que tenía en el marco de la legislación vigente en el momento de otorgar el testamento o, en su caso, de fallecer el causante. Éste es el criterio empleado por la Sentencia aquí impugnada que, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, al igual que las resoluciones de las que trae causa, entiende que, en el presente caso, la voluntad del testador “es clara, tanto en su interpretación literal, como puesta en relación con las disposiciones legales vigentes en el momento en que es expresada, año 1927, cuanto en el momento en que se abre la sucesión, año 1945”, de forma que “el llamamiento a favor de los hijos —para los puestos en condición— sólo comprende a los legítimos y a los legitimados por subsiguiente matrimonio, nunca a los naturales ni a los adoptivos”.

Por otro lado, sin embargo, el supuesto que afronta la Sentencia impugnada se caracteriza porque, aunque el testamento se otorgó y el causante falleció mucho antes de 1978, la condición correspondiente a la sustitución fideicomisaria se verificó con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, de tal manera que también podía entenderse que la voluntad del testador expresada en el testamento debe ser interpretada de conformidad con la situación jurídica propia del momento en que ha de ejecutarse la sustitución. Ésta es la interpretación que patrocinaron en su momento las ahora demandantes de amparo, así como la acogida por el propio Tribunal Supremo en algunos pronunciamientos recientes (Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002, de 15 de diciembre de 2005, o de 29 de septiembre de 2006). De acuerdo con este segundo planteamiento, es legítimo presumir que, a menos que en el testamento conste lo contrario de forma inequívoca, no es la voluntad del testador introducir distinciones que resulten contrarias a los fundamentos del sistema jurídico vigente en el momento en que se cumple la condición y han de ser ejecutadas las correspondientes disposiciones testamentarias (en este sentido, por ejemplo, Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2006, FJ 4)».

5. Quizá, como el TC considera que puede ser criticado por emplear los instrumentos de interpretación de la ley para interpretar un testamento, intenta dar respuesta a esa crítica:

«En principio, la cuestión relativa a la aplicación de las normas sobre la interpretación de los testamentos pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria, de modo que al Tribunal Constitucional no le corresponde revisar, en vía de amparo, la apreciación que de las mismas hayan realizado los órganos judiciales, a menos, claro está, que sea dicha interpretación la que lesione el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Pues bien, esto es, precisamente, lo que ocurre en este supuesto en relación con el derecho reconocido en los arts. 14 y 39.2 CE.

En efecto, no ha sido el causante al formular en su día la disposición testamentaria en el ejercicio de su libertad de testar, sino el órgano judicial al interpretar una expresión ambigua y, por tanto, en el ejercicio de la jurisdicción, quien ha creado un tratamiento jurídico discriminatorio a partir de un criterio como el relativo a la filiación adoptiva, que resulta expresamente prohibido por el art. 14 CE en relación con el art. 39.2 CE. A este resultado se llega por aplicación de la doctrina constitucional, a la que ya se ha hecho referencia, en virtud de la cual los órganos judiciales pueden vulnerar el art. 14 CE cuando interpretan las normas jurídicas con un criterio que produzca “el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 CE no consiente” (SSTC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8)».

6. Se añade, finalmente, un argumento de autoridad que apoya, indiscutiblemente, la decisión de la STC:

«ésta es también la doctrina auspiciada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2004, dictada en el asunto Pla y Puncernau c. Andorra, que juzgó un caso similar al ahora examinado en el que los Tribunales andorranos, tomando en consideración el momento histórico y jurídico en el que se otorgó testamento (1939) y aquel en que se pro-

dujo el fallecimiento de la causante (1949), estimaron que no podía entenderse puesto en condición un hijo adoptivo en la sustitución fideicomisaria que ordenaba que quien llegara a ser heredero debía transmitir la herencia a un hijo o nieto de un matrimonio legítimo y canónico. A juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que estima la demanda interpuesta por los recurrentes (el hijo adoptivo del primer instituido y su madre) y condena al Estado andorrano, la interpretación judicial que origina la demanda es discriminatoria y contraria a los postulados del principio de igualdad proclamado por el art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas (en adelante, CEDH), por cuanto, una vez aceptado que la cláusula en cuestión requería una interpretación por parte de los Tribunales internos, ésta no podría realizarse exclusivamente a la luz del contexto social y jurídico en vigor en el momento de la redacción del testamento o del fallecimiento de la testadora (1939 y 1949, respectivamente) y ello debido al largo período de tiempo transcurrido entre las fechas en las que se produjeron tales acontecimientos y el momento en el que tomó efecto la disposición testamentaria (1996), en el curso del cual se produjeron profundos cambios de orden social, económico y jurídico que han dado lugar a nuevas realidades que no pueden ser ignoradas por el Juez»³.

³ A partir de los razonamientos expuestos se llega al fallo:

«1.º Reconocer su derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminadas por razón de nacimiento proclamado por el art. 14 CE en relación con lo dispuesto en el art. 39.2 CE.

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 5/2004, de 22 de enero de 2004, dictada en el recurso de casación núm. 90-2003, así como de la dictada con fecha 2 de abril de 2003 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación núm. 1001-2000 y de la Sentencia de 15 de septiembre de 2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Vilafranca del Penedés en autos de juicio de menor cuantía núm. 174-1999; todas ellas en lo relativo a la desestimación de la pretensión sucesoria de las recurrentes por causa de su filiación adoptiva.

3.º Ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la Sentencia de primera instancia, para que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Vilafranca del Penedés se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental de las recurrentes a no ser discriminadas por razón de su filiación».

III. LOS ARGUMENTOS DEL VOTO PARTICULAR⁴

En razón de la brevedad cabe reproducir casi íntegramente el texto del voto particular, que es mucho menos perturbador que la Sentencia de los conceptos jurídicos comúnmente aceptados en materia de interpretación del testamento:

«Comprendiendo la incidencia que en la decisión de la Sala ha tenido la STEDH recaída en el caso Pla y Puncernau c. Andorra, aunque no pueda decirse que sean puestos parejos, considero en cualquier caso que en nuestro Derecho interno la cuestión relativa a la aplicación de las normas sobre la interpretación de los testamentos pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria, de modo que a este Tribunal Constitucional no le corresponde revisar, en vía de amparo, la apreciación que de las mismas hayan realizado los órganos judiciales, a menos que sea dicha interpretación la que lesione el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

En este sentido, debe tenerse presente que nadie tiene derecho a un acto de liberalidad, por lo que las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE no se proyectan sobre los actos de liberalidad *inter vivos* o *mortis causa*. En nuestro Derecho civil sucesorio, tanto común como foral, se confiere a la persona un amplio ámbito de libertad de disposición *mortis causa* sobre sus propios bienes, de modo que, respetando en su caso el régimen de legítimas, el causante puede disponer de ellos para después de su muerte del modo que estime conveniente, sin necesidad de ofrecer justificación sobre su decisión ni estar vinculado por las prohibiciones contempladas por el art. 14 CE.

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 (arts. 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 art. 14 CE, pues tanto ese resultado como el contrario son opciones igualmente válidas constitucional y le-

⁴ Lo formula el magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

galmente, acordes con el ejercicio de la libertad de testar, ante las cuales los poderes públicos han de mantenerse neutrales.

En consecuencia, sólo si la interpretación que el órgano judicial realizase de la cláusula testamentaria pudiera conceptuarse —conforme a nuestro reiterado canon de control— como arbitraria, irrazonable o incurra en error fáctico, habríamos de calificar la resolución judicial como contraria, ante todo, al 24.1 CE».

IV. COMENTARIO

1. *Generalidades*

Se ha dicho autorizadamente que el voto particular acabado de reproducir sería correcto, escueto y claro; que, por el contrario, la Sentencia sería incorrecta. Y que ha sido una pena que el magistrado discrepante no consiguiera convencer a sus compañeros de Sala⁵. Estamos de acuerdo sustancialmente con estas afirmaciones. Las razones las iremos desgranando a lo largo del comentario. En descargo de la Sentencia ahora comentada se debe decir que en esta materia llueve sobre mojado y que no ha sido el TC el principal responsable de que vaya tomando carta de naturaleza un criterio que se sustenta quizá sobre un sentimiento de justicia bienintencionado, pero sin un sólido fundamento jurídico en la interpretación de la voluntad del testador⁶. De hecho, en la Sentencia se citan Sentencias anteriores, varias del TS y una del TEDH, que sustentan el mismo criterio y que han abierto la senda para la decisión que ahora comentamos⁷. No obstante, el argumento de au-

⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010), «Un buen voto particular», *Aranzadi Civil*, n.º 4 (Tribuna), pág. 1 (citamos por la edición electrónica).

⁶ VAQUER ALOY, A. (2008), *La interpretación del testamento*, Madrid, Reus, pág. 68: «de lo que se trata, simplemente, es de descubrir la voluntad, hipotética si se quiere, del causante, no de buscar la justicia material fácil». Esta búsqueda de una pretendida justicia material se sugería en el voto particular de Sir Nicolas Bratza a la Sentencia TEDH de 13 de julio de 2004 (TEDH 2004, 49): «por muy lamentable que pueda parecer el resultado de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, no puedo considerar que la resolución en cuestión diera lugar a una violación de los derechos de los demandantes respecto al artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio».

⁷ Se trata de las Sentencias de 13 de julio de 2004 (TEDH 2004, 49) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que cuenta con dos votos particulares, y las de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002 (RJ 2002\5507), de 15 de diciembre de 2005 (RJ 2005\10157) y de 29 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6513). Todas ellas y otras de tribunales inferiores, sobre todo de Cataluña, se encuentran expuestas extensamente y valoradas por GÓMEZ CALLE, M. E. (2007), en *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Madrid, Thomson-Civitas, págs. 372 y ss.

toridad carece de peso si las razones jurídicas que sustentan las resoluciones no se encuentran suficientemente fundamentadas, como pensamos que sucede en las Sentencias a las que nos referimos⁸. En efecto, se trata en todos los casos de Sentencias que dan cabida en la

⁸ Al encontrarnos con Sentencias que se refieren a cuestiones interpretativas de la voluntad, los matices de los diferentes supuestos de hecho añaden elementos especiales que podrían dar lugar a soluciones disímiles unas de otras. Así, por ejemplo, respecto de la Sentencia de 13 de julio de 2004 (TEDH 2004, 49) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha dicho que «es también, en mi opinión, incorrecta, por razones similares a las que he expuesto. Pero importa señalar que la literalidad de la disposición testamentaria origen del conflicto del que dicha Sentencia se ocupa, a diferencia de la que es objeto de esta Sentencia del Tribunal Constitucional, sí que permite en principio algún margen para la interpretación de la voluntad del causante, y es que en dicha disposición no se hablaba de hijos o nietos legítimos sino de “un hijo o nieto de un matrimonio legítimo y canónico”. La diferencia es importante: los adoptados no pueden ser hijos legítimos (matrimoniales), en cambio un matrimonio legítimo y canónico sí que puede tener un hijo o nieto adoptivo»: así, BERCOVITZ, R. (2010), «Un buen voto particular», cit., pág. 4. Pero, en todo caso, pese a este matiz, pensamos que «la decisión es, desde luego, desacertada y sobre todo lo es por entrar a valorar de nuevo los hechos, con la única finalidad de reinterpretar *ad gustum* la voluntad de la testadora. En ningún momento se justifica la decisión en un eventual error del Tribunal andorrano por haber prescindido de elementos necesarios para la interpretación que habrían podido hacer variar la solución del pleito»: ARROYO I AMAYUELAS, E./BONDIA GARCÍA, D. (2004), «¿Interpretación del testamento contraria a los derechos humanos? El caso “Pla & Puncernau vs. Andorra” (STEDH, 13 de julio de 2004)», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 18, pág. 9. Otro ejemplo puede verse en la STS de 28 de junio de 2002 (RJ 2002\5507). En ella, el donatario y fiduciario era hijo adoptivo y los donantes (sus padres adoptivos) habían indicado que a su muerte el bien donado pasara a sus hijos legítimos. El problema se planteaba porque el donatario falleció sin hijos biológicos, pero sí con un hijo adoptado. En el caso, 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: así, LÓPEZ FRÍAS, M. J. (2004), *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, Granada, Comares, pág. 86, nota 117. Finalmente, en el caso de la STS de 15 diciembre 2005 (RJ 2005\10157) se planteó si la adopción por el fiduciario comportaba cumplimiento de la condición, y quizá los términos literales del testamento daban un mayor margen de duda. Se trataba de «una sustitución fideicomisaria condicional en la que la condición puesta por el testador es la de tener sucesión, por lo que nos encontramos ante lo que se ha denominado hijos puestos en condición, que no son herederos del fideicomitente, sino que sirven únicamente para condicionar la delación del fiduciario, de modo que si se incumple la condición y el heredero muere con sucesión, el fiduciario será heredero libre, y en caso contrario, deberá devolver los bienes a los fideicomisarios llamados como tales por el causante. Y únicamente se puede saber si se ha incumplido o no la condición impuesta a la muerte del fiduciario, como ha ocurrido en este caso. Por tanto, al no ser herederos del causante, no debe examinarse la capacidad de los hijos puestos en condición, sino únicamente si existen o no en el momento previsto por el fideicomitente y resulta evidente que en este caso, la condición de morir sin sucesión se incumplió, porque los dos hermanos Federico y Antonia fallecieron con sucesión. La referencia a la sucesión, es por tanto genérica y no se limita a los hijos biológicos que pueda tener el fiduciario, en este caso D.^a Antonia, sino a sus sucesores, de manera que no se puede discriminar tal como pretenden los recurrentes».

hermenéutica testamentaria a la sensibilidad jurídica del momento en que el testamento se interpreta, en lugar de ceñirse al punto de vista del testador. Es algo equivalente a decir que los criterios del intérprete, su punto de vista y su contexto jurídico y social son los determinantes de la tarea interpretativa. No puede convencer que ello se pretenda justificar en la aquiescencia tácita del testador, que asumiría implícitamente esta posibilidad. Por el contrario, el riesgo de una mala interpretación de la voluntad testamentaria es algo que simplemente padece cualquier testador. Es factible en realidad que el intérprete abandone la voluntad del propio testador en aras de sus propios principios o puntos de vista; pero entonces estamos ante una mala interpretación. Lo preocupante es que se haya iniciado sin rubor una desactivación del principio de la voluntad del testador, que no sabemos adónde nos puede llevar.

Al afirmar lo anterior estamos pensando en expresiones de alguna Sentencia con las que no podemos estar de acuerdo porque, partiendo nominalmente de la voluntad del testador, introducen sin disimulo su corrección: «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 (que forman parte de las llamadas en la Teoría general del Derecho premisas sistemáticas) la interpretación del concepto no puede hacerse atribuyéndole consecuencias discriminatorias incompatibles con el alcance del concepto del momento 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 introducir distinciones que puedan ser consideradas como 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 esta evolución»⁹. Por todo ello, es coherente con este modo de pensar, pero profundamente equivocado a nuestro juicio, que se llegue a la conclusión de que «pocas dudas pueden, en consecuencia, abrigarse, sobre la interpretación que debe darse al concepto

⁹ Palabras de los Fundamentos de Derecho de la STS de 29 septiembre 2006 (RJ 2006/6513).

de “hijos o descendientes legítimos” que se emplea en la disposición testamentaria controvertida para evitar las consecuencias de una interpretación discriminatoria por razón de filiación que, a falta de una determinación expresa, no puede considerarse que constituya la verdadera intención de testador y, por ello, adquiere relevancia en relación con el derecho constitucional de igualdad. Al no haberlo entendido así la sentencia de instancia —que mantiene el criterio de atenerse a una interpretación de la expresión utilizada por el testador, con el valor jurídico restrictivo que tenía en el momento en que fue emitida, al margen de las concepciones sociales y de su evolución y, con ello, de la intención presunta del testador— no se atiene a esta interpretación y, por ende, incurre en las infracciones legales que se le reprochan»¹⁰.

La misma preocupación por la defensa de la verdadera voluntad del testador la encontramos tanto en el voto particular de la Sentencia comentada, que sustancialmente está reproducido arriba, como en los dos votos discrepantes de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En ellos se encuentran suficientemente argumentados los criterios que aquí vamos a sostener; tan bien explicados, en realidad, que sus exposiciones casi hacen innecesario cualquier desarrollo posterior. Así, por ejemplo, Sir Nicolas Bratza, en su voto particular a la Sentencia TEDH 13 julio 2004, indicó:

«este caso es totalmente distinto de los precedentes en los que el Tribunal examinó una queja relativa a un trato discriminatorio

¹⁰ Estamos totalmente de acuerdo con que «alterar esa voluntad [testamentaria] y sustituirla por la que, desde una perspectiva actual, se adecuaría con el principio de igualdad constitucional, nos alejaría de la interpretación de la voluntad en la sucesión voluntaria y significaría una clara restricción a la libertad civil y a la verdadera voluntad del fallecido»: ABRIL CAMPOY, J. M. (2006), «La sustitución fideicomisaria y los hijos puestos en condición: ¿aplicación directa de la Constitución en el ámbito propio de la autonomía privada?», en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 30. Y no se olvide que, en realidad, eso es lo que imponen este tipo de pronunciamientos. Puede verse con toda claridad expresado este equivocado desinterés por la voluntad real en el FD 3.º STS 28 junio 2002 (RJ 2002\5507): «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...».*

en materia de sucesión y de herencia. En todos los casos en cuestión, era la propia legislación interna la que daba lugar a la diferencia de trato de la que se quejaba el demandante desde el punto de vista del Convenio, ya que establecía una distinción entre los derechos de sucesión de los hijos legítimos y aquellos de los hijos ilegítimos (...) o entre hijos nacidos de una relación adúltera y los demás hijos, legítimos o no (...). En el presente caso, no se puede ni se podría formular ninguna queja de este tipo contra Andorra, ya que la discriminación basada en el nacimiento está prohibida expresamente tanto por la Constitución andorrana como por la Ley sobre la adopción. (...)

El hecho de que en virtud del Convenio cualquier discriminación entre individuos (por medio, por ejemplo, del establecimiento de distinciones basadas en los vínculos biológicos o adoptivos entre hijos y padres en el ejercicio de los derechos de sucesión) se prohíba a los órganos legislativos o judiciales del Estado no significa que se impida de igual forma a los particulares operar una discriminación haciendo tales distinciones en la transmisión de sus bienes. En principio, debe permitírsele a un testador, en el ejercicio de su derecho de propiedad, escoger a quién lega sus bienes y, por el contenido de su testamento, establecer la diferencia entre sus herederos potenciales, concretamente distinguiendo entre, por un lado, hijos y nietos biológicos y, por otro lado, hijos y nietos adoptivos»¹¹.

¹¹ Sigue diciendo el voto particular: «En mi opinión, la distinción que, según los tribunales internos, quería hacer la testadora en este caso entre nietos biológicos y nietos adoptivos no puede considerarse incompatible con los ideales fundamentales del Convenio o que destruye de otra forma los derechos y libertades garantizados por el Convenio. No comprendo que la mayoría de la Sala deje entender lo contrario. Es cierto que el apartado 46 de la sentencia afirma que no podría plantearse un problema de vulneración de la vida privada y familiar sino en la hipótesis de una apreciación por el tribunal interno de los elementos de hecho o de derecho interno que fuese manifiestamente irrazonable o arbitraria o que estuviese “en flagrante contradicción con los principios fundamentales del Convenio”, y que el apartado 59 constata la existencia de dicha contradicción en la apreciación en este caso de los tribunales internos. Sin embargo, no percibo que esta conclusión sugiera que el hecho para un tribunal interno de reconocer la conformidad a derecho de un testamento que establece una distinción entre hijos biológicos e hijos adoptivos debe en sí mismo considerarse incompatible con los principios del Convenio. Tal y como yo lo entiendo, la constatación de la mayoría parte más bien del principio de que la interpretación hecha en este caso del testamento por el Tribunal Superior de Justicia y la manera en que apreció la voluntad de la testadora eran manifiestamente erróneas y que, en consecuencia, es la propia resolución de este tribunal —según la cual el primer demandante, como nieto adoptivo, era excluido de la herencia— la que ha dado lugar a la violación del artículo 14.

2. ¿Es un imperativo constitucional que la adopción produzca los mismos efectos sucesorios que la filiación por naturaleza?

En la Sentencia comentada aparece repetidamente invocada la necesidad de la igualdad de la filiación por naturaleza con la adopción como un imperativo constitucional. En realidad, propiamente este imperativo de igualdad no existe¹². Ciertamente, en lo que se refiere a nuestro caso, ni siquiera sería necesario entrar en este debate, porque en el litigio no se está discutiendo sobre los efectos legales de la sucesión, sino sobre la interpretación de un testamento, que es cosa bien diferente¹³. Al ser éste el objeto del proceso se eliminaría cualquier ne-

6. De esta forma, la cuestión principal que se plantea es la de saber si la manera en la que los tribunales internos interpretaron el testamento de la difunta o aplicó los principios del derecho interno permitía tal constatación. En el apartado 46 de la sentencia, la mayoría recuerda los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal en cuanto a la interpretación y aplicación del derecho interno: corresponde en primer lugar a las autoridades internas y, particularmente, a los juzgados y tribunales interpretar y aplicar el derecho interno. Apruebo la opinión de la mayoría según la cual este principio se aplica con mayor motivo cuando los tribunales internos deben resolver litigios entre particulares o interpretar una cláusula testamentaria privada, estando estos tribunales en mejor situación que el Juez internacional para evaluar, a la luz de las tradiciones jurídicas locales, el contexto particular de la controversia jurídica y los derechos e intereses que concurren». Para MARSAL GUILLAMET, J. (2005), «Els fills posats en condició: interpretació del testament i discriminació. Comentari a la sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans (Secció 4.^a) Sentència 13.7.2004 (Pla i Puncernau contra Andorra, núm. 69.498/01)», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 104, n.º 2, págs. 481-482, una disposición testamentaria de este tipo no puede incurrir en discriminación, ya que sus beneficiarios no tienen un derecho subjetivo a percibir bienes del causante.

¹² Se lo ha planteado VERDERA SERVER, R. (1999), «Adopción y principio de igualdad (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 13, págs. 335 y ss.: «¿puede ser tachado de inconstitucional un régimen que establezca diferencias entre la filiación por naturaleza y la filiación por adopción? Así formulado, la contestación surge inmediatamente: si la Constitución, en su art. 39.2, establece la igualdad de los hijos ante la ley “con independencia de su filiación”, todo supuesto de filiación sea cual sea su origen o su fuente debe recibir el mismo trato.

Pero vayamos un poco más allá en nuestras dudas: ¿es necesario que el efecto de la adopción sea la creación de una relación de paternidad y filiación? ¿O un parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante? En función de la respuesta que se dé a esta pregunta, cabrá admitir, dentro del margen de libertad del legislador, la formulación de una figura que, bajo el nombre de adopción, no suponga consecuencia alguna en el plano de la filiación. Cuestión distinta, naturalmente, es la conveniencia de esa solución o el acierto de crear una categoría de perfiles propios y autónomos, no sólo por lo que respecta a su constitución, sino también a sus efectos.

En nuestro propio ordenamiento, y tras la Constitución, hemos constatado la existencia de una categoría genérica, la adopción, con subclases (adopción plena y adopción simple) cuyos requisitos no eran absolutamente coincidentes, ni producían los mismos efectos. Y el Tribunal Constitucional admitió..., que una de esas subclases, la adopción simple, no se equiparara a la filiación por naturaleza».

¹³ ARROYO I AMAYUELAS, E./BONDIA GARCÍA, D. (2004), «¿Interpretación del testamento contraria a los derechos humanos? El caso “Pla & Puncernau vs. Andorra”

cesidad de abordar el alcance del principio de igualdad, porque en el ámbito de la libertad dispositiva lo que está vedado a la ley puede no estarlo a los particulares. No dice la Sentencia que esté hoy prohibido que el testador desigualara a sus descendientes tomando como criterio para ello la condición matrimonial, extramatrimonial o adoptiva de los mismos. Pero, en puridad, la coherencia argumentativa de la Sentencia llevaría a tener que afirmar que, efectivamente, el testador estaría privado de esa posibilidad: ¿por qué, si no, hay que entender que el criterio de igualdad, descartado en la interpretación hecha por los tribunales que conocieron del caso, era de necesario seguimiento por éstos de tal forma que el no tenerlo en cuenta constituye una lesión justificadora del amparo constitucional? Es obvio que, de aceptarse una exigencia de igualdad en estos términos, la libertad testamentaria quedaría gravemente comprometida, por lo que esta exigencia debe rechazarse. De hecho, no parece que ningún jurista se haya atrevido a proponer, de momento al menos, esta interpretación¹⁴. Pero si se rechaza esta consecuencia no es fácil entender justificado que el Tribunal Constitucional haya otorgado el amparo. Y quizá todo esto demuestra que la línea argumentativa de la Sentencia no es sostenible: no hay mejor prueba de

(STEDH, 13 de julio de 2004)», cit., pág. 53; con referencia a la opinión de cierta jurisprudencia, que aceptan los autores y también nosotros mismos, afirman: «los arts. 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)».

¹⁴ De hecho, incluso quienes consideran acertada la línea jurisprudencial de entender que los hijos adoptivos pueden ser sustitutos aunque la sustitución se haya verificado a favor de los hijos legítimos, aceptan que la igualdad no se puede imponer en la actualidad a los testadores: así, GÓMEZ CALLE, M. E. (2007), *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, cit., pág. 398. Lo reitera VAQUER ALOY, A. (2008), *La interpretación del testamento*, cit., pág. 68: «Lo que no cabe es, como hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin más considerar que se produce una discriminación entre los hijos por razón de filiación». Lo reconoce así, también, 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». Por eso resulta llamativo que GÓMEZ CALLE sostenga que en el supuesto de testamentos preconstitucionales, e incluso para el caso en que conste con claridad la voluntad testamentaria de exclusión de los hijos adoptivos, considere necesario corregir la cláusula de acuerdo con los postulados constitucionales de igualdad y no discriminación: cfr. *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, cit., págs. 398-402.

que algo ha fallado en un proceso lógico que haber afirmado algo que, llevado a sus últimas consecuencias, conduce a resultados absurdos.

Pese a que todo lo anterior nos parece indiscutible, y nos evitaría tener que analizar en nuestro caso el alcance del principio de igualdad, sería bueno también evitar dar por buena la proposición de que el principio constitucional de igualdad impone similares efectos legales sucesorios a la adopción y a la filiación biológica. Y es que, de hecho, no toda sucesión abierta hoy en día en la que participe un adoptado produce los mismos efectos legales que la sucesión en la que participen hijos biológicos. Nos referimos, evidentemente, a los casos en que entre en juego en la sucesión alguna persona adoptada en el pasado bajo sistemas que no reconozcan a la adopción la plenitud de efectos, en los términos que aclararemos luego. Importa reflexionar, entonces, sobre si el sistema actualmente vigente de Derecho transitorio se encuentra en entredicho a causa de la doctrina de la presente Sentencia¹⁵.

La justificación de nuestra idea acerca de que la igualdad con la filiación por naturaleza no se impone constitucionalmente a la adopción debe partir de que la filiación biológica ofrece una base filiatoria necesaria y «natural» que justifica sobradamente la igualdad. Es ésa la perspectiva constitucional del art. 14 CE, que habla de discriminación por «nacimiento». En cambio, la adopción es una institución ni necesaria ni natural que, desde luego, no produce un nacimiento para el adoptante. Más bien es creada «artificialmente» por el legislador, imitando la naturaleza (eso salvo en el caso del «matrimonio» contraído por personas del mismo sexo) y produciendo un vínculo, filiatorio o no, a partir de la voluntad de determinadas personas. Todo esto justifica que ni siquiera sea necesario, desde el punto de vista constitucional, que exista una regulación de la adopción y, mucho menos, que la Constitución imponga al legislador unos determinados efectos a la misma¹⁶. De hecho, la adopción, como institución civil, no está con-

¹⁵ Estamos pensando en la DT 2.^a de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la que nos referimos luego en texto. Éste es su tenor literal: «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».

¹⁶ Algún autor, sin negar lo anterior, considera que el legislador sí se encontraría algún límite constitucional en esta materia. Así, para VERDERA SERVER, R. (1999), «Adopción y principio de igualdad (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)», cit., págs. 339-340: «Naturalmente, si el legislador configura la adopción como una forma de filiación, el art. 39.2 CE impone un régimen igual en el plano de sus efectos, pero entiendo que, dentro del margen de libertad del legislador, se encuentra la posibilidad de una configuración de la adopción fuera de la categoría genérica de la filiación, con lo que al adoptado ya no se le debería poder considerar hijo. Insisto en que no estoy defendiendo

templada 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 el matrimonio y con la filiación por naturaleza. En particular, eso significa que la Constitución no impone que la adopción deba generar un vínculo de filiación; que lo haga, es una decisión libre del legislador.

Por otra parte, por requerir la constitución de la adopción del consentimiento de determinadas personas, no es en absoluto descabellado que la ley establezca que los efectos de la misma dependan de alguna manera de esa voluntad, como ha sucedido en nuestra legislación durante mucho tiempo. Y tampoco es difícil aceptar que, en la medida en que ello fuera así, las ulteriores regulaciones de la adopción puedan respetar el régimen aplicable a las adopciones constituidas de acuerdo con las normas derogadas, incluso aunque el legislador cambiara de criterio y viniera a establecer la equiparación de las nuevas adopciones con la filiación por naturaleza.

Ciertamente, en la actualidad los derechos sucesorios que genera la adopción no se diferencian de los propios de la filiación por naturaleza: ha sido una decisión legal que ha contado con un elevado grado de adhesión entre los juristas y que se debe estimar correcta. No se puede olvidar, no obstante, que este efecto no se ha establecido hasta tiempos bien recientes¹⁷ y que, incluso en la actualidad, los derechos sucesorios de los adoptados bajo el imperio de normas derogadas son diferentes a los de los hijos por naturaleza en algunos casos. Es que el legislador bien puede, como para las antiguas adopciones plenas así lo

esa posibilidad, pues por diversas razones la actualmente vigente me parece mejor solución, sino simplemente apuntando su posible existencia, lo que nos ha de poner sobre aviso de la relatividad o contingencia de ciertas afirmaciones demasiado apresuradas.

En el fondo, con las anteriores consideraciones se pretende poner de manifiesto un elemento que no debe pasar desapercibido: el dato que supone el necesario trato igual de los hijos por adopción a los hijos por naturaleza no se encuentra exclusivamente en la Constitución, en sus arts. 14 y 39.2, sino, mucho más sencillamente, en el art. 108.1 CC, al afirmar que “[l]a filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción”. El art. 108.1, que proclama la igualdad en los efectos de la filiación por naturaleza (matrimonial y no matrimonial) y por adopción, es una lógica consecuencia del apartado primero de ese mismo precepto, en combinación con los arts. 14 y 39.2 CE». Ahora bien, en nuestra opinión, este supuesto límite constitucional deviene en puramente nominal, pues al legislador le bastaría evitar la calificación de la adopción como forma de filiación para dejar de estar condicionado constitucionalmente en su régimen jurídico. Así, BERCOVITZ, R. (2010), «Un buen voto particular», cit., pág. 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».

¹⁷ Esta 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.

ha hecho, intervenir en esta materia equiparando para el futuro 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 la sucesión del adoptado se regula por los términos del título constitutivo de la adopción, según veremos a continuación¹⁸.

3. *Las transformaciones de la adopción en nuestro ordenamiento y la subsistencia actual y transitoria de adopciones con efectos jurídicos débiles*

Los derechos sucesorios legales de la adopción se encontraban excluidos en la redacción originaria del art. 177 CC, vigente hasta 1958, según el cual el adoptado no adquiriría derecho a heredar al adoptante, a menos que en la escritura de constitución de la adopción se hubiera éste obligado a instituirle heredero o fuera instituido en su testamento¹⁹. En cambio, el adoptado conservaba los derechos sucesorios que le correspondieran en su familia biológica. Y, por su parte, en coherencia con ello, el adoptante no adquiriría tampoco derecho a heredar al adoptado. La adopción, en este sistema, ni desvincula al adoptado de su familia de origen ni lo incorpora a la familia del adoptante. Con la adopción se generan, pues, unos efectos muy diversos a los que actualmente resultan del ordenamiento.

Desde el punto de vista sucesorio se discutió sobre el significado de los derechos sucesorios eventualmente concedidos al adoptado en la escritura de adopción. La mejor doctrina que interpretó el art. 177 CC admitió que el adoptado resultaba llamado a la herencia del adoptante en virtud de la promesa realizada en la escritura de adopción, sin necesidad de un acto testamentario posterior, tal como entendió también la jurisprudencia.

¹⁸ Estamos pensando ahora en las adopciones simple y menos plena, incluyendo como tales las adopciones constituidas conforme a la regulación originaria del Código Civil.

¹⁹ Sobre la evolución normativa de la regulación de la adopción pueden verse VERDERA IZQUIERDO, B. (2011), «Discriminación por razón de nacimiento. Derechos sucesorios de los adoptados», *Actualidad Civil*, n.º 1, quincena del 1 al 15 enero, págs. 2 y ss.; VERDERA SERVER, R., (1999), «Adopción y principio de igualdad (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)», cit., págs. 324 y ss.

dencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1951, de 11 de octubre de 1974, de 30 de noviembre de 1977, de 30 de mayo de 1978 y de 3 de marzo de 1988)²⁰. Se trataba, pues, de un pacto sucesorio.

La reforma de la adopción de 1958 introdujo dos modalidades de adopción: la adopción plena y la menos plena. El art. 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 art. 179 CC otorgaba al adoptado en forma plena una posición sucesoria forzosa similar a la del hijo natural reconocido; mientras que el adoptado en forma menos plena, según el art. 180 CC, «sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción». La Ley de 24 de abril de 1958 no reguló el Derecho transitorio, y tuvieron que ser la doctrina y la jurisprudencia las que se ocuparan de averiguar qué norma se aplicaba a la sucesión que se abriera después de esta Ley en las adopciones formalizadas antes. El tratamiento del problema partió de la constatación de que la adopción anterior a la reforma constituía una figura distinta, por lo que sus efectos no podían equipararse a la adopción plena regulada en la nueva Ley; de modo que el adoptado con anterioridad a la reforma no pasaba a ostentar derechos sucesorios legales, sino que sólo conservaba los derechos concedidos en la escritura de adopción al amparo del originario art. 177 CC²¹. Ésta también fue la solución pacíficamente admitida por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1974, de 28 de enero de 1975, de 30 de mayo de 1978, de 3 de marzo de 1988, de 17 de junio de 1988 y RDGRN de 16 de junio de 1979).

²⁰ DE LA CÁMARA, M. (1951), «Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil», *RDP*, págs. 90 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1978), *Estudios sobre donaciones*, Madrid, Montecorvo, págs. 173 y ss.; ROCA SASTRE, R. M. (2009), «La sucesión contractual en el Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho privado*, II, Pamplona, pág. 404; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (1959), «La institución contractual del hijo adoptivo y las disposiciones “mortis causa” anteriores y posteriores del adoptante», *RDP*, pág. 940; PIÑAR LÓPEZ, B. (1954), «La adopción y sus problemas jurídicos», *AAMN*, VIII, Madrid, págs. 143 y ss.; DE LOS MOZOS, J. L. (1968), «Adopción y pacto sucesorio», *Revista de Derecho Español y Americano*, n.º 22, págs. 17-18; ALBALADEJO, M. (1988), «La Ley que rija al morir el causante es la que regula la sucesión en que incida una adopción», *ADC*, pág. 445.

²¹ GAMBÓN ALIX, G (1960), *La adopción*, Barcelona, pág. 299; SOTO NIETO, F. (1961), «Derechos sucesorios del hijo adoptivo en el Código civil español», *RGLJ*, pág. 696; SÁNCHEZ-RUBIO, A. (1994), *Derechos sucesorios de los hijos adoptivos en el Código civil*, Barcelona, Bosch, págs. 174 y ss.

La reforma del Código Civil por la Ley de 4 de julio de 1970 mantuvo los dos tipos diferentes de adopción que se encontraban vigentes. 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 (arts. 176 y 179 CC), y a los de los naturales reconocidos, en el caso de la que ahora pasa a denominarse adopción simple. Se tiene aquí la constatación de que el legislador ha descubierto la igualdad de los hijos adoptivos con los hijos por naturaleza con bastante anterioridad a todo condicionamiento constitucional en los términos acabados de exponer. Pero, de nuevo, nos encontramos con particularidades de Derecho transitorio en las adopciones constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma; de hecho, el sistema viene a suponer la perpetuación de los efectos limitados de determinadas adopciones. En este sentido, la única Disposición Transitoria de la Ley de reforma de 1970 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, acepta 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 también se han pronunciado la doctrina²² y alguna Sentencia del Tribunal Supremo (de 5 de octubre de 1991).

No es hasta la reforma de 1987 cuando desapareció la posibilidad de adoptar en dos formas diferentes (no se debe olvidar que en 1981 todavía se mantiene la adopción simple, sin efectos sucesorios forzosos: vid. art. 180 CC) y se equipararon los derechos sucesorios del adoptado con los de los hijos por naturaleza. Pero esta reforma 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 actual. De hecho, a esas formas siguen sin aplicárseles las normas que regulan hoy los efectos sucesorios de la adopción: de ahí que la DT 2.^a 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

²² ALBALADEJO, M. (1988), «La Ley que rija al morir el causante es la que regula la sucesión en que incida una adopción», cit., págs. 442, 444, 445 y 466; NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (1986), «El orden de suceder abintestato y personas con derecho a legítima después de la reforma del Código civil», *RDP*, pág. 735; SÁNCHEZ-RUBIO, *Derechos sucesorios de los hijos adoptivos en el Código civil*, cit., págs. 158 y 177.

de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma»²³. 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 y conforme con la Constitución.

4. *Los criterios generales de interpretación del testamento a la luz de la Sentencia*

La Sentencia establece, a nuestro juicio, unos criterios acerca de la interpretación del testamento que deben examinarse con cautela. Alguno resulta en llamativo contraste con la doctrina casi unánime asentada sobre esta materia. Parece que se quiere forzar una interpretación que resulta más coherente con los valores del intérprete que la que se deduce del texto y el contexto del testamento. Y aludimos a los valores del intérprete y no a los constitucionales con toda intención, porque ni siquiera bajo la vigencia del actual texto constitucional sería inviable una cláusula testamentaria como la contemplada, que excluyera a los hijos no matrimoniales y a los adoptivos.

²³ De acuerdo plenamente con la opinión de BERCOVITZ, R. (2010), «Un buen voto particular», cit., pág. 3: «La Constitución no impone al legislador un tratamiento igual de los hijos adoptivos frente a los hijos naturales. En primer lugar, si se quiere hablar de discriminación de los hijos adoptivos, conviene precisar que la misma no sería por razón de nacimiento. Ello es tan evidente que no necesita explicación alguna. De entenderse que existe la discriminación, la misma procedería y se produciría a partir de la adopción, que nada tiene que ver con el nacimiento. El legislador de 1981, cuya voluntad principal era, entre otras cosas, la de constitucionalizar nuestro Código Civil en materia de filiación, no equiparó a los adoptados con los hijos naturales, y mantuvo una clara diferencia además entre adoptados simples o menos plenos y adoptados plenos. A nadie se le pasó por la cabeza que la Ley 11/1981 (en cuyo Anteproyecto trabajó intensamente la Comisión de Codificación, con algunos de nuestros más ilustres civilistas de aquel momento) pudiese ser anticonstitucional en esta materia. Si se lee la Exposición de Motivos de la Ley 21/1987, que introdujo en nuestro Código Civil la equiparación de los adoptados con los hijos naturales, podrá comprobarse que en ningún lugar de la misma se menciona como propósito del legislador realizar dicha equiparación por imperativo constitucional. Por ello, esa misma Ley estableció en su disposición transitoria segunda la subsistencia de las adopciones simples o menos plenas con los efectos de la legislación anterior. Nadie ha cuestionado hasta ahora la constitucionalidad de la mencionada disposición transitoria. No dudo de la oportunidad legislativa de esa equiparación de los adoptados con los hijos naturales, pero entiendo que dicha equiparación no responde a una exigencia constitucional. Lo que quiere decir que 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».

En primer lugar, se entiende que no se deduce de manera inequívoca de la formulación literal de la cláusula testamentaria que la expresión «hijos legítimos» no comprenda a los hijos adoptados. Esa consecuencia solamente sería producto de la interpretación que de aquella expresión realiza el órgano judicial. En realidad, es mucho más convincente entender, con el voto particular, que la interpretación de la disposición testamentaria realizada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña «no es arbitraria ni irrazonable en relación con la indagación de la voluntad del testador, y, consecuentemente, carece de trascendencia constitucional»²⁴. En efecto, la cláusula será tan oscura o tan clara como una eventual disposición que, en la actualidad, dispusiera de determinados derechos a favor de los «hijos matrimoniales», de los «hijos no matrimoniales» o de los «hijos adoptivos»; el término «hijos legítimos» tenía un preciso significado técnico en el momento de otorgarse el testamento (cfr. art. 108 CC en su redacción originaria), exactamente igual que hoy tienen también un sentido muy claro esas otras expresiones que acabamos de reproducir. De hecho, pensamos que ni la propia Sentencia, pese a lo que dice, dude de cuál era el sentido de la cláusula testamentaria²⁵.

²⁴ En contra de lo que sostenemos en el texto, acerca de la interpretación de la cláusula, MORETÓN SANZ, M. F. (2011), «El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit* (sic): igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva», *RCDI*, n.º 723, págs. 565: «En puridad, el tenor literal de la cláusula no era lo suficientemente explícito para que fuese aceptable la interpretación judicial de instancia sobre que el causante hubiese podido, caso de pretenderlo, discriminar ante la distinta filiación adoptiva o biológica de los hijos e hijas de los fiduciarios.

Con todo, téngase presente que sí soportaría un juicio de constitucionalidad una cláusula testamentaria en que el testador deliberadamente excluyese de la liberalidad hereditaria a legitimario por razón de su distinta filiación, caso de que respetase escrupulosamente la intangibilidad de la legítima». No entendemos de qué modo podría haber sido más explícito el testador acerca de su voluntad que usando el término «hijos legítimos», que no se refiere en absoluto a la adopción y que tenía un significado técnico-jurídico bien preciso.

²⁵ La STC tiene que afirmar eso para poder forzar la argumentación y así atribuir a los tribunales la violación del principio de igualdad y, finalmente, poder corregir a su arbitrio la voluntad declarada. Se aprecia esto con toda claridad en el siguiente pasaje, cuya cita nos permitimos reiterar: «que la expresión “hijos legítimos” empleada por el testador no comprende a los hijos adoptados, no se deduce de manera inequívoca de la formulación literal de la cláusula testamentaria, sino que es producto de la interpretación que de aquella expresión realiza el órgano judicial, de manera que la exclusión de las demandantes de amparo del llamamiento a la herencia no tiene su origen directo en el ejercicio de la libertad de testar sino en el de la jurisdicción. En efecto, una vez sentado que la voluntad del testador es la ley de la sucesión y que ésta debe ser interpretada de conformidad con el sentido literal del testamento (art. 675 del Código civil), la legislación aplicable y los términos en los que estaba formulada la disposición testamentaria otorgaban en este supuesto a los órganos judiciales un margen de arbitrio dentro del cual éstos podían realizar legítimamente interpretaciones diversas de la expresión “hijos legítimos”».

En segundo lugar, la Sentencia afirma que la voluntad del testador debe ser interpretada de conformidad con la situación jurídica propia del momento en que ha de ejecutarse la sustitución. En realidad, esta proposición es totalmente contraria a la naturaleza de la interpretación testamentaria: si de verdad queremos interpretar la voluntad del testador hay que tener en cuenta el significado de las palabras y las instituciones en la época de otorgamiento del testamento²⁶. Por eso, contra lo que dice la Sentencia, nos parece que no existe ningún margen de arbitrio para los tribunales a la hora de interpretar la expresión «hijos legítimos» contenida en la cláusula testamentaria. El sentido de dicha

²⁶ Es la clásica opinión brillantemente expuesta entre nosotros por JORDANO BAREA, J. B. (2006), «El testamento y su interpretación», en *Escritos Jurídicos*, vol. I, Sevilla, Fundación El Monte, *passim*; por ejemplo, pág. 381: «Siendo esencialmente un negocio no recepticio que se cumple con la creación y simultánea emisión de la declaración de voluntad, no hay ninguna razón para referir su interpretación al momento de la muerte del testador (o próximo a ella) en lugar de al tiempo en que el acto se formó de modo definitivo, aunque revocable». En el mismo sentido, VAQUER ALOY, A. (2008), *La interpretación del testamento*, cit., pág. 68: «hay que investigar la voluntad real del testador al tiempo de otorgar el testamento, lo que, por definición, excluye tener que acudir a la situación legal y social del tiempo en que la disposición testamentaria debe desplegar su eficacia». También excluye que el momento de apertura de la sucesión tenga relevancia interpretativa ABRIL CAMPOY, J. M. (2006), «La sustitución fideicomisaria y los hijos puestos en condición: ¿aplicación directa de la Constitución en el ámbito propio de la autonomía privada?», cit., pág. 16. Se ha dicho, con acierto, con referencia a la Sentencia comentada que: «No estamos en el campo de interpretación de las normas, para las que debe tenerse en cuenta “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”». Se trata de la interpretación que corresponda a la intención del causante en el momento de emitir su declaración de voluntad, esto es, en el momento de otorgar su testamento. No tiene sentido tratar de conectar dicha intención con una situación jurídica totalmente aleatoria para él so pretexto de que se corresponda con el momento de ejecución de la sustitución»: BERCOVITZ, R. (2010), «Un buen voto particular», cit., págs. 2-3. También diferencia en esta materia la interpretación legal y la testamentaria ABRIL CAMPOY, J. M. (2006), «La sustitución fideicomisaria y los hijos puestos en condición: ¿aplicación directa de la Constitución en el ámbito propio de la autonomía privada?», cit., págs. 25-26. De acuerdo también ARROYO I AMAYUELAS, E./BONDIA GARCÍA, D. (2004), «¿Interpretación del testamento contraria a los derechos humanos? El caso “Pla & Puncernau vs. Andorra” (STEDH, 13 de julio de 2004)», cit., pág. 39, en una opinión perfectamente aplicable a nuestro caso: «Esta voluntad debe ser interpretada, según ya se ha dicho, de conformidad con el derecho que era vigente en el momento del otorgamiento del testamento. Se debe poner en relación con las disposiciones legales entonces vigentes y no, como también ya se ha explicado, porque la testadora tuviese obligación de observarlas — nada habría impedido que a pesar de no tener los nietos adoptivos derechos en la sucesión intestada de sus ascendientes, sin embargo la testadora los hubiere instituido expresamente —, sino porque las referencias normativas sirven al juez para fijar cuál era la realidad social del momento y deducir de ésta la presunta voluntad testamentaria». En contra, es decir, aceptando la interpretación según los criterios actuales del ordenamiento, SAN SEGUNDO MANUEL, T. (2006), «La sustitución fideicomisaria condicional “si sine liberis decesserit”: los hijos adoptivos como fideicomisarios. La interpretación de las cláusulas fideicomisarias de los testamentos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 82, n.º 695, págs. 1208-1209.

expresión no resultaba en absoluto oscuro o ambiguo al ser formulada en el año 1927, y en esa fecha que el testador pudiera entender incluida en ella a los adoptados no es más que una recreación actual, sin fundamento alguno en la voluntad del testador²⁷.

En tercer lugar, se dice en la Sentencia que es legítimo presumir que, a menos que en el testamento conste lo contrario de forma inequívoca, no es la voluntad del testador introducir distinciones que resulten contrarias a los fundamentos del sistema jurídico vigente en el momento en que se cumple la condición²⁸. Parece que la presente proposición resulta errónea: ¿de verdad se está diciendo que el testador se debería plantear la evolución futura del ordenamiento para asegurarse de que su voluntad no resulta falseada por los que deben aplicarla? Obviamente, el testador medio, salvo alguno particularmente retorcido, al declarar su voluntad no puede tener presente el desarrollo futuro del ordenamiento para excluir su aplicación al testamento por un futuro intérprete del mismo. En las cuestiones de derecho imperativo será el legislador el que tenga que resolver lo procedente y de nada servirá una voluntad testamentaria contraria o favorable²⁹; mientras que en las cuestiones de

²⁷ Estamos de acuerdo con BERCOVITZ, R. (2010), «Un buen voto particular», cit., pág. 2, cuando afirma que «no es cierto que no se deduzca de forma inequívoca la voluntad del causante de su formulación literal cuando condiciona la eficacia de la sustitución fideicomisaria a la existencia o inexistencia de hijos legítimos. Presumir que un testador que dispone una sustitución fideicomisaria tan compleja (que necesariamente implica dominio del Derecho y de su terminología, por conocimiento propio o por asesoramiento) no es perfectamente consciente de que cuando habla de hijos legítimos en 1927 se refiere única y exclusivamente a hijos matrimoniales, constituye una hipótesis carente de fundamento. No se olvide que en la interpretación del testamento la literalidad de las palabras sólo puede desconocerse excepcionalmente, por razones obvias».

²⁸ «Los fundamentos del sistema jurídico vigente en el momento en el que se cumple la condición de una sustitución fideicomisaria son totalmente ajenos a la voluntad del testador. No cabe presumir nada al respecto, ni a favor ni en contra»: así, BERCOVITZ, R. (2010), «Un buen voto particular», cit., pág. 3. En cambio, para la Sentencia TEDH de 13 julio 2004 la interpretación «no podría hacerse exclusivamente a la luz del contexto social en vigor en el momento de la redacción del testamento o del fallecimiento de la testadora, en este caso en 1939 y en 1949, en la medida en que, concretamente, transcurrió un período de cincuenta y siete años entre la fecha del establecimiento del testamento y el momento de la apertura del mismo. En presencia de un intervalo de tiempo tan largo, en el curso del cual se produjeron profundos cambios tanto en el ámbito social como económico y jurídico, el Juez no puede ignorar estas nuevas realidades». También la STS de 29 septiembre 2006 (RJ 2006/6513) asume esta misma, a nuestro juicio, infundada apreciación: cfr. la cita de la STS *supra*, en el apartado I. En realidad, la libertad de disposición consiste en que el testador puede apartarse de las concepciones sociales vigentes y que la alteración de las mismas no va a afectar a esa libertad: salvo, naturalmente, que se traduzcan en normas prohibitivas o imperativas.

²⁹ Así lo resolvió, por ejemplo, la DT 12.^a CC: «Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste

derecho dispositivo resulta difícil imaginar un mecanismo adecuado para que el testador manifieste inequívocamente apartarse de las consecuencias (desconocidas e imprevistas para él por definición) que un futuro intérprete pretenda deducir del ordenamiento. Hay una cosa cierta: a la vista de lo que era la adopción desde el punto de vista legal en 1927 (ni generaba filiación ni derechos sucesorios, ni se parecía en nada a la filiación legítima), cuando emite su declaración de voluntad, el testador jamás hubiera sospechado que se pudiera entender su testamento como ahora lo entiende el Tribunal Constitucional³⁰. Así las co-

lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que corresponda según el Código».

³⁰ Estamos de acuerdo con LÓPEZ FRÍAS, M. J. (2004), *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, cit., pág. 86: «la solución sobre si los hijos adoptivos se entienden incluidos o no, en una sucesión distinta a la de su adoptante, queda a la estricta voluntad del testador, que habrá que interpretar para cada caso concreto pero teniendo en cuenta que el causante, fuera de lo que es Derecho imperativo (por ejemplo dejar la legítima a quienes sean sus herederos forzosos), puede someter la sustitución fideicomisaria a la condición que estime oportuna». Y, en cambio, no nos convence en absoluto la exposición de GÓMEZ CALLE, M. E. (2007), *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, cit., págs. 398 y ss.: «al otorgar el testamento en el contexto indicado, lo más probable es que al testador ni siquiera se le pasara por la cabeza la posibilidad de que la persona a la que estaba nombrando fiduciario pudiera adoptar a un hijo, y, menos aún, la posibilidad de que, en el futuro, los hijos adoptivos fueran equiparados legalmente a los matrimoniales». Esto último es quizá cierto, pero no lo primero, porque el hecho de que las normas legales de la adopción se pronunciaran en un determinado sentido, o de que la adopción fuera rara en la práctica, no comporta de suyo que se pueda afirmar la imprevisión del testador sobre una eventual adopción futura. Los juicios sobre la voluntad del testador nos parecen tan puramente hipotéticos que nos resulta difícil darles valor interpretativo. La autora se plantea también otra hipótesis: que «en el contexto descrito, el testador hubiera previsto que el fiduciario podía adoptar y, a la vista de ello, y siendo su voluntad excluir de la condición *si sine liberis* a un posible hijo adoptivo, así lo hubiera dispuesto claramente en su testamento. Mas, entonces, habría que tener en cuenta que, probablemente, lo quiso determinado por la situación legal y social vigente cuando expresó su voluntad; esto es, que, de haber contemplado la posibilidad de que esa situación variara en el sentido en que después lo haría, seguramente habría querido otra cosa. Si así fuera, cabría recurrir a la interpretación integradora porque nos hallaríamos ante una imprevisión del testador» (págs. 400-401). No podemos estar tampoco de acuerdo con este otro modo de reescribir el testamento a la luz de las circunstancias posteriores a su otorgamiento. Nos parece, además, que de este modo se toma un camino muy peligroso que, una vez emprendido, es de difícil retorno: ¿qué circunstancias entre las infinitas que hayan sobrevenido al testamento podremos tener en cuenta para cuestionarnos el contenido del mismo? Lo cierto es que el testador tiene en cuenta un determinado contexto al declarar su voluntad y ése debe ser el relevante para la interpretación del testamento. De hecho, nuestra crítica nos parece fundada en la propia obra de esta autora, que en págs. 168-169 recomienda «la necesidad de ser muy restrictivos a la hora de ponderar la posible relevancia de hechos ocurridos tras morir el causante, más aún si la disposición testamentaria ha devenido ya plenamente eficaz; entonces, su corrección *a posteriori* o su ineficacia sobreveni-

sas, ¿habría de excluir el testador de forma todavía más inequívoca a los hijos adoptivos? Parece una exigencia excesiva. En cualquier caso, la gran distancia temporal entre la fecha del testamento y su ejecución no puede invocarse aquí para falsear la voluntad testamentaria: es problema del legislador definir en qué medida un testamento puede ser válido, y ninguna salvedad a su eficacia se hace en cuanto a la antigüedad del mismo; y también es cometido del legislador determinar en qué medida determinadas cláusulas testamentarias siguen proyectando su eficacia muchos años después de muerto el causante. Pero si nada en contra dice el legislador, tan respetuoso ha de ser el intérprete con un testamento otorgado el día antes del fallecimiento del testador y que se deba interpretar al día siguiente que con un testamento otorgado años antes del fallecimiento, o con aquel en el que alguna de sus cláusulas deba tener eficacia a una gran distancia temporal.

En nuestra opinión, esto que explicamos impediría considerar que la Sentencia del TSJC, cuyo pronunciamiento resulta impugnado ante el TC, contraviene el derecho a la igualdad y a la no discriminación³¹. Al interpretar el testamento, el Tribunal no actúa a su «arbitrio», sino que intenta averiguar la voluntad del causante. Arbitraria, en fin, sí que es la interpretación «actualizadora» que se propone porque no corresponde a la voluntad del causante y no tiene sentido en una materia en la que no se está jugando con la sucesión forzosa. Si no existe problema para que en la actualidad una persona dispusiera en testamento de un fideicomiso similar al del testamento, excluyendo a los hijos adoptivos frente a los demás hijos³², o, al revés, cuánto más pudo hacerse

da sólo pueden admitirse muy excepcionalmente, y sólo si el testamento da base suficiente para deducir de él que tal hubiera sido la voluntad del testador». Juzgue el lector qué modo de interpretar el testamento del caso respeta mejor esta recomendación.

³¹ Por tanto, estamos de acuerdo con VERDERA IZQUIERDO, B. (2011), «Discriminación por razón de nacimiento. Derechos sucesorios de los adoptados», cit., pág. 12: «Ante la corriente actual de hacer valer el principio de igualdad y no discriminación, también es compartible el criterio expresado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el sentido de que el testador puede hacer con su patrimonio lo que considere oportuno, en tanto respete los preceptos imperativos. Por tanto, si quiere excluir a los hijos adoptivos debería ser factible. Así, una cosa es que la legislación los discrimine en cuyo caso se deben adoptar las medidas oportunas, y otra que el testador distribuya sus bienes como mejor considere».

³² Así, expresamente, BERCOVITZ, R. (2010), «Un buen voto particular», cit., pág. 3: «Si actualmente se puede favorecer a una categoría de hijos mediante donaciones o disposiciones *mortis causa* frente a los demás hijos, siempre que se respete la legítima de estos últimos, con mayor razón cabe afirmar lo mismo con respecto a un momento en el que nuestro Ordenamiento establecía claras diferencias entre unas y otras categorías de filiación. No tiene pues sentido alguno pretender, mediante interpretaciones correctoras, alterar la voluntad de un causante manifestada en 1927 y fallecido en 1945». En el mismo sentido se pronuncia el voto particular: nadie tiene derecho a un acto de liberalidad, por lo que las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE no se proyec-

esto en el pasado. Y es peligroso en extremo otorgar este margen de discrecionalidad a los tribunales para que interpreten el testamento según su parcial visión de lo más justo o conveniente.

En la doctrina, a veces se ha dicho que supuestos como el estudiado no plantean 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 adopción³³. No estamos muy seguros de que las cosas se puedan enfocar así: no vemos por ninguna parte una laguna de la voluntad que necesite su integración. El problema es de interpretación: averiguar si los hijos adoptivos están o no incluidos en la cláusula testamentaria; para ambos supuestos fácticos los efectos jurídicos resultan claros y están expresamente previstos en el testamento. De hecho, en ausencia de hijos legítimos, como era el caso, la sustitución operaba a favor del hermano superviviente. No creemos, entonces, que se pudiera hablar de imprevisión por parte del testador.

Naturalmente, cabe que el supuesto se plantee en otros términos, que permitan una interpretación diferente. Por ejemplo, si el causante hubiera utilizado el término «hijos», entonces, además de la directa interpretación de la voluntad, se hubieran podido invocar, en su caso, las normas legales pertinentes que tengan carácter interpretativo de la voluntad, como es el caso del art. 772.3 CC³⁴. Pero éste no ha sido el caso, y no es necesario ahondar en esta otra hipótesis.

tan sobre los actos de liberalidad, *inter vivos* o *mortis causa*. Por eso, respetando el régimen de legítimas, el causante puede disponer de sus bienes para después de su muerte del modo que estime conveniente, sin necesidad de ofrecer justificación sobre su decisión ni estar vinculado por las prohibiciones contempladas en el art. 14 CE.

³³ GÓMEZ CALLE, M. E. (2007), en *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, cit., pág. 398; se adhiere a esta opinión VAQUER ALOY, A. (2008), *La interpretación del testamento*, cit., pág. 68. Y dice también este autor que «situados en la realidad de cuando se otorga la disposición, ciertamente parece difícil que el testador pudiera *explícitamente* prever el supuesto de la adopción cuando ésta estaba tan limitada que apenas era concebible» (*op. cit.*, págs. 67-68). En realidad, nosotros no vemos necesario que el testador se tenga que representar todas las posibles situaciones excluidas por la cláusula de sustitución fideicomisaria: de lo que se trata es de que la declaración testamentaria tiene un contenido concreto y claro que hay que aplicar. Resulta un tanto complejo especular sobre las razones por las cuales el testador no se refiere a los posibles adoptados, pero es puramente hipotético afirmar que los limitados efectos legales de la figura hacen difícil que el testador la tenga en cuenta. En realidad, sean cuales fueran los efectos legales que la adopción produjera, el testador pudo tener en cuenta la eventualidad de la futura adopción, y no la tuvo. Por eso, no parece que nos encontremos ante una hipótesis de imprevisión del testador: las consecuencias jurídicas estaban claras para este caso, pues se llamaba a otra persona a la herencia cuando no existieran hijos legítimos, y los adoptados no lo son.

³⁴ Para VAQUER ALOY, A. (2008), *La interpretación del testamento*, cit., pág. 69, «la aplicación de las normas interpretativas constituye el último recurso. Antes puede llegarse a la conclusión que la expresión “hijos” tal como la utilizó el testador era simplemente neu-

En cuarto lugar, la Sentencia afirma la necesidad de interpretar las disposiciones testamentarias conforme a la igualdad constitucional entre los diferentes tipos de hijos. ¿Es correcta esta afirmación? Nos parece que no hay ningún dato constitucional ni legal que la apoye en un sentido tan general. Otra cosa es que tenga una parte de verdad, con fundamento en algunas normas legales y en cuanto a ciertos efectos. Pero, en cualquier caso, a nuestro juicio, esa posible parte de verdad no viene determinada por el pretendido e inexistente imperativo constitucional de igual trato en la sucesión voluntaria a los diferentes tipos de hijos. En concreto, lo único que admitimos es que, a los efectos de la desigualación de los legalmente considerados como iguales, algunas normas exigen una manifestación expresa del testador en determinados ámbitos de libre disposición para éste. En concreto, estamos pensando en las normas legales acerca de la mejora y de la dispensa de colación: en estos ámbitos la voluntad del causante debe ser expresa. Estamos pensando, pues, en los arts. 825 y 828 CC, aunque en éste con matices, por lo que se refiere a la mejora; y en el art. 1036 CC, en lo que hace a la colación. Por eso, en cuanto la voluntad no sea efectivamente clara, habría que interpretar la cláusula dudosa a favor de la igualdad, pero siempre por imperativo legal y no constitucional³⁵. En la duda, pues, no hay mejora y no hay dispensa de colación. De ese modo, legalmente se favorece la igualdad entre los descendientes, que viene a ser un objetivo legal implícito en la sucesión.

No obstante, no sería el caso de aplicar esa idea en nuestro supuesto, porque ni estamos ante un problema de legítima ni de colación; porque en el momento de otorgamiento del testamento no se requería legalmente la igualdad de los adoptados con los hijos por naturaleza, y

tra y, entonces sí, (...) el testador estuviera contemplando genéricamente a quien fuera hijo al tiempo de su fallecimiento u otro momento futuro. En tal caso (...) —precisamente porque tal era la voluntad del causante— la presencia de un hijo adoptivo, en el supuesto que vengo considerando, purificaría la condición». Debe tenerse en cuenta, en cuanto al ámbito en que la norma del art. 772.3 CC funciona, la observación de LÓPEZ FRÍAS, M. J. (2004), *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, cit., pág. 85: el precepto considera que la expresión genérica hijos incluye a los adoptivos, en referencia al testamento del adoptante y no a los de los terceros. Respecto a la cuestión interpretativa del término hijos en Cataluña puede verse la interesante y documentada exposición de la evolución histórica, desde el Derecho común hasta la actualidad, en ARROYO I AMAYUELAS, E./BONDIA GARCÍA, D. (2004), «¿Interpretación del testamento contraria a los derechos humanos? El caso "Pla & Puncernau vs. Andorra" (STEDH, 13 de julio de 2004)», cit., págs. 39 y ss.

³⁵ En suma, no creemos que el principio de igualdad constitucional imponga especiales cautelas interpretativas en un testamento en el que se establezcan disposiciones a favor de los hijos. En las materias que la ley deje a la libre disposición del causante, será su voluntad la que deba ser interpretada, y no habrá que vencer una regla constitucional de igualdad.

porque, en cualquier caso, la voluntad testamentaria era clara en un sentido excluyente de los adoptados. Carentes de esos condicionamientos, la voluntad testamentaria es ley de la sucesión, y la igualdad no tiene relevancia hermenéutica.

5. Conclusiones

En el desarrollo del trabajo pensamos haber demostrado las dos proposiciones que adelantábamos al comenzarlo: primero, que el principio constitucional de no discriminación no se refiere a los adoptados, en relación con los hijos por naturaleza; segundo, que aun considerando que esa igualdad fuera exigible, ello no comporta más que igualdad ante la ley, pero no que se pueda imponer al testador que atribuya bienes y derechos con igualdad. Y esta segunda conclusión debe referirse tanto al testador actual como al que testó con anterioridad a la Constitución. Otra cosa será que la interpretación del testamento pueda conducir en algún caso a entender una determinada cláusula en un sentido corrector de su letra, cuando para ello pueda encontrarse algún fundamento en la voluntad del testador; pero en el caso contemplado no conocemos que esto se intentara siquiera.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABRIL CAMPOY, J. M. (2006): «La sustitución fideicomisaria y los hijos puestos en condición: ¿aplicación directa de la Constitución en el ámbito propio de la autonomía privada?», en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 13-38.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1988): «La Ley que rija al morir el causante es la que regula la sucesión en que incida una adopción», *Anuario de Derecho Civil*, págs. 441-468.
- ARROYO I AMAYUELAS, E./BONDIA GARCÍA, D. (2004): «¿Interpretación del testamento contraria a los derechos humanos? El caso “Pla & Puncernau vs. Andorra” (STEDH, 13 de julio de 2004)», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 18, págs. 7-87.
- BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010): «Un buen voto particular», *Aranzadi Civil*, n.º 4 (Tribuna).
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1951): «Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil», *Revista de Derecho Privado*, págs. 89-109.
- DE LOS MOZOS, J. L. (1968): «Adopción y pacto sucesorio», *Revista de Derecho Español y Americano*, n.º 22, págs. 11-23.
- GAMBÓN ALIX, G. (1960): *La adopción*, Barcelona, Bosch.
- GÓMEZ CALLE, M. E. (2007): *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Madrid, Thomson-Civitas.

- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (1959): «La institución contractual del hijo adoptivo y las disposiciones “mortis causa” anteriores y posteriores del adoptante», *Revista de Derecho Privado*, págs. 937-965.
- JORDANO VAREA, J. B. (2006): «El testamento y su interpretación», en *Escritos Jurídicos*, vol. I, Sevilla, Fundación El Monte, págs. 265-398.
- LÓPEZ FRÍAS, M. J. (2004): *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, Granada, Comares.
- MARSAL GUILLAMET, J. (2005): «Els fills posats en condició: interpretació del testament i discriminació. Comentari a la sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans (Secció 4.^a) Sentència 13.7.2004 (Pla i Puncernau contra Andorra, núm. 69.498/01)», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 104, n.º 2, págs. 477-496.
- MORETÓN SANZ, M. F. (2011): «El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit* (sic): igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 723, págs. 550-568.
- NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (1986): «El orden de suceder abintestato y personas con derecho a legítima después de la reforma del Código civil», *Revista de Derecho Privado*, págs. 715-757.
- PIÑAR LÓPEZ, B. (1954): «La adopción y sus problemas jurídicos», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, VIII, Madrid, págs. 141-188.
- ROCA SASTRE, R. M. (2009): «La sucesión contractual en el Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho privado*, II, Pamplona, págs. 391-423.
- SÁNCHEZ-RUBIO, A. (1994): *Derechos sucesorios de los hijos adoptivos en el Código civil*, Barcelona, Bosch.
- SAN SEGUNDO MANUEL, T. (2006): «La sustitución fideicomisaria condicional “si sine liberis decesserit”: los hijos adoptivos como fideicomisarios. La interpretación de las cláusulas fideicomisarias de los testamentos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 82, n.º 695, págs. 1205-1209.
- SOTO NIETO, F. (1961): «Derechos sucesorios del hijo adoptivo en el Código civil español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, págs. 681-789.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1978): *Estudios sobre donaciones*, Madrid, Montecorvo.
- VAQUER ALOY, A. (2008): *La interpretación del testamento*, Madrid, Reus.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2011): «Discriminación por razón de nacimiento. Derechos sucesorios de los adoptados», *Actualidad Civil*, tomo 1, n.º 1, quincena del 1 al 15 de enero, pág. 4.
- VERDERA SERVER, R. (1999): «Adopción y principio de igualdad (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 13, págs. 297-378.
- VIVAS TESÓN, I. (2004): «Interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 13, págs. 335-346.