

Sentencias comentadas

Reforma constitucional de la filiación, preterición y problemas de derecho transitorio

A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo
de 17 de marzo de 1995

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Doctor en Derecho. Profesor Ayudante de Derecho Civil.
Universidad de Sevilla

I. PLANTEAMIENTO

La Sentencia que vamos a comentar se ocupa de uno de los aspectos sobre los cuales la influencia de la Constitución sobre materias civiles, como norma jurídica superior del ordenamiento jurídico, fue más señalada; en concreto, el principio constitucional de igualdad ante la Ley de las distintas clases de filiación (arts. 14 y 39.2 de la Constitución) que entró en contraste con parte de la normativa del Código sobre la filiación, y sobre las normas de la sucesión forzosa y de la intestada.

En la doctrina generalmente existe acuerdo en que el principio constitucional de igualdad deroga en algunos puntos el sistema de filiación del Código Civil, pero no resulta totalmente claro qué normas deroga en concreto y qué derecho resulta de aplicación tras dicha derogación¹. El propio devenir procesal del caso que estamos comentando nos confirma en la dificultad de esta tarea. Debe notarse por ejemplo, que, aun coincidiendo el Tribunal Supremo con la Sentencia de la Audiencia en los principios jurídicos aplicables al litigio discrepan de forma esencial en los efectos². Tan es así que en cuando el Tribunal Supremo hace referencia a las costas no tiene más remedio que reconocer la dificultad del supuesto planteado³.

¹ Precisamente se alegaba, en un tema que parcialmente nos interesa, en favor de la no derogación inmediata de las normas sucesorias contrarias a la igualdad, que «en general, las normas sucesorias no pueden ser derogadas directamente porque precisan de otras que las sustituyan y a falta de las cuales habría una laguna»: así LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, ed. 1981, p. 534.

² Lo reconoce el propio Tribunal Supremo en el sexto fundamento de Derecho: «Los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, que, no obstante, encauzan en algún sentido a la resolución del problema desde una perspectiva constitucional en el razonamiento, no terminaron de extraer todas las consecuencias a que tal examen obliga así respecto de las pretensiones ejercitadas ("acciones"), así respecto a la interpretación del derecho probatorio aplicable a un proceso nacido bajo el imperio de la Ley nueva».

Señala el Tribunal Supremo en el FD 17: «Las costas de la primera instancia en atención a la complejidad del asunto y problemas de Derecho transitorio y derogaciones por inconstitucionalidad que han debido ponderarse, determinan la concurrencia de circunstancias que aconsejan no hacer imposición expresa de las mismas, esto es, deberán satisfacerse por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad».

Junto a todo ello, en el caso que contemplamos, se suscita la cuestión –ligada a toda hipótesis de sucesión de normas en el tiempo– de cuál será el Derecho transitorio que resulte de aplicación en el conflicto producido, materia en la que nuestra Sentencia tiene una gran importancia. A este respecto, es interesante destacar que la solución de las dudas planteadas por la sucesión de normas en el tiempo que se produce en materia de filiación es muy compleja, por estar involucradas tres regulaciones diferentes en un corto espacio de tiempo: la previa a la Constitución; la establecida por ésta al derogar la precedente en lo que contrastaba con el principio de igualdad⁴; y, por último la introducida por la Ley de Reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981⁵.

En un trabajo anterior en que nos ocupábamos de la reforma constitucional de la legítima y los consiguientes problemas de Derecho transitorio que conllevaba⁶, afirmábamos que el alcance práctico del tema quedaba reducido por la reforma legal del Código Civil para adaptarlo a los requerimientos constitucionales, ya que el período de tiempo de aplicación directa de las normas dimanadas de la Constitución fue bastante breve. Además, decíamos entonces, habría que tener en cuenta que las cuestiones referidas al Derecho transitorio de ese período irían teniendo una importancia menor con el paso del tiempo. Todo ello no impide, como vemos en la Sentencia comentada, que aún puedan plantearse conflictos, cuya importancia teórica y doctrinal, aparte de su trascendencia práctica, es muy destacada.

II. LA SENTENCIA

1. Hechos

Con independencia de que en los fundamentos de Derecho se encuentran perfectamente expuestos los antecedentes del caso, estimamos preferible hacer una escueta referencia en este momento para lograr una mayor claridad.

En el año de 1944 nació una niña, doña Cristina, la hoy demandante y recurrente, cuya madre fue doña Blanca, que estaba casada con don Joaquín. Consecuencia de estos hechos, la filiación de la referida niña quedó determinada, por lo que fue inscrita en el Registro Civil como hija legítima del matrimonio formado por doña Blanca y don Joaquín.

Muchos años después, el día 30 de diciembre de 1985, doña Cristina interpone demanda para reclamar una filiación diferente, e impugnar la filiación matrimonial que tenía determinada. A esa fecha ya habían fallecido tanto el padre «legal», que lo había hecho antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981 de

⁴ Derogación producida en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria tercera de la Constitución: «asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución».

⁵ MIQUEL, *Comentarios a las Reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, p. 1998, ya advirtió que la existencia de tan variadas normativas en un corto espacio de tiempo daría lugar al planteamiento de problemas de Derecho transitorio bastante complejos. La contemplación del caso concreto nos confirma lo acertado de esta apreciación.

⁶ Cfr. «Reforma constitucional de la legítima y problemas de derecho transitorio», *Boletín de información del Ministerio de Justicia e Interior*, 1995, pp. 3914 ss.

reforma del Código Civil, como el supuesto padre biológico, que falleció el día 26 de marzo de 1981, antes –también– de que entrara en vigor la referida Ley. La demanda de filiación se basa en una serie de pruebas que acreditaban, unas, las relaciones íntimas que existieron durante años entre la madre de la demandante y el supuesto padre; mientras que otras llevaban a la conclusión de la inexistencia de relaciones sexuales entre los cónyuges en la época de la generación.

El problema precedente, de clara resolución en el Derecho actualmente vigente, se complicaba en razón de que la fecha del fallecimiento del presunto padre dificultaba la nítida determinación de la norma aplicable, suscitando importantes problemas de Derecho transitorio.

Unido al anterior litigio se suscitaba asimismo cuestión sobre la condición jurídica de la demandante en la sucesión de su pretendido padre. A este respecto hay que indicar que el presunto progenitor, había contraído matrimonio con otra mujer posteriormente al nacimiento de la demandante y había fallecido, como se ha indicado ya, el 26 de marzo de 1981, bajo testamento otorgado el día 22 de julio de 1975. En él llamaba a la demandante como sustituta fideicomisaria (de residuo) en determinados bienes que atribuía a su viuda, ahora demandada, que era instituida heredera universal en razón de no haber tenido hijos del referido matrimonio. La demanda pretendía la consecución de la legítima de la demandante y que se declarara la preterición de la misma, con la subsiguiente nulidad de la institución de heredero y declaración de heredera única en favor de la demandante.

Una última petición se añadía a la demanda y era la relativa a la nulidad por simulación de determinadas enajenaciones de bienes de la herencia que había realizado la viuda del presunto progenitor.

El Juez de primera instancia dictó Sentencia estimando la demanda. La Audiencia la desestimó –revocando la Sentencia de primera instancia– por no considerar posible la determinación de la filiación por razones que se explicitan en los fundamentos de Derecho.

El Tribunal Supremo casa la Sentencia recurrida y confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

2. Fundamentos de Derecho⁷

PRIMERO.–El presente recurso trae causa de tres procesos acumulados con objetos litigiosos diversos, pero conexos, cuya cuestión nuclear y previa a las demás respuestas judiciales consiste en la determinación de la filiación paterna no matrimonial de la actora, no obstante, la matrimonial que tiene reconocida. El problema jurídico principal opuesto como óbice a la entrada sin cortapisas en el fondo de la cuestión, se ha centrado en la interpretación de la «disposición transitoria» séptima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo modificativa del Código civil en materia de filiación en cuanto establece que «las acciones de filiación se registrarán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o

⁷ Para evitar cualquier posibilidad de manipulación del texto de la Sentencia, la transcribimos –salvo error por nuestra parte– tal como aparece recogida en el repertorio de jurisprudencia «Aranzadi», sin corregir erratas ni alterar los signos de puntuación.

el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente ley». Alienta, sin duda, tras esta norma el deseo de conseguir seguridad jurídica respecto de situaciones personales inciertas con posible trascendencia económica, una vez que muera cualquiera de quienes con mayor legitimidad están directamente interesados en el esclarecimiento de aquéllas. Mas, un tema, como el debatido, relativo al estado de las personas debe ponderarse el alcance de la expresada norma en función de derechos fundamentales de la máxima importancia cual el derecho a la igualdad en los casos y situaciones que reconoce el artículo 14 de la Constitución Española, a la luz, sobre todo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre 1982 que declara inconstitucional el artículo 137 del Código civil en su redacción anterior por cuanto establecía discriminaciones por razón de nacimiento contrarias a la igualdad en relación con las acciones de filiación, doctrina que obliga a que deba entenderse derogada por anticonstitucional cualquiera discriminación contraria, análoga a la señalada por aplicación del artículo 14 y la disposición derogatoria tercera de la Constitución Española. Las discrepancias acerca de la trascendencia e incidencia de la precedente doctrina en el caso enjuiciado se reflejan en los distintos criterios que mantienen la sentencia impugnada y el voto disidente que contra la misma formuló uno de los magistrados.

SEGUNDO.—Derechamente el primero de los motivos del recurso, encauzado bajo el ordinal 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (versión anterior a la actual) acusa la infracción del artículo 14 de la Constitución Española, disposición transitoria 7.ª de la Ley 11/1982 y de los artículos 118, 139 y 113 del Código civil en su precedente redacción, así como la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre, según la cual el artículo 118 del Código Civil en su redacción primitiva ha de ser objeto de interpretación expansiva durante la vigencia de la Constitución y aplicado a toda clase de hijos. Para la parte recurrente el problema de la norma aplicable a las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial exige que se tome en consideración que el artículo 14 de la Constitución Española es un precepto dotado de aplicación directa que reclama, desde la vigencia de la norma suprema, que se estimen modificados y derogados todos los primitivos preceptos del Código Civil que establecían diferencias entre las distintas clases de filiación y derechos consiguientes, de manera que la legislación antigua del Código Civil sólo puede tenerse como válida en cuanto no esté contradicha por la Constitución Española. Sobre este extremo —sostiene— es decisiva la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre 1982, que declara que el primitivo artículo 118 del Código Civil ha de ser objeto desde la Constitución de una interpretación expansiva, en virtud de la cual el derecho que el precepto concede a los hijos matrimoniales de reclamar su filiación mientras vivan, ha de ser reconocido a toda clase de hijos, ya sean matrimoniales o extramatrimoniales. Así pues el derecho de la actora y recurrente a reclamar su verdadera filiación, como hija de don Jesús G. R., no admite la menor duda y consiguientemente deviene indiscutible la infracción de los preceptos invocados por parte de la sentencia recurrida. Y este derecho —sigue— no puede ser desconocido a pretexto de ser inimpugnabile la aparente filiación matrimonial de la actora como hija de don Joaquín O. A. En efecto, la sentencia recurrida se basa para ello en lo dispuesto por el artículo 113 del Código Civil en su redacción primitiva, olvidando que ese precepto no es de aplicación al caso por referirse a acciones ejercitadas por el padre, no a las que pueda ejercitar el hijo. El Tribunal Supremo ya estableció en su Sentencia de 20 de marzo 1919 esa doctrina, y reconoció el

derecho del aparente hijo matrimonial a impugnar tal filiación, en cualquier momento. En síntesis, mantiene que su representada tiene perfecto derecho a reclamar la filiación extramatrimonial que le corresponde respecto de don Jesús G.R. y a impugnar por tanto la aparente filiación matrimonial respecto de don Joaquín O.A. Y puesto que la sentencia recurrida se lo niega, infringe todos los preceptos invocados y jurisprudencia asimismo citada, por lo que este motivo debe prosperar y ser casada la sentencia en cuestión.

TERCERO.— Teóricamente —dice la sentencia recurrida— la filiación es la procedencia biológica de un hijo respecto a sus progenitores. Con ella se funda una estricta relación paternofilial («status filii») y, además, una relación más amplia de carácter parental o familiar («status familiae»). Mas la filiación como hecho jurídico ni es el simple reflejo de la filiación como hecho natural, aunque tenga en ella su primer y esencial fundamento. Y esto viene a colación por cuanto pueden existir casos de una filiación jurídica determinada, que, sin embargo, no coincida con la filiación biológica, puesto que ésta no tiene «a priori» un carácter indubitado. De ahí, que el Derecho haya acudido tradicionalmente para su determinación jurídica al sistema de presunciones («pater is est quem nuptias demonstrat»), estableciendo para su seguridad jurídica limitaciones en orden a su impugnación, a través de plazos de caducidad y restricción de las personas legitimadas para ejercitar la acción. Y este principio de seguridad jurídica, proyección del de legalidad, consagrado en el artículo 9 de la Constitución, no es menos importante que el de igualdad del artículo 14 que la parte actora alega en defensa de sus intereses.

CUARTO.—De lo anterior deduce la sentencia recurrida que en orden a la filiación, existen dos tipos de veridades, la biológica y la que pudiéramos denominar sociológica. Ciertamente —dice— la reforma de 1981, no exenta de críticas aun desde el punto de vista constitucional, se inclina por el principio de veracidad biológica, pero, como no podía ser menos, acepta también el de la veracidad sociológica conforme se desprende del contexto general de la reforma y de la propia exposición de motivos del proyecto, que inexplícitamente no acompañó al texto de la Ley. Y así, aquella exposición indica: «...se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites ante los Tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco», porque el establecimiento de la filiación no es solamente una cuestión de prueba, sino que afecta al fondo mismo del Derecho. Ello da lugar, como ya se apuntó, a la posible falta de coincidencia entre la filiación como hecho natural y la filiación como hecho jurídico, lo que puede producirse por las limitaciones impuestas a la legitimación activa, cuanto por los plazos de caducidad legalmente establecidos. De ahí la conservación del principio de veracidad sociológica, basado en la conveniencia de proporcionar seguridad al estado civil de las personas en lo que a su filiación concierne, de suerte que se tasan las posibilidades de que un «status» legalmente establecido pueda ser removido indefinidamente, con independencia, de que la filiación determinada fuera matrimonial o extramatrimonial, pues a nadie se le escapa que tanto la citada presunción de paternidad matrimonial, como el reconocimiento extramatrimonial, pueden ser biológicamente falsos, pese a lo cual jurídicamente pueden ser inamovibles reflejando una veracidad sociológica tutelada por el Derecho.

QUINTO.—Asimismo mantiene la expresada sentencia, objeto de recurso, que con arreglo a la legislación anterior, e incluso la presente, está determinada la filiación matrimonial de la actora que en este juicio impugna a la vez que reclama una filiación extramatrimonial, inviable en el régimen anterior por su carácter de adulterina. Se da además la circunstancia de que tanto el padre matrimonial, como el presunto progenitor biológico, han fallecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13 mayo 1981. De otro lado, aún admitiendo, por la testifical practicada, que la actora era considerada en su entorno, y por su propia madre y hermana, como hija de Jesús G. y no del marido, es lo cierto que oficialmente, siempre ostentó el estado familiar de hija matrimonial llevando siempre los apellidos del padre matrimonial, quien además la instituyó heredera mejorada en su testamento. Conforme a la legislación anterior, donde la presunción de paternidad tenía el carácter casi «iuris et de iure» que le otorgaba el artículo 108 del Código Civil, es incuestionable que por efecto de la misma esa filiación era inatacable, al haber transcurrido además el plazo de caducidad establecido en el artículo 113 donde la acción, según el artículo 111, tan sólo correspondía al marido o a sus herederos. De otro lado, también en aquél sistema era inviable una filiación natural adulterina. Puede admitirse —sigue— que con la nueva regulación, quedara abierta para la actora la posibilidad de reclamar su filiación extramatrimonial, una vez derogado el contenido del antiguo artículo 119, y que tal acción a la luz de la normativa constitucional, ya en vigor con anterioridad a la reforma de 1981, correspondía a la actora durante toda su vida (art. 14 de la Constitución española, en relación con el antiguo art. 118 del Código Civil). Sin embargo, la tesis actora tropieza con serios obstáculos en su ejercicio. Así por una parte la disposición transitoria 7.ª de la Ley 13 mayo 1981, antes referida, parece abiertamente oponerse a su viabilidad de las acciones de impugnación y de reclamación, teniendo en cuenta que tanto el padre legal como el progenitor pretendido han fallecido con anterioridad a su entrada en vigor, lo que determinaría la aplicación de la legislación anterior, según la cual ni podría impugnarse la filiación matrimonial, por caducidad de la acción (art. 113), ni reclamarse la extramatrimonial por haber fallecido el presunto padre natural (art. 137). Tal escollo podría salvarse en benigna aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria 3.ª de la misma Ley, que forzando su contenido, y aún a riesgo de contradecir lo dispuesto en la 7.ª, podría determinar la ampliación de los plazos de régimen anterior al de toda la vida del hijo que previene el artículo 133 para la reclamación de la filiación no matrimonial. Ejercitada así esta acción, conjuntamente con la de la impugnación de la filial matrimonial, para la que también los nuevos artículos 136 y 137 establecen un plazo de caducidad, podría entenderse, en virtud de lo previsto en el discutido artículo 134.1, que ese plazo se entendería a toda la vida del hijo en concordancia con la acción de reclamación conjunta de una filiación contradictoria. Ahora bien —concluye—, tal equilibrio jurídico, sin duda acorde con la «ratio legis», en cuanto se pretenda la reclamación de una filiación, deviene endeble con el propio espíritu de la Ley y el principio de veracidad sociológica y de seguridad jurídica, cuando lo pretendido es la impugnación de una filiación matrimonial legalmente determinada tanto por la legislación anterior, como por la vigente, habida cuenta, incluso, el tiempo que la actora dejó transcurrir para ejercitar su acción, tanto desde la entrada en vigor de la Constitución, 27 de diciembre de 1978, como de la entrada en vigor de la Ley 13 mayo 1981, al ser presentada la demanda el día 30 de diciembre de 1985. Pero es que aunque se admitiera, salvando todos esos obstáculos, la posibilidad procesal de impugnar la filiación matrimonial, es lo cierto que ésta deviene determinada en

el presente caso, por la presunción del artículo 116 (antes 108 de mayor contundencia) y esa presunción no puede entenderse destruida por la prueba practicada en estos autos donde se carece de pruebas biológicas, únicas que de manera inconcusa permiten excluir una paternidad o con poco margen de error determinar otra.

SEXTO.—Los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, que, no obstante, encauzan en algún sentido a la resolución del problema desde una perspectiva constitucional en el razonamiento, no terminaron de extraer todas las consecuencias a que tal examen obliga así respecto de las pretensiones ejercitadas («acciones»), así respecto a la interpretación del derecho probatorio aplicable a un proceso nacido bajo el imperio de la Ley nueva. La doctrina científica ha valorado la retroactividad de determinados efectos de la filiación con el principio constitucional de igualdad y de no discriminación por razón de nacimiento tomando en consideración la jurisprudencia constitucional referente a la eficacia en el tiempo de los derechos fundamentales y, en especial, reconoció el carácter normativo de la Constitución Española y la vinculatoriedad inmediata del artículo 14 en la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 diciembre 1982 con anulación de una Sentencia de esta Sala que aplicó después de la Constitución Española el viejo artículo 137 del Código Civil. Es verdad que con criterios meramente legales la disposición transitoria 7.^a se configura como una excepción a la retroactividad, pero también, examinada la legalidad desde una interpretación constitucional no se puede prescindir de las exigencias que dimanen del artículo 14 y, por ello, debe entenderse que la remisión a la legislación anterior que en las condiciones que indica establece la disposición transitoria de referencia, opera en relación con aquellas normas del Derecho preconstitucional que no estuvieran derogadas por la norma suprema, de fecha anterior a la reforma de la materia de filiación. En definitiva ejercitadas las acciones de reclamación de la filiación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial, vigente la Constitución Española y ya promulgada la Ley 11/1981, no se pueden aplicar al caso normas o prohibiciones normativas que como las referencias a plazos de caducidad de las acciones o denegar las acciones para la determinación de la filiación o imponer restricciones a la legitimación que impliquen un trato diferencial no justificado en perjuicio de los hijos no matrimoniales.

SÉPTIMO.—Los artículos 111 y 113 del Código Civil en la redacción legal anterior a la que rige por Ley 11/1981 y recogidos por la sentencia recurrida en apoyo de su tesis, en cuanto aluden a la legitimación del marido o de sus herederos para desconocer o impugnar la filiación no son aplicables, ni siquiera analógicamente al caso ya que la pretensión debatida se actúa por la hija del progenitor fallecido. Sólo se estima constitucional una interpretación de la Ley que conduzca a establecer que los llamados con notoria discriminación en el Código Civil «hijos ilegítimos», tienen acción para reclamar su verdadera filiación durante toda su vida como ocurre con la «acción que para reclamar su legitimidad compete «a los hijos legítimos», conforme al artículo 118 del Código Civil en su versión legal precedente». Así pues estimándose contrarios a la Constitución como se estiman y, por ello, derogados los artículos 139, 140 y 141 del Código Civil antes de la reforma operada por Ley 11/1981 y admitida por imperativo del artículo 14 de la Constitución una equiparación de los hijos no matrimoniales y matrimoniales a los efectos de disponer de acción, durante toda su vida, para reclamar su filiación, la disposición transitoria en cuestión tiene sentido al establecer la aplicación de las normas anteriores en cuanto constitucionales lo que,

en definitiva, significa que no se extienden al hijo sino a otros posibles legitimados «cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubieran fallecido al entrar en vigor la Ley» (Ley 11/1981).

OCTAVO.—En lo que concierne al Derecho probatorio ha de sostenerse que, aunque determinadas normas de prueba entre las que se incluyen las presunciones y prohibiciones y limitaciones probatorias legales aparecen recogidas en leyes materiales, como tradicionalmente ha ocurrido en materia de filiación, todas en tanto se hacen valer en el proceso para configurar o formar la convicción judicial tienen naturaleza procesal y, por ello, iniciado un proceso, aunque se refiera a situaciones jurídico materiales de carácter litigioso anteriores a las nuevas normas procesales son éstas y no las vigentes según la situación jurídico material litigiosa, las que deben aplicarse, según determina la disposición transitoria 4.ª del Código Civil al distinguir entre acciones y derechos nacidos y no ejercitados con anterioridad a la ley nueva y ejercicio, duración y procedimiento de estas acciones y derechos conforme a la ley nueva. No puede, por ello, sostenerse que la destrucción de las presunciones establecidas por el artículo 116 sólo cabe mediante la práctica de pruebas biológicas, puesto que el artículo 141 de la legislación anterior ya no resulta aplicable y, sí en cambio el artículo 127 actual que establece con toda claridad que «en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad, mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas».

NOVENO.—Las razones expuestas conducen a la estimación del motivo y, con ello, a la casación de la sentencia recurrida por lo que deviene inútil el examen de los demás motivos casacionales, no obstante, puedan tenerse en cuenta sus razonamientos como ilustrativos, a los demás efectos, en tanto en cuanto de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1715 debe resolverse en la instancia a partir de los términos en que está planteado el debate.

DÉCIMO.—El examen y la valoración de las pruebas obrantes en autos demuestran con certidumbre que la actora doña Cristina O. V. es hija del fallecido don Jesús G. R. y de doña Blanca V. G. de C., y, por tanto, que no es hija de don Joaquín O. A. que figura como tal padre a efectos legales en el Registro Civil. Son importantes en este sentido las conclusiones probatorias a que llegaron el Juez de Primera Instancia y el Magistrado que con su voto disintió de la sentencia recurrida, hecho que, además, admite la propia sentencia recurrida al reconocer «por testifical practicada y por las (declaraciones) de la madre y de la hermana que la actora era hija de don Jesús G. y no del marido». Tal dato se evidencia, asimismo, por la correspondencia habida entre el padre biológico y la madre de la actora. La íntima y cordial relación amorosa entre la madre de la actora y el pretendido padre, se deduce inequívocamente de las cartas de los folios 6 al 35, ambos inclusive, escritas entre los días 6 de diciembre de 1958 y 10 de mayo de 1960. En las de 23, 25 y 27 de noviembre de 1959, le dice sucesivamente: «Hablé con el Notario de lo de Cris, me dijo que lo mejor era la adopción»; «quería dejar todas las cosas atadas, mira si tú puedes hacer lo de la adopción de Cris» y «supongo que lo de prohijar a Cris no lo consideras posible y por eso no me hablas del paso». En la correspondencia que mantiene con la demandante (folios 36 a 39), el tono y fondo son los propios de una persona unida a la otra por lazos muy íntimos, superiores a los de un simple «padrino», como pretende la demandada apelante. La forma cariñosa de reñirle y la rumbosa de proporcionarle medios económicos, son los propios de una relación paterno-filial.

Significativa es también la nota que dejó a su esposa tardía, la demandada, de fecha de 25 de enero de 1975 (folio 99), «para después que yo desaparezca... dispón de forma inmediata que, después de tu muerte, y de desquitar el dinero que me prestaste, el resto pase a mi familia, hija y hermana y los isauros», con lo que viene a reconocer, una vez más, el carácter de la actora, pues la demandada ni alegó, ni probó, la eventual existencia de otra hija que no sea la actora. Asimismo es relevante el testamento de fecha 22 de julio de 1975, en cuya cláusula segunda (folio 120 vuelto), declara, «que de su matrimonio con la expresada doña María B. D., único que contrajo, no conserva sucesión, careciendo de ascendientes». Es decir, no afirma, pero tampoco niega que tenga hijos. Se observa, finalmente, a través de la prueba practicada, que el pretendido padre biológico de la actora, la tenía por hija suya, la trataba como tal y no lo ocultaba (véase la abundante prueba testifical de los folios 500 y siguientes, 540 y siguientes, 550, 559, 621 y siguientes, etc.), e incluso se sentía orgulloso de ello; pero no puede ocultarse, por otro lado, que la actora, «socialmente», formaba parte de una familia muy conocida de La Coruña, con la carga moral y psicológica que ello comportaba, en una época en la que, política, social y jurídicamente, lo más importante queda reflejado no sólo en las obsoletas normas legales que regulaban la filiación y el derecho de familia en general (recuérdese que incluso era delito el adulterio, hasta hace bien pocos años), sino que la paternidad extramatrimonial era sancionada por la famosa frase «respeto a la paz y tranquilidad de las familias», siendo los hijos nacidos en circunstancias como la de la demandante, los que más tenían que sufrir las consecuencias del proceder de sus progenitores. Aunque, en el presente caso, hubiera quedado paliado el indudable trauma psíquico que hubo, sin duda, de representar para la actora la situación, por la postura de hecho (aunque no la hubiese plasmado jurídicamente, sin duda por no interferir en el «status» social de aquélla) de su padre biológico: afecto y ayuda económica con largueza. De las fotografías aportadas a los folios 115 y siguientes se infiere como un indicio más el gran parecido físico entre la actora y su padre biológico, corroborado, además, por numerosos testigos que lo conocieron en su juventud. En el orden de la paternidad legal aparente, la carta de don Enrique V., a su hija Blanca (madre de la actora), de fecha 20 de septiembre de 1943, que obra al folio 2 (recuérdese que la actora nació el 29 de julio de 1944), claramente refleja la grave crisis del matrimonio de aquélla con el referido padre «legal» de la demandante. A ello hay que añadir la comparecencia notarial de la madre, de 20 de diciembre de 1984 (folios 103 y siguientes), donde declara que desde 1939 no mantenía relaciones sexuales con su marido, del que en 12 de diciembre de 1945 pidió la incapacitación legal por alcohólico (folios 3 y 4). Igualmente la declaración notarial de la hermana de la actora (folios 110 y 111), donde afirma que sus padres vivían en habitaciones separadas y que su madre mantenía relaciones íntimas amorosas con el pretendido padre de la actora, desde 1940. Todo ello corrobora que es racional pensar en la falta de relación sexual entre los cónyuges.

UNDÉCIMO.—A mayores, las pruebas que se relatan acreditan en cuanto a la relación paterno-filial reclamada una «posesión de estado», obviamente, limitada dentro de los condicionamientos de tiempo y lugar a los elementos definidores posibles de la situación, pero con la suficiente entidad y firmeza corroboradora. Como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 1991 «la posesión de estado en tema de filiación no matrimonial no puede estructurarse en intensidad con los mismos presupuestos fácticos, que, en su caso, provendrían cuando

se trate de una filiación matrimonial». Eludido, por tanto, el elemento configurativo del «nomen» que, dadas las circunstancias del caso, no cabe que se exija, tanto el «tractatus» como la fama o «reputatio» coinciden en la apreciación favorable a la posesión del estado de hija, por cuanto las generosas ayudas y las atenciones y consejos prodigados por el padre pretendido a la actora son inequívocos y acreditan una prolongada situación en el que su comportamiento en lo afectivo y en lo material («tractatus») se produjo de forma notoriamente exteriorizada que excedió del ámbito familiar (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 marzo 1994) y generó una opinión pública, aún soterranea por las circunstancias, expresiva y aseguratoria de la paternidad (fama o «reputatio»), hasta el punto de que consta acreditado que en su etapa escolar la demandante era discriminada por sus circunstancias de filiación.

DUODÉCIMO.—El ejercicio conjunto de las acciones de reclamación de la paternidad y de la impugnación de la filiación contradictoria, hoy plenamente permitida, según el tenor literal del artículo 134 (sin entrar, en cuestiones acerca de si cobija dos pretensiones acumuladas o una sola pretensión con varios componentes), exige, en todo caso, en un buen orden lógico procesal la supeditación de la segunda a la primera, dado el carácter principal de esta última que embebe en su contenido a la otra cuando existe una filiación opuesta a la reclamada, según ha resuelto la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 junio 1988 y 23 febrero 1990). Permitir en todo caso —dicen— la impugnación de la filiación contradictoria «equivale», por un lado, a decir que la impugnación es accesoria de la reclamación por ser ambas contradictorias y no poder subsistir conjuntamente, y, por otro, que en modo alguno puede admitirse aplicar a la acción de reclamación, como acción principal, el plazo de prescripción o de caducidad que señala el artículo 137 para la de impugnación; artículo que ahora no es de aplicación porque se refiere a una acción que sólo fue ejercitada en este juicio inevitablemente como secundaria de la de reclamación de filiación; siendo factible en todo caso la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, como ocurrió en el caso discutido. En el asunto, han quedado probadas tanto los hechos constitutivos de la reclamación como de la impugnación. En consecuencia procede que se declare la filiación no matrimonial de doña Cristina O. V. cuyo padre biológico es don Jesús G. R., ordenándose, por ello, la rectificación del acta de nacimiento en cuanto a los datos de la verdadera paternidad en el Registro Civil, con los asientos que procedan.

DECIMOTERCERO.—Reconocida la verdadera filiación biológica de la actora y, por tanto, la paternidad reclamada, corresponde resolver sobre las demás pretensiones relativas a la herencia del padre. Al efecto ha de señalarse que de seguirse una interpretación simple y literal de la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 mayo («Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación») habrían de rechazarse las peticiones sobre la sucesión del progenitor causante. Pero la jurisprudencia ha matizado las diferentes situaciones posibles, según que entre la fecha de promulgación de la ley y la fecha del nacimiento del causante, siguiera o no como ley suprema interpuesta la vigente Constitución. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 febrero 1990, referida a una sucesión abierta antes de la entrada en vigor de la Constitución Española, tras analizar la retroactividad o irretroactividad de las disposiciones transitorias 1.ª y 8.ª de la Ley de 1981 en relación con el artículo 14 de la Constitución Española, concluye afirmando «que la transitoria 8.ª consagra una retroactividad

de grado mínimo, en el sentido de que la nueva ley se aplica a las sucesiones abiertas después de su entrada en vigor, pero no a las que, como la discutida, se abrieron con anterioridad no sólo a la Ley de 1981, sino a la propia Constitución Española, pues falleció el causante en 1969». El precedente criterio ya se sostuvo con toda suerte de consideraciones acerca de la derogación por inconstitucionalidad sobrevinida que afectare a situaciones jurídicas de efectos ya consumados sobre herencias en cuanto a hijos «ilegítimos» (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 noviembre 1987). En cambio, la doctrina jurisprudencial al ocuparse de casos semejantes al presente de manera clara establece la prioridad de la Constitución Española, artículo 14 sobre la legalidad subsistente y, con ello, la inaplicabilidad de la disposición transitoria en cuanto a la legalidad anterior que sólo puede tomarse en consideración en tanto sus preceptos discriminatorios se tengan por derogados. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 febrero 1986, luego de examinar la mentada disposición transitoria y relacionarla con la fecha de fallecimiento del causante posterior a la Constitución Española (en el caso que examinamos, el padre falleció el día 26 de marzo de 1981) establece que «en aplicación de tales premisas debe afirmarse que si los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657 del Código Civil) y si el fallecimiento del causante, padre común de los litigantes, se produjo el día 31 de enero de 1979, es decir, vigente ya la Constitución y con tal vigencia, y por imperativo del principio de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento proclamado en el citado artículo 14 y de la igualmente mencionada disposición derogatoria 3.ª, quedaron sin efecto los preceptos del Código civil de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial y entre ellos los que calificaban al nacido fuera del matrimonio (de padre o madre casados como ilegítimo)* no natural, con las consecuencias que en el orden sucesorio tal condición llevaba aparejada, es manifiesto que debe darse lugar al indicado motivo cuarto en cuanto, por aplicación de normativa a la sazón derogada, niega al actor derechos sucesorios en la herencia del causante, padre común de los litigantes, y por tanto niega su preterición en la herencia, por su cualidad de hijo ilegítimo no natural, cualidad desaparecida desde la entrada un vigor de la Constitución». El precedente criterio aparece asimismo reconocido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/1987, de 14 de octubre al sentar que en su disposición transitoria octava prescribe, la Ley 11/1981 (de «Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio») que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación». Formalmente es esta una regla de remisión cuyo contenido se reduce, como es patente, a la determinación de la normativa aplicable a las sucesiones abiertas antes de la modificación de régimen sucesorio que la propia Ley opera. Como norma sobre la aplicación del Derecho, esta disposición transitoria no es en sí misma, por tanto, regla «aplicable» en el procedimiento del que la cuestión procede y no puede negarse por ello algún fundamento a la advertencia que el Letrado del Estado hace de que la decisión del proceso que está en la base del presente vendrá condicionada por la conformidad o disconformidad con la Constitución de las disposiciones legales a las que la cuestionada se remite, y no por el contenido de la regla de Derecho transitorio. Y más adelante añade «pero es que, además,

* La frase entre paréntesis, que se corresponde con el texto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986, resulta omitida en la Sentencia de 17 de marzo de 1995, al menos en la versión que manejamos.

tampoco el tenor literal de la tantas veces citada disposición se remite de modo inequívoco a una redacción determinada de la legislación sucesoria, sino, de modo genérico, a la legislación anterior, expresión que sólo puede entenderse referida a la legislación vigente y que, por tanto, no excluye, sino que incluye, los cambios que en el contenido del Código Civil produjo la entrada en vigor de la Constitución, cambios que, como es claro, está facultado para apreciar por sí el juez ordinario, como ha hecho el Tribunal Supremo en la sentencia ya citada. Esta interpretación, de acuerdo con la cual la remisión de la disposición transitoria octava a la legislación anterior ha de entenderse referida al contenido de esta legislación en cada momento del tiempo es, de otro lado, y más allá de las simples apariencias, la única lógicamente posible, de manera que ha de ser aceptada, no sólo en aras del principio de conservación de la norma, sino también por exigencias de la lógica. Limitar a los viejos preceptos del Código civil, en su redacción anterior a la Constitución, la remisión contenida en la disposición transitoria, equivaldría en efecto a sostener que esos preceptos, que los Jueces pudieron y debieron inaplicar a las sucesiones abiertas a partir de la vigencia de la Constitución, en cuanto hubieran resultado derogados por ésta, habrían recobrado su vigor por mandato del mismo legislador que los derogaba expresamente para acomodar el régimen sucesorio a la Constitución y servir al principio de seguridad jurídica que ésta (art. 9.3) consagra».

DECIMOCUARTO.—La condición, por tanto, de heredera forzosa de la actora en la sucesión del señor G., su progenitor, no puede eludirse. Y su omisión en el testamento produce los efectos de la preterición, en cuanto se priva a la hija de manera tácita de los derechos legitimarios que le corresponden en la herencia de su padre. La atribución a la actora en el testamento no en cuanto hija sino en cuanto persona fuera del círculo de los legitimarios de unos expectantes derechos como sustituta indirecta de la demandada y recurrida viuda del causante, en parte de los bienes hereditarios no equivale a mención con eficacia para desvirtuar la preterición y, por ello, hay que rechazar la fórmula de la acción de complemento de legítima como medio de satisfacción jurídica de los derechos hereditarios, acción que, obviamente, ha de tener por asiento que posibilite su ejercicio una base cuantitativa cierta y segura, por supuesto de alcance menor, si se espera que prospere, que el monto de los derechos legitimarios. En ningún caso puede admitirse que los derechos actuales de la actora sobre los dos tercios de la legítima queden gravados por una sustitución fideicomisaria. El fideicomiso de residuo en favor de la actora respecto de finca determinada carece tanto por el carácter potencial y no actual de la herencia como por la naturaleza condicional de su efectividad de fuerza que impida la anulación de la institución de heredero con los efectos procesales frente a terceros que determina el artículo 1252 del Código civil y, por ende, ha de procederse respecto de la herencia según las reglas de la sucesión intestada. En definitiva deben respetarse los derechos de heredera única de doña Cristina O.V., sin perjuicio de los derechos usufructuarios del cónyuge viudo. Se han tomado en consideración, especialmente, los artículos 813, 814 y 834 del Código civil en la versión anterior a la vigente de la Ley 11/1981 junto con las derogaciones que por exclusión de discriminaciones impone la Constitución Española, particularmente el artículo 14.

DECIMOQUINTO.—Por consecuencia, de acuerdo con los razonamientos del juez de primera instancia y, también con los explicitados por el magistrado que votó en disidencia, debe ordenarse la nulidad de las inscripciones registrales de dominio a favor de la demandada doña María B. D., indicadas en el hecho

quinto de la demanda por lo que procede su cancelación y rectificación de conformidad con el fallo. Así mismo la demandada responde frente a la actora del valor de los bienes de la herencia del causante de que haya dispuesto con obligación de indemnizar en su caso y, asimismo, está obligada a entregar a la actora los bienes integrantes de la herencia del causante con los frutos percibidos y debidos percibir, sin otra detracción que la correspondiente al usufructo viudal de que es titular.

DECIMOSEXTO.—En relación con la venta efectuada por doña María B. D. a don José Francisco y doña María Dolores P. V. se aceptan las premisas de hecho sentadas en cuanto a hechos probados por el Juzgado de Primera Instancia determinativos del precio vil en que aquélla se concertó, dato que junto con las demás circunstancias concurrentes, permite la legítima inferencia de la simulación del negocio, ya que no existen documentos probatorios definidos que induzcan a la convicción de que se pagara un precio superior, ni siquiera tomando en consideración la prueba de la segunda instancia. Se trataba sólo de cubrir la apariencia de una compraventa con el fin de perjudicar a la actora. De ahí que no pueda estimarse que la adquisición fuera de buena fe, y, por tan potísima razón que nunca nació la protección registral que se otorga al tercero hipotecario (art. 34 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, los adquirentes deben soportar las consecuencias de la declaración de nulidad del título y, con ello, la nulidad y cancelación de la inscripción registral correspondiente, sin perjuicio de las acciones que la competen contra la vendedora titular aparente de los bienes. Análogas consideraciones cabe hacer respecto de las ventas realizadas por doña María B. D. a doña María Estrella F. N., criada de la casa por un precio casi siete veces inferior al valor real de los bienes.

DECIMOSÉPTIMO.—Las costas de la primera instancia en atención a la complejidad del asunto y problema de Derecho transitorio y derogaciones por inconstitucionalidad que han debido ponderarse, determinan la concurrencia de circunstancias que aconsejan no hacer imposición expresa de las mismas, esto es, deberán satisfacerse por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Las de segunda instancia deben imponerse a los apelantes y las del presente recurso deben satisfacerse por cada parte las suyas (art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

III. COMENTARIO

1. El Derecho transitorio: la determinación de la norma aplicable

El problema inicial que se suscita en la Sentencia, como paladinamente reconoce el Tribunal Supremo, es principalmente de Derecho transitorio: averiguar la norma aplicable a la determinación de la filiación⁹. Como hemos destacado, en el

⁹ Señala el FD 1.º: «El problema jurídico principal opuesto como óbice a la entrada sin cortapisas en el fondo de la cuestión, se ha centrado en la interpretación de la "disposición transitoria" séptima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificativa del Código civil en materia de filiación en cuanto establece que "las acciones de filiación se regirán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente ley"».

caso la presunta hija reclama la filiación no matrimonial impugnando para ello la filiación matrimonial que había quedado determinada por la presunción de paternidad del marido de su madre. En definitiva, se trataba de ejercitar una acción mixta de reclamación-impugnación de la filiación, del tipo de las previstas hoy en el artículo 134 CC. El problema fundamental es que para la resolución del caso, la DT 7.^a de la Ley 11/1981 remite a la legislación anterior. A este respecto ninguno de los Tribunales que conocen del caso dudan de que tienen que aplicar la DT 7.^a de la Ley 11/1981. Dispone esta norma que «las acciones de filiación se regirán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente Ley». Es evidente que en el caso del pleito se ha producido una de las hipótesis que prevé la disposición transitoria –fallecimiento del progenitor discutido–, por lo que sin duda resulta de aplicación lo dispuesto en la legislación anterior.

El segundo problema que se ventila en el pleito está estrechamente unido a la resolución del primero, pues se cuestiona la norma sucesoria aplicable una vez determinada la filiación. A la materia resultaría de aplicación la DT 8.^a de la Ley 11/1981 que utiliza el criterio de Derecho transitorio habitual en materia sucesoria: es aplicable a la sucesión la legislación vigente en el momento de su apertura. Ya sabemos que el fallecimiento del causante y la consiguiente apertura de la sucesión se producen con posterioridad a la Constitución, pero antes de la entrada en vigor de la Ley, por lo que no cabe duda de que la norma aplicable es la «legislación anterior». Pudiera parecer, tras la constatación del contenido de las normas de Derecho intertemporal, que la resolución del pleito fuera sencilla, por remitirse la Ley de 1981 al régimen codicial precedente.

Sin embargo, nada más alejado de la realidad que estimar admisible esta afirmación. A este respecto, en la interpretación de las disposiciones transitorias de la Ley 11/1981 es inequívoca la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de octubre de 1987, también invocada por el Tribunal Supremo en nuestra Sentencia. En el caso el Tribunal Constitucional resolvió una cuestión de inconstitucionalidad relativa a un caso de Derecho transitorio. La duda fue planteada por el Juzgado de Primera Instancia de Mieres que suscitaba la posible inconstitucionalidad de la DT 8.^a de la Ley 11/1981 en cuanto que ordenaba que las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Ley se regirían por la legislación anterior. El Juzgado entendía que ello suponía la remisión a una legislación contraria a la Constitución. El Tribunal Constitucional consideró que:

«tampoco el tenor literal de la tantas veces citada Disposición se remite de modo inequívoco a una redacción determinada de la legislación sucesoria, sino, de modo genérico, a la legislación anterior, expresión que sólo puede entenderse referida a la legislación vigente y que, por tanto, no excluye, sino que incluye, los cambios que en el contenido del Código Civil produjo la entrada en vigor de la Constitución»¹⁰.

¹⁰ En el mismo sentido que el Tribunal Constitucional se habían manifestado MIQUEL en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., pp. 1992 ss., donde destacaba que sería absurdo que la ley se remitiera a una normativa derogada por la entrada en vigor de la Constitución; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las Reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, p. 1992.

El mismo criterio resulta acogido también en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1989 en lo que se refiere —ahora— a la disposición transitoria 7.ª de la Ley 11/1981. A este respecto el Tribunal Supremo señala que:

«no se puede entender referida la comentada disposición transitoria séptima a preceptos del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma, que denegaban el ejercicio de acciones, desconocían los derechos sucesorios, y limitaban las medidas protectoras de una clase determinada de hijos, discriminándolos por razón de su nacimiento (arts. 139, 140 y 141 del Código Civil en su primitiva redacción)».

Por tanto es razonable que, en consonancia con la doctrina anterior, se indique ahora, en referencia a la DT 7.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981, que «la disposición transitoria en cuestión tiene sentido al establecer la aplicación de las normas anteriores en cuanto constitucionales lo que, en definitiva, significa que no se extienden al hijo sino a otros posibles legitimados «cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubieran fallecido al entrar en vigor la Ley» (Ley 11/1981), como dice el FD 7.º de nuestra Sentencia.

De forma que, de acuerdo con este criterio, sabemos ya con seguridad que no podemos resolver el problema del caso por el simple expediente de acudir a las normas del Código, sino que debemos discernir cuáles estaban en vigor tras la vigencia de la Constitución. En esta tarea, referida en concreto a la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación, es, precisamente, donde se plantea la divergencia entre la decisión de la Audiencia y la Sentencia de casación.

Por otra parte, es pacífico admitir que se rigen por la nueva Ley (igualdad en los derechos sucesorios) las sucesiones abiertas con posterioridad a la Constitución —como la de nuestro caso—, y nunca las que se abrieron antes. Es, por otro lado, la solución establecida en la disposición transitoria 12.ª del Código Civil, para los problemas de Derecho transitorio que la entrada en vigor del propio Código provocó¹¹.

No se separa de esta conclusión, comúnmente aceptada, la Ley de reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 que en su Disposición transitoria 8.ª vino a reiterar el criterio de solución empleado por la DT 12.ª del Código, señalando que la sucesión se rige por la norma vigente en el momento de apertura de la misma¹².

Aunque no afecta directamente a la resolución del caso litigioso, nuestra propia Sentencia hace referencia a la posible aplicación de la igualdad constitucional

¹¹ Dispone así dicha DT: «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...».

¹² En la jurisprudencia también se sigue el parecer de que la conexión que se debe utilizar para la determinación del Derecho aplicable a una determinada sucesión es la de la fecha de apertura de la misma, criterio que también aplica el Tribunal Supremo al concreto caso de la derogación por la Constitución de las normas discriminatorias entre las diversas clases de hijos. Vid., por ejemplo, entre las más recientes, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1984 (referida a un caso de adopción); 13 de febrero de 1990; 30 de noviembre de 1990; 21 de diciembre de 1990; 26 de diciembre de 1990; 26 de febrero de 1992 y 26 de septiembre de 1992; entre otras muchas citadas por éstas.

a sucesiones abiertas antes de entrar en vigor la Constitución. Siguiendo un criterio asentado de Derecho transitorio, el Tribunal Supremo vuelve a reiterar que es la norma vigente en el momento de la apertura de la sucesión la que resulta de aplicación, aunque ésta tuviera carácter discriminatorio¹⁴, de forma que la igualdad constitucional no puede tener en este campo alcance retroactivo¹⁴.

Por tanto, en lo que se refiere al Derecho transitorio aplicable a la sucesión, pueden distinguirse tres hipótesis diferentes que se resuelven por la aplicación de la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión, teniendo en cuenta que la materia sucesoria fue afectada posteriormente por la reforma del Código Civil de 1981:

– Sucesiones abiertas antes de la Constitución: se rigen por la normativa del Código civil vigente en el tiempo de la apertura. Esto es así aunque la filiación se determine después de la Constitución o tras la Ley de 1981. La justificación legal de esta solución es clara ya que el Código Civil en su disposición transitoria 12.^a señala que la sucesión se rige por la normativa vigente al tiempo de su apertura y, como ya ha quedado dicho, se trata de una norma de Derecho transitorio aplicable en defecto de otra previsión legal. El argumento queda reforzado, después de la Ley 11/1981, por la DT 8.^a de dicha ley coincidente con el criterio de la norma del Código¹⁵. Nunca serán de aplicación a dichas sucesiones las normas constitucionales porque ello sería contrario al principio de irretroactividad de las normas y a la seguridad jurídica que lo fundamenta.

– Sucesiones abiertas después de la Constitución pero antes de la Ley del año 1981. La ley aplicable es, según el criterio del Tribunal Constitucional¹⁶, la resultante de interpretar el Código Civil de forma compatible con la Constitución, en virtud de la eficacia derogatoria de ésta que alcanza a todas las normas preconstitucionales que contradigan lo dispuesto en ella; en este caso todo lo que

¹⁴ Vid. nuestro artículo *Reforma constitucional de la legítima y problemas de Derecho transitorio*, cit., pp. 3935 ss. Sobre este tema la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara: la fecha relevante para fijar la norma sucesoria es la de la apertura de la sucesión y no ninguna posterior; por tanto la relación sucesoria no puede ser afectada por una norma posterior a su apertura, aunque sea la propia Constitución. En este sentido las Sentencias de 10 de noviembre de 1987, 13 de febrero de 1990, 26 de febrero de 1990 y 8 de noviembre de 1991.

¹⁵ Sobre el principio de irretroactividad de las normas en general: cfr. LÓPEZ MENU-DO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Sevilla, 1982; GAYA SICILIA, *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987; DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, cit., pp. 544 ss.; SALVADOR CODERCH, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 2.^o, pp. 16 ss.; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, disposiciones transitorias, pp. 2184 ss. REGLERO CAMPOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXV, volumen 2.^o, cit., p. 743; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo primero, volumen primero, cit., pp. 610 ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, volumen primero, cit., pp. 193 ss.; LACRUZ-SANCHO-DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, I, cit., pp. 243 ss.; DIEZ-PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, cit., pp. 109 ss.; MONTES, *Derecho civil. Parte general*, coord. por Montés, cit., pp. 209 ss.; en la doctrina extranjera: ROUBIER, *Le droit transitoire*, París, 1960.

¹⁶ Esta norma transitoria resulta mencionada repetidas veces en las Sentencias del Tribunal Supremo antes analizadas, además de haber sido objeto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de octubre de 1987, también analizada anteriormente.

¹⁷ De forma expresa y determinante en la Sentencia de 14 de octubre de 1987.

contraviniera la igualdad de efectos de la filiación resulta derogado. Está claro que en nuestra Sentencia se contempla un caso encuadrable en esta hipótesis.

– Sucesiones abiertas después de la Ley de 1981. En virtud de la Disposición transitoria 8.^a de la propia Ley estas sucesiones se regirán por lo dispuesto en la nueva Ley.

2. El principio constitucional de igualdad y su incidencia sobre el régimen de la filiación

A) DEROGACIÓN DE ALGUNAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL POR LA CONSTITUCIÓN

Hay que reiterar en este apartado algunas de las ideas adelantadas en el anterior. Como hemos visto es evidente que el sistema codicial previo a la Constitución no podía seguir vigente tras ella, porque, como es suficientemente sabido, la misma proclamó el principio de igualdad ante la Ley de todos los españoles (art. 14), que se concreta, entre otras cosas, en que todos los hijos, con independencia de su filiación, son iguales ante la ley (art. 39.2)¹⁷. Contra este principio chocaba de forma palmaria un sistema de determinación de la filiación en el que las diferentes clases de filiación encontraban distintas posibilidades de prosperar. Tampoco se avenían bien con la igualdad constitucional los demás efectos de la filiación —entre ellos los sucesorios—, por lo que la normativa no era sostenible desde la entrada en vigor de la norma constitucional, si se atendía al valor normativo de la Constitución y a la eficacia derogatoria de ésta¹⁸, aunque hay que advertir que inicialmente parte de la doctrina sostuvo que el principio de igualdad constitucional no implicaba la derogación inmediata de todas las normas que establecían diferencias entre los hijos¹⁹.

¹⁷ Vid., en general, sobre el principio de igualdad: FUENMAYOR, *Alcance del principio constitucional de igualdad*, ADC, 1983, pp. 1327 ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Principio de igualdad y Derecho privado», en *El principio de igualdad en la Constitución española*, volumen II, Madrid, 1991; SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, 1985; del mismo autor «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, pp. 837 ss. Allí se puede completar la referencia bibliográfica.

¹⁸ Cuestiones en las que no pretendemos entrar con profundidad, sino simplemente señalar los datos principales sobre los que se reflexionó y su incidencia en nuestro tema, para lo que puede verse: GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», ADC, 1979, pp. 291 ss.; «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», RAP, 1983, pp. 371 ss.; Díez-Picazo, «Constitución, Ley, Juez», REDC, 1985, pp. 9 ss.; GORDILLO CAÑAS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo I, volumen 1, Madrid, 1992, pp. 67 ss.

¹⁹ Para esta doctrina la reforma del Código Civil de 1981 era vista como el modo de concretar en el ordenamiento civil el principio de igualdad. De esta opinión son, entre otros: VATTIER, *El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*, Madrid, 1986, p. 262; GÁLVEZ, en el Comentario al artículo 39, en *Comentarios a la Constitución de Garrido Falla*, Madrid, 1985, p. 764; MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, I, Madrid, 1981, p. 50; RUIZ VADILLO «La Constitución española y el Derecho civil», RDP, 1979, p. 252; y LACRUZ: en la anterior edición de sus *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1981, p. 534. El propio Tribunal Supremo, en una jurisprudencia ya superada, se inclinó en varias ocasiones por no considerar derogados automáticamente los preceptos del Código Civil que distinguían entre los hijos en razón de su origen. Así sucedió en las

Por contra, hoy la interpretación que se ha impuesto es que los preceptos discriminatorios del Código civil fueron derogados por la propia Constitución. A este respecto gran parte de la doctrina consideró que la Constitución de 1978 había abandonado expresamente el modelo de nuestro constitucionalismo histórico —que consideraba la Constitución como texto «político» o programático— y constituía una verdadera norma jurídica; esta opinión contaba con el importante apoyo de la disposición derogatoria tercera de la propia Constitución²⁰. En consecuencia, para esta línea de interpretación, el artículo 14 de la Constitución supondría la derogación inmediata de las normas del Código civil discriminatorias entre los diversos tipos de hijos; por tanto tal regulación habría quedado derogada a la entrada en vigor del texto constitucional. Es decir, que aunque formalmente se mantuviera la vigencia del Código Civil, en realidad se habría producido una derogación de sus normas en aquello que contradijera el principio de igualdad²¹.

De forma temprana el Tribunal Constitucional, en las Sentencias de 2 de diciembre y 31 de marzo de 1981, se decanta hacia la tesis de la derogación de las normas preconstitucionales contrarias a la Constitución, y en su doctrina establece importantes principios para resolver la cuestión que ahora nos ocupa, como son el de la naturaleza normativa de la Constitución y la consiguiente eficacia derogatoria de las disposiciones anteriores que se opongan a la misma. Sin embargo, no es hasta la Sentencia de 20 de diciembre de 1982, cuando esta doctrina se aplica inequívocamente a la materia civil, y en concreto al punto referido a la igualdad de todos con independencia de su filiación. En dicha Sentencia declara el Tribunal Constitucional que el artículo 14 es de aplicación directa e inmediata y que supone la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente nulidad de todas las normas que siguieran un criterio discriminatorio al establecer los efectos de las distintas clases de filiación²². Similares ideas se proclaman en la

Sentencias de 8 de mayo de 1981, de 31 de octubre de 1981 y de 8 de abril de 1982 que fue planteada en amparo al Tribunal Constitucional que resolvió en Sentencia de 20 de diciembre de 1982, en sentido contrario al Tribunal Supremo, con los argumentos que después se reproducen. Siguió el criterio del Tribunal Supremo la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de mayo de 1981.

²⁰ En esta línea de pensamiento destacó GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica», *ADC*, 1979, pp. 291 ss.; cfr., hoy, *Curso de Derecho Administrativa*, I, Madrid, 1993, pp. 93 ss. Sobre el valor normativo de la Constitución vid, también: GORDILLO CAÑAS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo I, volumen 1, Madrid, 1992, pp. 67 ss.

²¹ Expresamente en este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, cit., p. 317; DE LA CÁMARA, «Los hijos no matrimoniales y la Constitución de 1978», *Actualidad jurídica*, 2, 1981, pp. 16 ss.; LÓPEZ BELTRAN DE HEREDIA, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 326.; RIVERA FERNÁNDEZ, *La preterición en el Derecho común español*, Valencia, 1994, pp. 142 ss.

²² La Sentencia responde al recurso de amparo planteado contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1982, antes mencionada. El caso se refería a una presunta hija natural que después del fallecimiento de su posible padre acciona en reclamación de dicha filiación, lo que le es denegado, por estimarse caducada la acción en la que se fundaba su derecho (cfr. art. 137 CC, redacción anterior). Durante la tramitación de la apelación ante la Audiencia, entra en vigor la Constitución, y la interesada alegó el principio de igualdad, estimando que el citado precepto era discriminatorio, resultaba derogado y no podía aplicarse al caso. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de abril de 1982, no estimó dichos argumentos. El Tribunal Constitucional, por el contrario, consideró que: «Las dos sentencias impugnadas han aplicado, después de entrar en vigor la Constitución, el artículo 137 del Código civil en su redacción anterior, y como éste contenía un criterio dis-

Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de octubre de 1987²⁵, también invocada por el Tribunal Supremo en la que aquí comentamos.

El Tribunal Supremo, a causa de la Sentencia de 20 de diciembre de 1982 del Tribunal Constitucional, modificó su anterior postura sobre la eficacia derogatoria de la Constitución, y reconoció en ocasiones sucesivas derechos legítimos a todos los hijos por igual, con independencia de su filiación, cuando la apertura de la sucesión se había producido bajo la vigencia de la norma constitucional, pero antes de la entrada en vigor de la reforma del Código Civil. La aplicación de esta doctrina se realiza en las Sentencias de 10 de febrero de 1986, 10 de noviembre de 1987, 25 de enero de 1990, 30 de noviembre de 1990, 26 de diciembre de 1990²⁶ y 8 de noviembre de 1991.

De particular importancia es la Sentencia de 10 de febrero de 1986 que se ocupa precisamente de la preterición²⁷. En ella el Tribunal Supremo en el tercer fundamento de Derecho, revocando la Sentencia de la Audiencia, consideró que:

criminatorio por razón de nacimiento contrario a la igualdad en punto al régimen de las acciones de filiación, entre las pertenecientes a los hijos que pretendieran el reconocimiento de la filiación matrimonial o el de la extramatrimonial, tanto la sentencia de apelación como la de casación contienen fallos contrarios al derecho de igualdad que perpetúan en el presente posconstitucional un trato discriminatorio nacido al amparo de la legislación preconstitucional, por todo lo cual deben ser anuladas por este Tribunal». Es de hacer notar que la Sentencia se pronuncia sobre las acciones de filiación, y señala que «la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 («Las acciones para el reconocimiento de hijos naturales sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres...») genera su nulidad»; en cambio el artículo 118 (Decía la versión derogada de este precepto: «La acción que para reclamar su legitimidad compete al hijo dura toda la vida de éste...»), igualmente discriminatorio en su sentido literal si aplicamos el mismo criterio, entiende que debe ser interpretado «expansivamente».

La Sentencia ha sido criticada por falta de precisión técnica por realizar una aplicación retroactiva de la Constitución, por DE LA CÁMARA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, III, I, Madrid, 1982, pp. 978 ss. Esta crítica quizá sea demasiado severa teniendo en cuenta la materia en la que nos movemos—el principio de igualdad, y la determinación de la filiación— muy necesitado de que la nueva legislación sea permisiva, si no se quiere que las situaciones de desigualdad subsistan más allá de lo razonable. Por otro lado no se puede olvidar que los criterios de las propias Disposiciones Transitorias de la Ley son muy favorables a que la investigación de la paternidad no encuentre demasiados obstáculos. Recuérdese que incluso se permite ir contra la eficacia de la cosa juzgada: así la DT 6.^ª: «las Sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva». La doctrina es consciente de la importancia de esta DT: cfr. PENA BERLARDO DE QUIROS, *Comentarios*, cit., pp. 1990 y 1991. Evidentemente si se permite incluso privar de eficacia a las Sentencias firmes parece que no tiene mucho sentido hacer remilgos a otras posibilidades de ejercicio de la acción bajo la nueva legislación. Por otro lado es lo más coherente con los principios constitucionales y los que informan la nueva Ley de favorecer la determinación de la filiación. Por todos estos motivos, no parece que la crítica tenga demasiada razón de ser.

²⁵ A la que sigue el Tribunal Supremo en la suya de 26 de septiembre de 1989.

²⁶ A, hijo ilegítimo no natural, había sido omitido en el testamento de su abuelo, fallecido en 1980. A pesar de que en la legislación precedente a la Constitución A no sería legítimo de su abuelo, tras ésta sí lo sería, por lo que los Tribunales lo consideran preterido. A este respecto el Tribunal Supremo afirma que: «la propia Constitución, que entró en vigor el 29 de diciembre de 1978, igualó por completo ante la Ley a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y derogó expresamente, por medio de la disposición derogatoria tercera, toda ley que se oponga a la Constitución».

²⁷ Los hechos son los siguientes: el demandante A, nacido en 1957, era hijo adulterino del causante de la herencia que fallece el 31 de enero de 1979, bajo testamento otorga-

«a)... los derechos proclamados en los artículos 14 a 38 son de aplicación directa e inmediata, sin perjuicio de que un posterior desarrollo legislativo pueda regular su ejercicio (art. 53.1.º); b) Consecuentemente, el principio de igualdad ante la Ley sin discriminación alguna por razón de nacimiento que proclama el artículo 14 de dicho texto fundamental rige desde la entrada en vigor de la Constitución el 29 de diciembre de 1978, y, por tanto, los preceptos del Código Civil que trataban desigualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por estar basados en principios discriminatorios por razón de origen, quedaron sin eficacia por imperativo de la Disposición derogatoria 3.ª de dicha Norma fundamental que declara expresamente derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo en ella establecido por inconstitucionalidad sobrevenida».

Consecuencia de todo lo dicho es que la interpretación simplista de las disposiciones transitorias séptima y octava de la Ley de 13 de mayo de 1981 no es sostenible. Cuando dichas disposiciones, u otras de las transitorias, remiten a la legislación anterior lo hacen para referirse a la norma que resultara de aplicación en el caso concreto, teniendo en cuenta también la influencia de la Constitución sobre el Código Civil.

No otra cosa hace el Tribunal Supremo en la Sentencia que comentamos donde, con expresa cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982, estima que se debe interpretar la legalidad preconstitucional de acuerdo con el principio de igualdad, por lo que «examinada la legalidad desde una interpretación constitucional no se puede prescindir de las exigencias que dimanen del artículo 14 y, por ello, debe entenderse que la remisión a la legislación anterior que en las condiciones que indica establece la disposición transitoria de referencia, opera en relación con aquellas normas del Derecho preconstitucional que no estuvieran derogadas por la norma suprema, de fecha anterior a la reforma de la materia de filiación. En definitiva ejercitadas las acciones de reclamación de la filiación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial, vigente la Constitución Española y ya promulgada la Ley 11/1981, no se pueden aplicar al caso normas o prohibiciones normativas que como las referencias (*sic*) a plazos de caducidad de las acciones o denegar las acciones para la determinación de la filiación o imponer restricciones a la legitimación que impliquen un trato diferencial no justificado en perjuicio de los hijos no matrimoniales» (FD 6.º).

B) DERECHO APLICABLE AL CASO DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN, SEGÚN LAS NORMAS DE DERECHO INTERTEMPORAL

Partiendo de la última afirmación de la Sentencia que comentamos y supuesto que el Derecho aplicable al caso no es simplemente el contenido en el texto del Código Civil hasta la Reforma de 1981, sino el mismo pero modificado por la Constitución, es necesario referir brevemente cuál era aquel Derecho y, después, concretar la influencia sobre él de la norma constitucional.

do el 5 de octubre de 1977 en el que instituía herederos a sus tres hijos matrimoniales y no mencionaba al demandante. Éste reclama por entender que ha sido preterido, y pide en consecuencia la anulación de la institución de heredero según el artículo 814.

A este respecto es fundamental recordar en sus líneas generales el sistema de filiación que se mantuvo en el Código hasta la reforma de 1981²⁶, porque su examen nos va a llevar a la conclusión de que muchas de dichas normas no pudieron ser aplicadas en razón de la influencia derogatoria que sobre ellas tuvo la Constitución. De forma que, tras el estudio de ese sistema concluiremos que no puede ser a ese régimen al que se remiten las disposiciones transitorias en cuestión²⁷.

a) *En lo que se refiere a las acciones de filiación*

Evidentemente es necesario comenzar el análisis por las posibilidades de ejercitar las acciones de filiación, puesto que ello es cuestión previa a la resolución de los problemas de Derecho sucesorio. El régimen vigente en nuestro Derecho en el momento en que entra en vigor la Constitución —y no se olvide, también formalmente vigente hasta la reforma de 1981— distinguía entre tres tipos de filiación, cada una de las cuales comportaba muy diferentes modos de determinación.

Por un lado, los hijos legítimos, aquellos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, seguían un régimen muy parecido en sus grandes líneas al que hoy existe para los hijos matrimoniales, en lo que se refiere a la determinación de la filiación. A su favor existía una presunción de paternidad del marido de la madre que a grandes rasgos coincide con la que hoy sigue subsistiendo para los hijos matrimoniales²⁸.

Las acciones de impugnación de la filiación matrimonial estaban rígidamente limitadas por el artículo 108.2, que señalaba que para destruir la presunción de paternidad del marido sólo se admitía la prueba de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieran al nacimiento, lo que dejaba muy disminuida la posibilidad de impugnar esta filiación.

²⁶ De todos modos no es necesario un estudio en profundidad para esta finalidad meramente instrumental, pues sólo será necesario hacer referencia a aquellas cuestiones que guarden relación con el principio de igualdad. Para un análisis más detenido del sistema del Código, en aspectos aquí omitidos o tratados superficialmente, se puede acudir a las obras generales de Derecho de familia: cfr. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949; PUIG BRUJAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, II, Barcelona, 1970; CASTÁN TEBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, V, 2, octava edición modificada y ampliada con la colaboración de Castán Vázquez, Madrid, 1966. Para las materias de Derecho sucesorio: son especialmente útiles: LACRUZ-SANCHO, *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973; VALLET, *Las legítimas*, dos tomos, Madrid, 1974. En esta última obra puede encontrarse bibliografía exhaustiva sobre la materia.

²⁷ Señala a este respecto, refiriéndose a la DT 8.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981, MIQUEL, *Comentarios*, cit., pp. 1993-1994: «un problema previo a la aplicación de la disposición transitoria consiste en determinar cuál es la legislación anterior, porque también en una primera lectura pudiera pensarse que el texto del CC anterior a la reforma de mayo de 1981. Y sin embargo, no siempre es así. (...) hay que entender que la disposición transitoria octava no puede remitir a una legislación derogada (...) Las normas de Derecho transitorio no tienen por misión declarar si la Constitución derogó o no derogó el texto de cierto cuerpo legal. En nuestro caso, la disposición transitoria octava no podía determinar que lo que había sido derogado por la Constitución reviviera ahora; sería una curiosa manera de legislar materia inconstitucional *per relationem*».

²⁸ Disponía a este respecto el artículo 108.1: «Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges».

Por otro lado la acción de impugnación, a pesar de que la Ley no lo dijera explícitamente, se entendía que correspondía sólo al marido, y debía ejercitarse en unos plazos extraordinariamente breves²⁹. En determinados casos, legalmente tasados, se extendía también la legitimación activa a los herederos del marido³⁰. A veces se indica en la doctrina³¹, y también lo hace la Sentencia que comentamos, que una Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1919 extendió la legitimación de la acción de impugnación al hijo y declaró que éste podía ejercitarla durante toda su vida. Si esto fuera así, este criterio tendría particular importancia para la resolución de nuestro problema porque sabríamos que antes de la Constitución incluso el hijo tenía acción para impugnar la filiación matrimonial; sin embargo, en lo que nos parece, la Sentencia de 20 de marzo de 1919 no tiene demasiada relación con nuestro caso, porque se ocupaba de la impugnación de la maternidad, y no debía haber sido acogida, siempre en nuestra opinión, por el Tribunal Supremo al ser invocada por el recurrente³². En este sentido es más razonable, desde el punto de vista del Derecho anterior, la tesis de la Audiencia que no reconoce acción a la hija para impugnar su filiación matrimonial³³.

²⁹ Artículo 113: «La acción para impugnar la legitimidad del hijo deberá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del nacimiento en el Registro, si se hallare en el lugar del marido, o, en su caso, cualquiera de sus herederos.

Estando ausente, el plazo será de tres meses si residiere en España; y de seis si fuera de ella. Cuando se hubiere ocultado el nacimiento del hijo, el término empezará a contarse desde que se descubriere el fraude».

³⁰ Artículo 112: «Los herederos sólo podrán impugnar la legitimidad del hijo en los casos siguientes:

1.^o Si el marido hubiese fallecido antes de transcurrir el plazo señalado para deducir su acción en juicio.

2.^o Si muere después de presentada la demanda, sin haber desistido de ella.

3.^o Si el hijo nació después de la muerte del marido».

³¹ Así CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V, II, cit., p. 34.

³² En efecto, es cierto que en uno de los Considerandos el Tribunal Supremo, refiriéndose a la legitimación del hijo para impugnar la filiación matrimonial, señaló que «no es violento afirmar que idéntica atribución concede el Código a la demandante para combatir la eficacia de un título aparente de filiación que su propia naturaleza rechaza, pues al decir en su artículo 118 que asiste al hijo durante toda su vida, acción para reclamar el estado cierto de legitimidad este mismo concepto gramatical determinando en locución genérica, comprende a *sensu contrario* la facultad de impugnar por la razón de que en su espíritu, tanto vale demandar una cosa justa como contradecir la que se tenga por injusta». A pesar de esta afirmación, en el caso lo que se impugnaba no era sólo la paternidad, sino el acta de nacimiento que se estimaba fingida, de forma que si la paternidad se combatía ello era porque la maternidad no se aceptaba, lo cual es muy distinto a impugnar la presunción de paternidad. De ahí que señalara el Tribunal Supremo en otro Considerando que al hijo «debe dejársele en libertad de rechazar un supuesto nacimiento que, aunque consignado en acta, no tiene más que un carácter provisional o valor de presunción destructible en juicio contradictorio por otros elementos de prueba». Por ello, una vez demostrada falsedad del parto la presunción de paternidad decaía, y podía pasarse a reclamar la filiación natural. En consecuencia, no está tan claro que, vistos los hechos, la afirmación de la Sentencia de 20 de marzo de 1919, de admitir la impugnación de la paternidad por el hijo sea verdaderamente correcta, porque en el caso lo verdaderamente importante es la demostración de la falsedad del acta de nacimiento: pues demostrado que la niña de cuya filiación se trata no nació de la pretendida madre, es obvio que cesa la presunción de paternidad del marido. Por tanto a nuestro modo de ver el caso no tiene relación con el que se plantea en el supuesto de nuestra Sentencia.

³³ La Sentencia de la Audiencia sostenía que «Conforme a la legislación anterior, donde la presunción de paternidad tenía el carácter casi *inris et de iure* que le otorgaba el artículo 108 del Código Civil, es incuestionable que por efecto de la misma esa filiación era inatacable, al haber transcurrido además el plazo de caducidad establecido en el artícu-

Por otro lado, los hijos naturales, a tenor del antiguo artículo 119 CC, eran los nacidos «fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella». Estos hijos podían ser legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres o por concesión Real. Con independencia de ello, podían ser reconocidos «por el padre y la madre conjuntamente, o por uno sólo de ellos» (art. 129). La doctrina solía distinguir entre el reconocimiento voluntario, que consistía prácticamente en lo que hoy el Código Civil sigue entendiendo por tal, y que es el concepto más propio de reconocimiento; y, por otra parte, el reconocimiento forzoso. Este segundo modo de reconocimiento era aquel en el que una Sentencia determinaba la filiación a petición del hijo, basándose en determinados hechos tasados que conducían a imponer al progenitor la filiación discutida⁴⁴.

Las acciones dirigidas al reconocimiento del hijo natural sólo podían ejercitarse «en vida de los presuntos padres, salvo: 1.º Si el padre o la madre hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso éste podrá deducir la acción antes de que transcurran los primeros cuatro años de su mayor edad. 2.º Si después de la muerte del padre o de la madre apareciera algún documento de que antes no se hubiese tenido noticia, en que se reconociera expresamente al hijo. En este caso, la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento» (art. 137). Basándose en este precepto la Audiencia, en el caso que nos ocupa, había considerado imposible el reconocimiento (aunque también destaca que la hija no era ni siquiera natural)⁴⁵.

Por último, los hijos ilegítimos no naturales eran aquellos cuyos padres no podían contraer matrimonio en el momento de la concepción. En el caso que estudiamos la hija era precisamente de este tipo, ya que es concebida en la relación entre una mujer casada y un hombre soltero. Sus derechos en la legislación anterior eran ciertamente muy reducidos, porque las posibilidades de ver deter-

lo 113 donde la acción, según el artículo 111, *tan sólo correspondía al marido o a sus herederos*. De otro lado, también en aquel sistema era inviable una filiación natural adulterina».

⁴⁴ Los casos en los que el Tribunal tenía que acceder a la determinación de la filiación natural eran los recogidos en los artículos 135 y 136 que disponían:

Artículo 135: «El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes:

1.º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.

2.º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

En los casos de violación, estupro o raptó, se estará a lo dispuesto en el Código Penal en cuanto al reconocimiento de la prole».

En cambio mayor facilidad había cuando se pretendiera determinar la filiación respecto de la madre.

El artículo 136 señalaba a este respecto: «La madre estará obligada a reconocer al hijo natural:

1.º Cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior.

2.º Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo».

⁴⁵ Señalaba la Sentencia de la Audiencia que «con arreglo a la legislación anterior... reclama una filiación extramatrimonial, inviable en el régimen anterior por su carácter de adulterina... es incuestionable que por efecto de la misma (legislación) esa filiación era inatacable, al haber transcurrido además el plazo de caducidad establecido en el artículo 113».

minada su filiación eran muy escasas, ya que el Código no les reconocía la posibilidad de investigar la paternidad más que en casos muy limitados³⁶ y porque el reconocimiento que se hiciera en su favor podía ser impugnado por aquel a quien perjudicara (art. 138)³⁷.

Partiendo de esta realidad normativa y continuando con el argumento del FD 6.º que reflejábamos en el apartado anterior, el Tribunal Supremo prosigue su razonamiento en el FD 7.º: «Los artículos 111 y 113 del Código Civil en la redacción legal anterior a la que rige por Ley 11/1981 y recogidos por la sentencia recurrida en apoyo de su tesis, en cuanto aluden a la legitimación del marido o de sus herederos para desconocer o impugnar la filiación no son aplicables, ni siquiera analógicamente al caso ya que la pretensión debatida se actúa por la hija del progenitor fallecido. Sólo se estima constitucional una interpretación de la Ley que conduzca a establecer que los llamados con notoria discriminación en el Código Civil “hijos ilegítimos”, tienen acción para reclamar su verdadera filiación durante toda su vida como ocurre con la “acción que para reclamar su legitimidad compete a los hijos legítimos, conforme al artículo 118 del Código Civil en su versión legal precedente”. Así pues estimándose contrarios a la Constitución como se estiman y, por ello, derogados los artículos 139, 140 y 141 del Código Civil antes de la reforma operada por Ley 11/1981 y admitida por imperativa del artículo 14 de la Constitución una equiparación de los hijos no matrimoniales y matrimoniales a los efectos de disponer de acción, durante toda su vida, para reclamar su filiación, la disposición transitoria en cuestión tiene sentido al establecer la aplicación de las normas anteriores en cuanto constitucionales lo que, en definitiva, significa que no se extienden al hijo sino a otros posibles legitimados “cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubieran fallecido al entrar en vigor la Ley” (Ley 11/1981)».

Encontramos algunas vacilaciones o puntos más débiles en esta argumentación, en relación con la que el Tribunal Supremo había seguido en el precedente FD 2.º Si, como dijo en aquel lugar (FD 2.º), los artículos 111 y 113 no son aplicables al caso³⁸, por referirse simplemente a las acciones que corresponden al padre y sus herederos y no a las que corresponden al hijo que, según la Sentencia de 20 de marzo de 1919, tendría acción durante toda su vida para impugnar la

³⁶ En concreto se referían a esta materia los artículos 140 y 141 que disponían:

Artículo 140: «El derecho a los alimentos de que habla el artículo anterior, sólo podrá ejercitarse:

1.º Si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme, dictada en proceso criminal o civil.

2.º Si la paternidad o maternidad resulta de un documento indubitado del padre o de la madre, en que expresamente reconozca la filiación.

3.º Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo».

Artículo 141: «Fuera de los casos expresados en los números 1.º y 2.º del artículo anterior, no se admitirá en juicio demanda alguna que, directa o indirectamente, tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales».

³⁷ Sobre el problema del reconocimiento de los hijos «adulterinos» en el sistema anterior: cfr. la opinión de DE LA CÁMARA, *Comentarios*, cit., pp. 355 ss., y las referencias a la jurisprudencia y a otros autores.

³⁸ El artículo 111 CC, versión anterior, no es aplicable de ningún modo al caso porque no responde a la hipótesis de hecho que estamos tratando.

filiación matrimonial³⁹, no se ve la necesidad de que ahora se señale (FD 7.^º) que estos preceptos no son aplicables o que deben interpretarse después de la Constitución de un determinado modo. Sin embargo, si se acepta –como creemos que es lo correcto– que en realidad la legislación preconstitucional impedía por otros medios que no fueran los tasados la reclamación de la filiación a los hijos ilegítimos; y que, desde luego, en todo caso les prohibía impugnar una filiación matrimonial, el razonamiento del FD. 7.^º recobra su sentido.

b) En lo relativo a los efectos sucesorios de la filiación

Una vez aceptada la posibilidad de que la filiación quede determinada, es necesario entrar en el problema de los efectos sucesorios de dicha filiación. A este respecto entendemos que se suscitan dos cuestiones fundamentales en el pleito: la legítima en sí misma y la figura de la preterición. Como advertencia inicial adelantamos que el tratamiento de la materia sucesoria en la Sentencia no es muy detallado, lo cual se justifica quizá en la práctica en que no era un tema en el que se hubiera entrado en la Sentencia ahora casada, ya que ésta negaba la posibilidad de reclamar la filiación. A pesar de esta justificación pensamos que el Tribunal Supremo debiera haber prestado más atención a los interesantes problemas que se planteaban que, estimamos, no ha resuelto con total precisión.

Ya hemos visto que la jurisprudencia constante⁴⁰ distingue en función de la fecha de apertura de la sucesión los supuestos de aplicabilidad de la antigua y de la nueva norma. Ni más ni menos es el criterio que se adopta en el FD 13.^º: «Al efecto ha de señalarse que de seguirse una interpretación simple y literal de la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 mayo (“Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación”) habrían de rechazarse las peticiones sobre la sucesión del progenitor causante. Pero la jurisprudencia ha matizado las diferentes situaciones posibles, según que entre la fecha de promulgación de la ley y la fecha del nacimiento del causante, siguiera o no como ley suprema interpuesta la vigente Constitución (...) En cambio, la doctrina jurisprudencial al ocuparse de casos semejantes al presente de manera clara establece la prioridad de la Constitución Española, artículo 14 sobre la legalidad subsistente y, con ello, la inaplicabilidad de la disposición transitoria en cuanto a la legalidad anterior que sólo puede tomarse en consideración en tanto sus preceptos discriminatorios se tengan por derogados».

Para la correcta aplicación de estas ideas hay que tener en cuenta que entre el régimen de los hijos legítimos y el de las restantes clases se producían también en materia sucesoria diferencias fundamentales, lo cual dará lugar a la inaplicabilidad de este sistema a sucesiones abiertas tras la Constitución. A los hijos legítimos se les reservaba una parte considerable de la herencia, en concreto los dos

³⁹ Señala el Tribunal Supremo en dicho FD 2.^º: «la sentencia recurrida se basa para ello (para denegar la acción) en lo dispuesto por el artículo 113 del Código Civil en su redacción primitiva, olvidando que ese precepto no es de aplicación al caso por referirse a acciones ejercitadas por el padre, no a las que pueda ejercitar el hijo. El Tribunal Supremo ya estableció en su Sentencia de 20 de marzo 1919 esa doctrina, y reconoció el derecho del aparente hijo matrimonial a impugnar tal filiación, en cualquier momento (...) Y puesto que la sentencia recurrida se lo niega, infringe todos los preceptos invocados y jurisprudencia asimismo citada, por lo que este motivo debe prosperar y ser casada la sentencia en cuestión».

⁴⁰ Cfr. nota 12.

tercios de la masa de cálculo, según disponía el artículo 808 en su redacción anterior⁴¹.

En cambio, los hijos naturales reconocidos aunque acreditaban siempre derecho a legítima, era de una cuantía variable en función de las distintas hipótesis de concurrencia con los parientes legítimos del causante. Así tenían derecho, en caso de no quedar descendientes ni ascendientes legítimos, a una tercera parte de la herencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 842 en su redacción anterior⁴².

Por otro lado la presencia en la sucesión de los hijos ilegítimos no naturales era muy escasa. Ya en vida de sus padres sólo tenían derecho a alimentos⁴³, si bien se preveía la extensión de ese deber contra los herederos de los mismos: «la obligación del que haya de prestarlos se transmitirá a sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen a la mayor edad; y, en el caso de estar incapacitados, mientras dure la incapacidad» (art. 845 anterior). Se trataba de un derecho que no podía considerar sucesorio ni legitimario, puesto que no atribuía ningún tipo de derecho hereditario, sino que era prolongación del derecho de alimentos que, excepcionalmente, no se extinguía con la muerte del alimentante, sino que se continuaba contra la herencia o los sucesores⁴⁴.

Hay que hacer notar también que el régimen legal de la legítima del cónyuge viudo, imponía diferentes cuantías en función de las diferentes hipótesis de concurrencia, aunque no todos los casos recibieron en la ley una solución clara, ni la doctrina interpretó el Código con unanimidad. En primer lugar, cuando concurría con descendientes legítimos tenía el usufructo del tercio destinado a mejora⁴⁵. Cuando la concurrencia fuera con hijos naturales la legítima sería el usufructo de un tercio de la herencia⁴⁶.

En caso de que no existiera concurrencia con descendientes ni ascendientes el usufructo viudal alcanzaba los dos tercios de la herencia. Esta hipótesis de

⁴¹ Artículo 808: «Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos.

La tercera parte restante será de libre disposición».

⁴² Artículo 842: «Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la tercera parte de la herencia».

⁴³ Artículo 139: «Los hijos ilegítimos, en quienes no concorra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres alimentos conforme al artículo 143».

⁴⁴ Sobre la peculiaridad del sistema: cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, II, cit., pp. 83-84; VALLET, *Las legítimas*, I, cit., pp. 138 ss. y pp. 303 ss.

⁴⁵ Artículo 834: «El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora».

⁴⁶ El artículo 841 disponía a este respecto que «Cuando el testador no dejare hijos o descendientes legítimos, pero sí ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la cuarta parte de la herencia. Esto se entiende sin perjuicio de la legítima del viudo, que, concurriendo con hijos naturales reconocidos, será un tercio de la herencia en usufructo...». Según la opinión que consideramos mejor fundada, la solución era la que seguimos en el texto. La duda se planteaba en razón de que algunos autores pensaban que el artículo citado sólo se refería al caso de triple concurrencia de ascendientes legítimos, hijos naturales y cónyuge, por lo cual cuando sólo concurren hijos naturales y cónyuge la norma aplicable sería el artículo 838 que establecía el usufructo de dos tercios. Sobre todo ello, cfr. VALLET, *Las legítimas*, I, cit., pp. 551-552.

hecho se producía también en el caso de que los únicos descendientes que existieran fueran los «adulterinos»⁴⁷.

Ahora bien, supuesto que la norma aplicable a la sucesión es el Código Civil en su redacción anterior a la reforma de 1981, pero con las derogaciones impuestas por la Constitución, hay que delimitar cuáles son, en concreto, los derechos legitimarios existentes en el caso, o lo que es lo mismo, qué normas del Código Civil han quedado derogadas. En relación con ello, la norma legitimaria postconstitucional, interesa averiguar si la Constitución impide que el cónyuge viudo reciba diferentes cuantías de legítima en razón de con quién concorra, aunque es éste un problema que la Sentencia da por solucionado y no se plantea. Nos explicamos: tras la entrada en vigor de la Constitución se incorporan al sistema legitimario los hijos «adulterinos» del causante. En estos casos bajo el régimen anterior la legítima viudal era de dos tercios: ¿sigue siendo posible dicha extensión del usufructo en sucesiones abiertas —como la del caso— tras la Constitución? La respuesta no es fácil, porque si bien las anteriores diferencias normativas respondían a un sistema discriminatorio, también podría considerarse que, salvada la igualdad entre los hijos, nada impediría seguir considerando vigente la legítima conyugal más extensa cuando concurriera con determinados hijos no matrimoniales del causante (los llamados ilegítimos no naturales). ¿Es posible esta última interpretación? A nosotros esta tesis, según razonábamos en otro lugar⁴⁸, nos parece incompatible con la norma constitucional. La solución de la Sentencia también va en esa línea, aunque no lo señale explícitamente, pues sólo hace salvedad de los derechos legitimarios del cónyuge, sin cuantificarlos. De todos modos este criterio derivaría con claridad de que invoca expresamente al artículo 834.

En cambio, sí nos parece subsistente tras la entrada en vigor de la Constitución, el párrafo primero del antiguo artículo 836 que disponía que «en el caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición». En este sentido, probablemente el precepto deba ser interpretado, después de la entrada en vigor de la Constitución, de acuerdo con la igualdad impuesta por la misma. Por tanto se referirá a la concurrencia con cualquier clase de hijos no comunes, porque la ratio del precepto se mantiene en todos los casos en los que la concurrencia de derechos de los diferentes legitimarios sobre la misma cuota pueda causar problemas⁴⁹.

Por último, aunque dada la solución de la Sentencia que resuelve el caso a través de la preterición, el tema no tenga trascendencia práctica en el supuesto, no cabe duda de que la Constitución implica igualación en la cuantía de las legítimas de las distintas clases de hijos. A este respecto parece claro que la solución adecuada es que el artículo 808, en su antigua redacción, pasa a incluir tras la entrada en vigor de la norma constitucional a todas las clases de hijos, que deberían repartirse entre ellos una legítima de dos tercios.

Esta última solución ha sido la acogida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de enero de 1990. En esta Sentencia la legítima de los hijos natura-

⁴⁷ Así lo disponía el artículo 838: «No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia».

⁴⁸ *Reforma constitucional de la legítima y problemas de derecho transitorio*, cit., pp. 3927 ss.

⁴⁹ En este punto la Sentencia nada dispone.

les, también cuando concurren con los legítimos, queda fijada en la cuantía resultante de dividir dos tercios entre el número de hijos, sin atender a su origen; y sin tener en cuenta que en los casos de concurrencia la legítima global era más extensa en la regulación derogada. De todos modos el Tribunal Supremo no entra en la justificación de esta opción sino que da por supuesto que es la correcta. En la doctrina esta solución es también la sugerida por Miquel⁵⁰, que la apoya además en que el criterio del Tribunal Constitucional en la Sentencia de 20 de diciembre de 1982 fue precisamente igualar a todos los hijos sobre la base de las normas establecidas para los hijos matrimoniales.

De manera que, en nuestro caso, hay que aceptar como lógico y evidente que las legítimas serían de dos tercios en favor de la hija —lo cual resulta expresamente reconocido por la Sentencia— y de un tercio en usufructo en favor de la viuda, usufructo que debería recaer sobre el tercio de libre disposición (art. 836.1 antigua redacción), aunque sobre esto último la Sentencia calla.

3. Sobre la preterición

A) LA CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO COMO PRETERICIÓN

Hay que hacer notar que el supuesto del caso que nos ocupa es un tanto peculiar en lo que se refiere a la calificación jurídica que debe merecer. Obsérvese que el Tribunal Supremo señala que la razón de la preterición no es aquí la absoluta omisión en el testamento sino «la atribución a la actora en el testamento no en cuanto hija sino en cuanto a persona fuera del círculo de los legitimarios de unos expectantes derechos como sustituta indirecta de la demandada y recurrida viuda del causante, en parte de los bienes hereditarios». Para el Tribunal Supremo dicha atribución «no equivale a mención con eficacia para desvirtuar la preterición».

El argumento del Tribunal Supremo debe ser desdoblado en dos para su examen. En primer lugar, la Sentencia afirma que la atribución al legitimario de su legítima a través de la sustitución en un fideicomiso de residuo que se establece en favor del heredero instituido hace que el legitimario deba entenderse preterido. Nos parece cierto, como indica la Sentencia, que la insuficiencia de la referida atribución para cubrir la legítima deriva de su carácter potencial y no actual, así como de su naturaleza condicional. También es cierto que dicha insuficiencia no se puede remediar a través de la acción de complemento, pero estamos en desacuerdo con que la vía acertada de solución sea la preterición⁵¹. Para nosotros,

⁵⁰ «Comentario a la Sentencia de 13 de julio de 1985», *CCJC*, núm. 9, 1986, p. 2886.

⁵¹ Dice el FD 14: «su omisión en el testamento produce los efectos de la preterición, en cuanto se priva a la hija de manera tácita de los derechos legitimarios que le corresponden en la herencia de su padre. La atribución a la actora en el testamento no en cuanto hija sino en cuanto persona fuera del círculo de los legitimarios de unos expectantes derechos como sustituta indirecta de la demandada y recurrida viuda del causante, en parte de los bienes hereditarios no equivale a mención con eficacia para desvirtuar la preterición y, por ello, hay que rechazar la fórmula de la acción de complemento de legítima como medio de satisfacción jurídica de los derechos hereditarios, acción que, obviamente, ha de tener por asiento que posibilite su ejercicio una base cuantitativa cierta y segura, por supuesto de alcance menor, si se espera que prospere, que el monto de los derechos legitimarios. En

lo que se podrá decir de esa atribución es que vulnera la intangibilidad cualitativa de la legítima, lo cual viene a reconocer la propia Sentencia cuando invoca como fundamento de su fallo el artículo 813 CC. En consecuencia, siguiendo a Lacruz, y a la mejor doctrina sobre el particular, estimamos que «no hay preterición, desde luego, cuando se menciona al “heredero forzoso” en testamento para intentar satisfacer sus derechos mediante una atribución que infringe la regla de intangibilidad cualitativa. En tal caso, los remedios serán los de la infracción de dicha regla: no el de la preterición»⁵². Por tanto, a nuestro juicio, en razón de la existencia de disposición en favor del legitimario estimamos que no hay ninguna razón para considerar preterida a la hija litigante, aunque la insuficiencia cualitativa deba remediarse por su medio propio: considerar no puesto el gravamen⁵³.

En segundo lugar, la Sentencia señala que la mención suficiente para evitar la preterición debía ser una atribución de derechos en cuanto hija y no en cuanto persona extraña, y que, dado que ello no se produce en el supuesto, procedería calificar el caso como preterición. Aun aceptando que para evitar la preterición fuera necesario que se contemplara al beneficiario de la atribución como legitimario⁵⁴, hay que valorar que en la hipótesis era imposible que al testar el causante tuviera en cuenta a su hija como legitimaria, puesto que aun conociendo el testador que se trataba de su hija, era también plenamente consciente de que la misma no tenía la condición de legitimaria. Es evidente que la hipótesis de hecho es muy peculiar porque no se encuentra dentro de las coordenadas normales de aplicación de la norma sobre preterición. Aun así está claro, a tenor de los antecedentes de hecho, que el testador conocía cumplidamente la condición de hija de la litigante.

En contra de la solución de la Sentencia, la doctrina había admitido que para que la atribución testamentaria de bienes evitara la preterición no se requería el reconocimiento explícito en el testamento de la condición de legitimario, aunque Vallet había estimado que se podría estimar la existencia de preterición cuando el testador obrara con error⁵⁵, cosa que no sucede en nuestro caso. Por su lado la jurisprudencia había sostenido con claridad que no era necesario para evitar la preterición realizar la atribución precisamente en razón del carácter de legitimario, bastando que existiera una disposición en favor de éste, aunque no fuera apta cuantitativa y cualitativamente para cubrir

ningún caso puede admitirse que los derechos actuales de la actora sobre los dos tercios de la legítima queden gravados por una sustitución fideicomisaria. El fideicomiso de residuo en favor de la actora respecto de finca determinada carece tanto por el carácter potencial y no actual de la herencia como por la naturaleza condicional de su efectividad de fuerza que impida la anulación de la institución de heredero».

⁵² *Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 182. Cita al respecto el caso de la institución del legitimario como sustituto vulgar.

⁵³ A nuestro juicio VALLET. *Las legítimas*, I, cit., pp. 610 ss. ha demostrado cumplidamente que la solución en los casos de designación del legitimario como sustituto fideicomisario del heredero instituido era no considerarlo preterido. De modo que el artículo 813.2 CC de acuerdo con los antecedentes históricos supondría, precisamente, estimar no puesta la sustitución, percibiendo el legitimario su legítima libre de gravámenes considerando no puestos los mismos. Cfr. allí más doctrina, prácticamente unánime, en este sentido.

⁵⁴ Lo cual no admitimos. El propio Tribunal Supremo en Sentencias de 16 de enero de 1895, 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932 estimó no preteridos a los hijos naturales cuya condición se negaba y en favor de los cuales se ordenaban legados.

⁵⁵ *Las legítimas*, I, cit., p. 604. En el mismo sentido LACRUZ. *Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 173.

la legítima³⁶. Ante tales argumentos, no podemos menos de afirmar que en razón de este motivo no podría considerarse preterida a la persona de cuya sucesión trata nuestra Sentencia, por lo que, en este fundamental extremo, discrepamos del criterio utilizado por la misma para resolver el caso.

B) LA PRETERICIÓN EN EL CASO DE LOS TESTAMENTOS PRECONSTITUCIONALES
MERECE UNA SOLUCIÓN ESPECIAL DE DERECHO TRANSITORIO

Aceptemos, no obstante, a los solos efectos argumentativos, que pudiera existir preterición. ¿Es razonable la consecuencia que de ello sigue el Tribunal Supremo? No lo olvidemos, la Sentencia anula por completo la institución de heredero y ordena la distribución de la herencia de forma intestada, sucesión en la que la hija pretendidamente preterida resulta ser heredera única, sin perjuicio de la cuota legitimaria de la viuda³⁷.

³⁶ La Sentencia de 16 de enero de 1895 se ocupó de un caso de testamento anterior al Código Civil en el que el testador manifestaba carecer de herederos forzosos y disponía de sus bienes de la manera que tenía por conveniente, incluyendo un legado en favor de la que, tras la entrada en vigor del Código, reconoce como hija natural. Muerto tiempo después se impugna el testamento por preterición de la hija natural. El Tribunal Supremo señala que el legado se debe imputar a la legítima de la hija natural, quedando subsistentes el resto de las disposiciones testamentarias. En la Sentencia de 25 de mayo de 1917 se sigue una doctrina muy parecida. Después de la muerte del testador se impone judicialmente la paternidad natural en razón de la conducta concluyente del mismo y se solicita también en el mismo pleito la nulidad por preterición de la institución de heredero hecha por el padre natural en su testamento, en el cual señalaba carecer de legitimarios, y legaba a la reclamante de la filiación una cantidad de dinero que debía percibir al fallecimiento del resto de sus herederos. Como se puede apreciar es un caso muy parecido al que ahora consideramos. El Tribunal Supremo entendió, al igual que la Audiencia que «los artículos 815 y 817 prevén y regulan el caso en que el testador haya hecho mención de la persona que reúna las condiciones de heredero forzosos y deje para ella, por cualquier título que lo hiciese, menos de lo que la corresponda en concepto de legítima autorizando sólo al heredero que reclame el complemento de su porción hereditaria, a diferencia del caso previsto en el artículo 814, en el cual, para anular la institución de heredero, requiere la preterición, o sea que el testador nada deje, por ningún título, al heredero forzosos, y como es hecho admitido que a doña E. L., su padre natural don P. G. la transmitió en su testamento una cantidad determinada, resulta hecha con acierto por la Sala sentenciadora la aplicación de aquellos textos, así como del párrafo segundo del artículo 813 del citado Cuerpo legal, en igual respeto a la integridad de la legítima debida y a la subsistencia de las prescripciones testamentarias que no la perjudiquen». Hay que hacer notar que la Audiencia había señalado que el legado testamentario debía percibirse «completamente libre de toda condición y gravamen», extremo que el Tribunal Supremo confirma y que es expresivo de la aceptación de la doctrina que antes invocábamos a propósito de la atribución de la legítima mediante una disposición sobre la que pesara alguna sustitución o gravamen. En parecido sentido la Sentencia de 23 de abril de 1932 se ocupó de un supuesto en el que el testador ordenaba un legado en favor de una hija natural en un testamento en que niega que tuviera herederos forzosos.

³⁷ El régimen de la preterición de herederos forzosos anterior a la reforma de 1981 se entendía aplicable no sólo a los hijos legítimos sino también a los naturales (cfr. RIVERA FERNÁNDEZ, *La preterición en el Derecho común español*, Valencia, 1994, p. 144, nota 40), sin que, por no tener derecho a legítima puedan ser objeto de ella los hijos ilegítimos no naturales. El artículo 814 disponía que: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas».

La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 839 de este Código.

En nuestra opinión las conclusiones generales sobre el régimen de Derecho transitorio aplicable al caso son válidas en lo que se refiere a los efectos de la sucesión y, en concreto, en las cuestiones relativas a la legítima. Sin embargo cuando, como se plantea en nuestro supuesto de hecho, la sucesión abierta tras la Constitución se rija por testamento otorgado antes de ella existen algunos problemas que no está tan claro que se puedan resolver con aquéllos criterios. En concreto, la cuestión será si a los testamentos en que fueron omitidos los hijos o descendientes que tengan la condición de legitimarios sólo tras la entrada en vigor de la Constitución se pueden aplicar los efectos de la preterición⁵⁸.

El tema no se plantea por primera vez al Tribunal Supremo en esta Sentencia. También se le suscitó en el caso que dio lugar a la de 10 de febrero de 1986⁵⁹ que es oportunamente invocada en esta de 17 de marzo de 1995 que ahora comentamos. En la de 1986, que ya conocemos, el Tribunal Supremo indicó que: «a tenor del artículo 814 del Código Civil debe reducirse la indicada institución de herederos para dejar a salvo la legítima del preterido respetándose en todo lo demás lo ordenado por el testador», con lo que, aun diciendo que se está aplicando el Derecho vigente a la apertura de la sucesión, en realidad no se está dando al antiguo artículo 814 la extensión de efectos que en realidad tenía, pues el Tribunal Supremo prefiere «reducir» la institución de heredero antes que «anularla», solución que ha sido criticada por Miquel⁶⁰, De Pablo Contreras⁶¹ y Rivera Fernández⁶², que estiman que al producirse un supuesto de preterición bajo la vigencia del antiguo artículo 814 —si bien corregida su interpretación bajo el prisma igualitario de la Constitución— la consecuencia debía ser la entonces establecida por aquella norma: la nulidad de la institución de heredero, y no la que deriva de su reforma en 1981: reducción de dicha institución.

De todos modos la crítica de estos autores, cuya solución se aplica en la Sentencia que comentamos, puede ser discutible. En nuestro caso, sería muy extraño que un testamento realizado con arreglo a la normativa vigente en la fecha de su otorgamiento, pueda ser privado casi totalmente de contenido (anulación de la institución de heredero en favor, además, del cónyuge viudo) a causa de una cir-

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto».

Hay que hacer notar que el precepto, tras la entrada en vigor de la Constitución, si bien no va a sufrir problemas de inconstitucionalidad, sí va a verse ampliado en sus elementos personales por aquellos legitimarios que comienzan a serlo tras la Constitución. Esto es precisamente lo que sucedería según el Tribunal Supremo en el caso que contemplamos.

⁵⁸ Sólo plantea peculiaridad el caso de los hijos «adulterinos» y los ilegítimos no reconocidos porque el de los hijos naturales se consideraba resuelto ya bajo la regulación derogada en el sentido de que su omisión constituía preterición: cfr. RIVERA FERNANDEZ, *La preterición*, cit., p. 144 y nota 40.

⁵⁹ Está comentada por MIQUEL GONZÁLEZ, *CCJC*, núm. 10, 1986, pp. 3435 ss. y por DE PABLO CONTRERAS, *Preterición, derecho intertemporal y Constitución española*, *ADC*, 1987, pp. 701 ss.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 3442.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 710: «la norma que debió ser aplicada era el artículo 814 en su redacción anterior a 1981 y, en consecuencia, declarar la anulación de la institución de heredero».

⁶² «El Tribunal Supremo (...) concede efectos retroactivos a la Ley 11/1981 sin tener presente que en lo que la Constitución derogó al Código Civil, la reforma no tendrá efectos retroactivos porque ya se derivan del texto constitucional y en lo que ésta no derogó al Código Civil, la reforma no tiene porqué tener efectos retroactivos»: *La preterición*, cit., p. 147.

cunstancia ajena a la voluntad del testador (la aparición de nuevos legitimarios por disposición de la ley), y contrariando su evidente voluntad⁶⁴. A este respecto es interesante recordar que para los casos de preterición que se produjeron a la entrada en vigor del Código la disposición transitoria 12.^a había establecido una solución mucho más matizada que la que deriva de aplicar, sin más, la norma del antiguo artículo 814, consistente en salvar la legítima de los nuevos legitimarios, pero sin admitir que pudieran ejercer la acción de preterición⁶⁴.

Por nuestra parte, entendemos que al caso que ahora nos planteamos, Derecho intertemporal necesario para resolver los conflictos provocados por la preterición producida por la reforma del Código por la Constitución, le hubiera sido de aplicación el criterio dispuesto en la disposición transitoria 12.^a del Código Civil, puesto que ésta intentó resolver el problema similar que en 1889 provocó la entrada en vigor del Código, y que la actual regulación no contempla ninguna solución a esta hipótesis⁶⁵.

De modo que, dado que en nuestro caso la anulación de la institución de heredero, resultado de aplicar la norma de la preterición, no sería necesaria para que la hija extramatrimonial defienda su legítima, pensamos que lo procedente era respetar el testamento en lo que no lesionaba la legítima de dicha hija, haciendo aplicación de la disposición transitoria 12.^a Es decir, nos parece que la solución más justa del caso sería, en aplicación de la referida Disposición transitoria, conceder legítima al hijo no matrimonial pero aplicando las reglas de reducción

⁶⁴ El problema precedente se suscita no sólo en la Sentencia de 10 de febrero de 1986 y en la que ahora comentamos, sino también en el caso del que conoció la Sentencia de 26 de diciembre de 1990, aunque en esta última los efectos de la preterición no fueron objeto del recurso, y la Audiencia ya había resuelto decretando la nulidad de la institución de heredero, por lo que el Tribunal Supremo no entró en la materia que ahora nos ocupa y, por tanto, de poco sirve esta Sentencia para aclarar la cuestión.

⁶⁵ Dice así: «...La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. 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 le corresponda según el Código». La Exposición de Motivos de la edición reformada del Código Civil era clara en las razones de la introducción de la referida DT: «La legislación antigua no reconocía porción legítima a los cónyuges ni a los hijos naturales, como lo hace la vigente (...) el testamento habrá de cumplirse reduciendo o aumentando las porciones hereditarias si así fuere necesario, para que todos los partícipes forzosos en la herencia según el nuevo derecho, reciban lo que les corresponda conforme al mismo».

Por su parte la doctrina no duda de que la mencionada Disposición transitoria se aplicaba a las hipótesis de preterición originadas por la entrada en vigor del Código: así: REGLERO CAMPOS, *Comentarios*, cit., pp. 743 ss.: «habiéndose otorgado testamento de acuerdo con la legislación anterior al Código, el testador fallece con posterioridad a su entrada en vigor, conteniendo aquél disposiciones contrarias a las normas imperativas (...) no se predica la ineficacia del negocio testamentario (...) a pesar de esa validez, quedó sensiblemente reducida la eficacia de los testamentos.»; SCAEVOLA, *Código civil*, redactado por Reyes Monreal, tomo XXXII, volumen 2.º, Madrid, 1965, pp. 1159 ss.; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo XII, 6.ª ed. revisada por Gómez Ysabel, Madrid, 1973, pp. 1334 ss. Sin embargo ninguno de los autores hace expresa referencia al problema de la preterición, único al que resulta de más interés la norma. Sí hace referencia expresa a que la DT 12.^a tendrá especial interés en materia de preterición MIQUEL, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., p. 1999. También lo consideró así el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de enero de 1895.

⁶⁶ La doctrina científica suele ser concorde en admitir la aplicabilidad de las normas del Código sobre Derecho transitorio a las reformas posteriores del mismo para solucionar conflictos de Derecho intertemporal que no fueron los concretos y específicos para los que

de disposiciones inoficiosas, y no la más radical solución de la nulidad de la institución de heredero⁶⁶. Miquel había dudado de la conveniencia de esta solución porque piensa que mantenerla «puede ser equivalente a perpetuar la discriminación bajo la vigencia de la Constitución aunque sea por derecho transitorio»⁶⁷.

A nosotros la objeción «constitucional» a nuestra solución no nos parece concluyente, porque el criterio de la Disposición transitoria del Código es perfectamente admisible desde la óptica constitucional: respetar el testamento, pero dando entrada a los nuevos principios sobre la legítima⁶⁸. En otras palabras, el Código no consideró aplicables las normas de la preterición a la omisión de un legitimario que llega a serlo por el cambio de ley posterior al testamento, y no parece suficientemente justificado que pueda abandonarse ese criterio en razón del principio de igualdad, porque sería tanto como modificar el propio concepto de preterición, perjudicando la efectividad de la voluntad testamentaria.

Indudablemente a nuestra interpretación se le puede poner otra objeción fundamental, y es que el criterio de la norma transitoria aplicable hoy es suficientemente expresivo de una solución contraria a la establecida en el segundo inciso de la DT 12.^a del Código. En efecto, la DT 8.^a de la Ley 11/1981 nada indica acerca de la posible excepción de la preterición de la regla general, por lo que no habría laguna que rellenar con la aplicación de la norma codicial de Derecho transitorio ya que el criterio de la nueva Ley sería contrario a dicha norma. Entendemos que la objeción tiene bastante peso, pero no es incontrovertible. Estimamos cierto que la invocación de la DT 12.^a CC no puede hacerse directamente, porque en efecto la norma especial de la Ley, la DT 8.^a de la Ley 11/1981, cubre el supuesto que se pretendería resolver; es decir, no se está ante un supuesto de inexistencia de criterio de Derecho intertemporal que justificara, sin más, el

la norma fue dictada: Cfr. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1942, p. 578; SANCHO REBULLIDA, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, DT 12.^a, pp. 2210-2211; REGLERO CAMPOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXV, volumen 2.^o, Madrid, 1994, p. 743; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo primero, volumen primero, duodécima edición revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, Madrid, 1988, pp. 630-631; ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, volumen primero, Barcelona, 1991, pp. 207 ss; LACRUZ-SANCHO-DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, I, Barcelona, 1988, p. 252; DIEZ-PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1992, pp. 119-120; MONTÉS, *Derecho civil. Parte general*, coord. por Montés, Valencia, 1993, p. 213; MIQUEL, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., DT 8.^a, pp. 1997-1998.

⁶⁶ Hay que tener en cuenta que en el momento en que se abrió la sucesión la solución impuesta por la aplicación conjunta del principio de igualdad constitucional, el antiguo artículo 814 CC y la DT 12.^a del mismo era la de no considerar preterida a la hija y salvarle la legítima de dos tercios. Es evidente que ello supone una solución desigual en caso de omisión testamentaria en función de las distintas clases de hijos, pero la desigualdad radica en la desigual importancia de la omisión según se omite en el testamento a quien ya es legitimario o a quien no se considera legalmente tal.

⁶⁷ *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., DT 8.^a, p. 1999. Es una opinión que pretende ampararse en la decisión del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 20 de diciembre de 1982 en el sentido de no perpetuar las situaciones de discriminación bajo la vigencia de la Constitución. En esta Sentencia, ya analizada, el Tribunal Constitucional trataba una cuestión de Derecho transitorio, pero referida a las acciones de filiación.

⁶⁸ La norma de la DT pretende solucionar el problema concreto de la preterición que no es más que el de la incidencia en el fenómeno sucesorio de dos momentos temporales: el de otorgamiento del testamento, instante que cobra interés considerando el testamento como negocio jurídico, y el de apertura de la sucesión, momento central del fenómeno sucesorio: cfr. p. ej. ROUBIER, *Le droit transitoire*, cit., p. 309.

recurso a las disposiciones transitorias del Código. Aun así se le puede reconocer a la DT 12.^a un cierto carácter interpretativo de la DT 8.^a de acuerdo con el criterio más normal en esta materia, aunque –desde luego– ello sería dudoso⁶⁹.

También podría pensarse que cuando la DT 8.^a de la Ley del 81 remite al derecho anterior está invocando no sólo a la estricta norma resultante de aplicar a la legítima la igualdad constitucional, sino también a las eventuales matizaciones que puedan derivar del Derecho transitorio del Código. En otras palabras que la norma de Derecho intertemporal no designa directamente la norma material aplicable, sino que la designa a través de la norma de Derecho intertemporal del propio Código⁷⁰.

En favor de nuestra interpretación, hay que señalar que el efecto que consigue es el más razonable, teniendo en cuenta que en la materia se suceden no sólo dos regímenes modificatorios, sino también dos regímenes transitorios –si aceptamos que de la DT 8.^a de la Ley 11/1981 no se puede derivar el evitar la preterición en casos como el que contemplamos– y ello en un corto espacio de tiempo. Todo lo cual daría lugar a problemas sustancialmente similares que tendrían una solución injusta si se les aplicaran efectos diferentes.

En concreto, se pueden dar tres posibilidades referidas a testamentos preconstitucionales en el que se omite a un legitimario que llega a serlo a partir de la Constitución:

– apertura de la sucesión después de la Constitución, pero antes de la Ley de Reforma, y que se pretenda resolver judicialmente antes de dicha Ley. Hay que sostener con claridad que la solución de la DT 12.^a CC es aplicable a estos casos, porque entonces no se podía acudir a otra norma de conflicto. Por tanto, planteado un problema de legítima, la solución habría sido reconocer la legítima al nuevo legitimario, pero no considerarla preterido por el testamento preconstitucional.

– En cambio, si el supuesto se plantea judicialmente después de la Ley de 1981, la solución ya sería distinta si entendemos que la DT 8.^a de la Ley del 81

⁶⁹ MIQUEL, *Comentarios*, cit., pp. 1997-1998: «en lo que se refiere a la disposición transitoria 12.^a del CC hay coincidencia en la primera parte, pero no se reproducen las limitaciones que al principio así establecido se contienen en dicha disposición. Por tanto, hay que preguntarse qué significado tiene tal proceder: ¿significa que no se ha querido aplicar la disposición transitoria 8.^a de la ley 11/1981 con los temperamentos que se derivan de la segunda parte de la transitoria 12.^a del CC? o, por el contrario, ¿la no reproducción de su contenido no significa la inaplicabilidad en esta ocasión? La cuestión me parece dudosa. Si bien puede pensarse que no era preciso para que tal disposición se aplicara que se recogiera su contenido, también puede entenderse que el silenciar una parte de la disposición y recoger otra puede ser significativo; por otra parte, que si bien es cierto que las disposiciones transitorias del CC pueden aplicarse a cualquier modificación que éste experimente, fueron especialmente dictadas para el cambio que el CC introdujo y su valor en otras reformas pudiera defenderse que es orientativo, pero no vinculante, sobre todo cuando la nueva ley contiene alguna disposición referida al tema.

Con todo, me inclino a pensar que no ha sido propósito de la Ley que aquellas disposiciones transitorias no fueran aplicadas al caso. Sin embargo, mantengo graves dudas y cuestiono entonces la necesidad de la disposición transitoria octava. Como no sea para negar efecto retroactivo a la Ley, lo que tampoco era necesario en rigor». A pesar de esto, más adelante, el mismo MIQUEL (cfr. pp. 1999-2000) no considera posible evitar en el caso que nos planteamos los efectos de la preterición.

⁷⁰ Lo cual, realmente, concuerda mal con el carácter de las normas de derecho intertemporal.

dispone algo diferente a la DT 12.^a del Código, y habría que considerar preterido al legitimario con arreglo al antiguo 814 CC.

— Por si todo esto no fuera complicado, si el fallecimiento con testamento preconstitucional se produjera bajo la vigencia de la Ley de 1981, la solución volvería a cambiar, pues entonces la legislación aplicable sería el nuevo artículo 814 CC, y la calificación más probable de la preterición sería de intencional⁷¹.

De modo que se daría una solución desigual a supuestos similares sólo en función de la fecha en que hubiera debido resolverse el problema o se produjera el fallecimiento, sin que las diferencias encuentren demasiada justificación. Además, si aceptamos la opinión de que la DT 12.^a no se puede aplicar tras la Ley de 1981, esta misma Ley haría revivir, aunque sólo fuera por la vía del Derecho transitorio, el criterio contenido en el antiguo artículo 814; precisamente cuando la nueva norma se opone directamente a dicho criterio, lo cual parece absurdo.

Por ello, nos parece que también se podría defender nuestra solución estimando que el nuevo artículo 814 es tácitamente retroactivo⁷² y que la preterición que se produce en el caso era intencional; también consideramos defendible nuestro criterio admitiendo que en el antiguo 814 no estaban incluidos los supuestos de preterición intencional, y que esos casos se deberían resolver con los efectos propios de la desheredación injusta⁷³. En cualquier modo, estimamos

⁷¹ Opina Miquel, *Comentarios*, cit., pp. 1295-1296; BOLAS, «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*, 1982, pp. 203-204, y nosotros lo aceptamos, que el caso en que haya cambiado la legislación entre el testamento preconstitucional y la muerte del causante (evidentemente se están refiriendo a causantes que fallezcan después de la Ley de 1981) dará lugar a un supuesto de preterición intencional. Sobre la naturaleza intencional de la omisión en este caso habría que añadir que el testador conocía la existencia de la hija «adulterina», y aparece clara la voluntad de disponer a favor de ella simplemente con el llamamiento fideicomisario.

⁷² Al plantearse la reforma de 1981, motivada por la exigencia constitucional de igualdad entre las filiaciones, se suscitó la preocupación de que al ampliarse el número de legitimarios, los herederos forzosos preteribles también crecían, pudiéndose originar una gran cantidad de casos en que se podría llegar a la anulación de la institución de heredero. Por eso se decide reformar una materia que no iba a ser objeto, en principio, de los trabajos legislativos. La exposición de motivos del Proyecto de Ley de reforma, que finalmente no se incorporó al texto de la Ley, explicaba la reforma de la preterición en estos términos: «debe explicarse el porqué de la reforma en materia de preterición de herederos forzosos. La doctrina había puesto de relieve la insuficiencia de las reglas del Código. Pero esto, por sí, no era suficiente para justificar su modificación en una Ley cuyo cometido principal no era corregir todas las deficiencias de nuestro sistema, por evidentes que pudieran parecer. Ahora bien, resulta claro que, con la reforma que en esta Ley se hace, pasan a ser legitimarios algunos ascendientes y descendientes que antes no tenían esa calidad; y que, respecto de ellos, sobre todo tratándose del testamento del abuelo o del nieto, serán más frecuentes los supuestos de preterición. Por eso se ha hecho necesario sustituir las escuetas reglas del Código Civil por otras que, al distinguir entre las diferentes hipótesis de preterición, se estiman más justas y completas». Cita tomada de *Código civil (Reformas 1978-1983)*. Trabajos parlamentarios, tomo I, Madrid, 1985, pp. 174-175. Por esto parece evidente que la *ratio* del nuevo artículo 814 es evitar la multiplicación de las pretericiones y modalizar sus efectos, lo cual no se aviene bien con una aplicación de la institución como la que hace la Sentencia que comentamos, lo cual apoyaría en cierta medida conceder a la nueva Ley un cierto alcance retroactivo.

⁷³ Sobre esta última cuestión hay que indicar que el antiguo artículo 814 no tomaba expresamente en cuenta el dato de que la preterición fuera errónea o intencional para darle distintos efectos; aunque dicha postura legal mereció las críticas de la mejor doctrina. Estimaba la doctrina científica que cuando un testador conscientemente omite al legitimario es

más razonable que los casos de omisión en testamento preconstitucional de un legitimario que llegue a serlo por la modificación legal, se resuelvan por el criterio del segundo inciso de la DT 12.^a del CC.

rechazable que dicho legitimario, por vía de la anulación de la institución de heredero, perciba más que lo que le podía corresponder por legítima. Para la doctrina estos casos de preterición intencional estaban más cerca de la desheredación injusta y sus efectos debían asimilarse de alguna manera a los previstos para aquella situación (cfr. art. 851 CC), por tanto, era necesario en este punto suavizar los efectos establecidos por el artículo 814 en su redacción anterior. Al respecto ver, por ejemplo, DE LA CÁMARA, «El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos», *RDN*, 1955, p. 65: «La preterición intencional y la desheredación deben, por lo tanto, surtir los mismos efectos»; VALLET, *Las legítimas*, II, cit., p. 932. Por tanto la doctrina miraba con cierta reserva la anulación de la institución de heredero, que no tuviera por base la defensa de la legítima material. Es decir, se criticaba una legislación que no se limitaba a proteger los derechos legítimos, sino que iba más allá. El único motivo, en opinión de aquella doctrina, que podía autorizar la producción de efectos contra el testamento con un alcance mayor que el necesario para proteger la legítima material, sería el de que la preterición se produjera por error o desconocimiento del testador. En contra arguyó LACRUZ *Derecho de Sucesiones*, II, Barcelona, 1973, p. 177, que esta opinión aunque sea más conforme probablemente con la voluntad del testador no es la que cabe descubrir en el Código «pues el deber formal de mencionar al legitimario todavía viene configurado por el CC como algo distinto de la legítima material (aunque en mi opinión y la de otros, alternativo con ella); si tal deber resulta incumplido la falta tiene su sanción propia, y se aplica por igual siendo la preterición intencional o involuntaria; pero obsérvese que la falta es más grave, y tanto más merecedora de sanción, precisamente cuando la preterición se cometió adrede». Precisamente, habría que añadir, en la hipótesis que nos estamos planteando la intencionalidad de la omisión no resulta más reprochable por el hecho de haberse cometido ignorando la condición de legitimario del descendiente. En cualquier caso las conclusiones de la doctrina no fueron aceptadas por la Jurisprudencia. El Tribunal Supremo consideró la interpretación de VALLET y DE LA CÁMARA inadmisibles de *lege lata*. Y eso a pesar de que no faltaron supuestos en los que claramente se apreciaba la intencionalidad de la preterición, y debían haber tenido una solución más justa y conforme con la voluntad del testador considerándolos como casos de desheredación injusta tácita. Así, por ejemplo, el supuesto contemplado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1908. Se reconocía la legítima a una hija natural puesto que se le hizo una donación con el expreso carácter de anticipo de legítima. Posteriormente, en el testamento no se la menciona, y expresamente se señala que el testador carece de herederos forzosos. El Tribunal Supremo aplica el texto del 814 de forma rigurosa.

También la Sentencia de 27 de febrero de 1909 contempla un claro caso de preterición intencional. En el testamento se instituyen herederos a los sobrinos del testador, imponiéndoles expresamente la condición de continuar el pleito que sostenía con dos presuntas hijas naturales. Igualmente les imponía no realizar «componenda ni transacción alguna», pues en caso contrario quedarían desheredados. Posteriormente se determina judicialmente la filiación de las referidas hijas naturales. Se trataba, parece claro, de un caso de preterición intencional. A pesar de ello el Tribunal Supremo revoca la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia que entendía que era nula la institución de herederos «tan sólo en cuanto por ella se priva a la demandante de la legítima». El Tribunal declara la nulidad total de la institución de herederos. En el mismo sentido se podría citar la de 9 de diciembre de 1955 que contempla un caso de posible preterición intencional. Una probable excepción a esta postura jurisprudencial es la representada por la Sentencia de 13 de julio de 1985, dictada para un caso anterior a la reforma de 1981, en la que el Tribunal Supremo se inclina por la posibilidad de tener en cuenta la voluntad del causante para modificar los efectos de la preterición, en función de la voluntariedad de la omisión. El Tribunal Supremo no decide sobre la cuestión de cuáles eran los efectos de la preterición intencional por no haberse discutido en su momento procesal, pero parece admitir la posibilidad, bajo el régimen derogado, de que la preterición intencional tuviera efectos más mitigados que la errónea. No es, en cambio, una excepción la Sentencia de 10 de febrero de 1986, referida al antiguo artículo 814. Desde luego aplica efectos más mitigados a una preterición presumiblemente intencional, y en ello se ha visto por alguno la admisión de la propuesta doctrinal: cfr. DE PABLO, *op. cit.*, pp. 710 ss.