

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Sentencias comentadas

PRETERICION, DERECHO INTERTEMPORAL Y CONSTITUCION ESPAÑOLA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986)

SUMARIO: I. La sentencia.—II. El concepto de preterición en el Código civil.—III Ambito de la preterición dentro de los límites del parentesco.—IV. La disposición transitoria octava de la Ley de 13 de mayo de 1981.—V. ¿Atribuyen los artículos 14 y 39 de la Constitución la condición de legitimarios a los hijos no matrimoniales del testador?—VI. La aplicación retroactiva del nuevo artículo 814 del Código civil.

I. El Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de este comentario, de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelado contra la sentencia de la Sala 1.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha ciudad. Del propio tenor de sus fundamentos jurídicos resultan con claridad los hechos:

1. En el proceso del que este recurso dimana y en el que el actor, hoy recurrente, solicitó se declarase la existencia de una preterición en su perjuicio, como hijo y heredero de su padre don J. C. C., y, en su consecuencia, la reducción de la institución de herederos, conforme al artículo 814 del Código civil, deben destacarse los siguientes hechos básicos reconocidos por las partes y aceptados explícita o implícitamente por la sentencia recurrida: 1.º Don J. C. C. contrajo matrimonio el 30 de noviembre de 1934 con doña B. A., de cuyo matrimonio nacieron tres hijos, los demandantes don J., doña R., y doña P.C.A. 2.º Vigente dicho matrimonio, y de relaciones extramatrimoniales habidas entre don J. C. C. y doña

A.M.B., nació en Barcelona, el día 15 de febrero de 1957, el actor, hoy recurrente, don J. C. M., inscribiéndose dicho nacimiento en el Registro civil, en virtud de declaración de dicho padre como hijo ilegítimo suyo y de doña A. M. 3.º Fallecida la citada esposa, doña B. A., el 6 de abril de 1973, el viudo, don J. C. C., y doña A. M. P. contrajeron matrimonio el 11 de octubre del mismo año. 4.º El Sr. C. C. falleció el 31 de enero de 1979, bajo testamento abierto, otorgado el 5 de octubre de 1977, en el que instituía herederos a sus tres hijos legítimos habidos de su primer matrimonio, los hoy recurridos, sin hacer referencia alguna a don J. C. M., hoy recurrente. 5.º La sentencia del Juzgado estimó la demanda, declarando la preterición del actor, sentencia que fue revocada por la dictada en apelación.

2. La sentencia de la Audiencia aquí recurrida, partiendo del supuesto de que la Constitución española «... contiene mandatos y principios que han de ser aplicados inexcusablemente desde su entrada en vigor, pues se refieren a derechos reconocidos o garantizados en el primer texto legal», entiende, sin embargo, que «... hay otros derechos que solamente pueden tener efectividad mediante desarrollo legislativo posterior...», entre los cuales se incluyen los relativos a la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación (art. 39), por lo que argumenta que si la apertura de la sucesión se produce en la fecha de la muerte del causante (art. 657 C.c.), si la Ley 11/81, de 13 de mayo, que modifica el Código civil en materia de filiación, ordena en su Disposición Transitoria 8.ª que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta ley se registrarán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación», es claro, concluye, que en el presente caso, por haberse producido la apertura de la sucesión de don J. C. C. el día de su fallecimiento, ocurrido el 31 de enero de 1979, cuando no regía la modificación introducida por la citada Ley 11/81 y, por tanto, cuando el hijo habido fuera del matrimonio de quien estaba casado tenía la cualidad de ilegítimo no natural, con derecho únicamente a alimentos, no puede hablarse en ningún supuesto de preterición, en cuanto al actor, como tal hijo ilegítimo no natural del causante, no tenía derechos hereditarios en el caudal relicto, conclusión que llevaba aparejada la desestimación de la pretensión actuada.

3. Frente a dicha sentencia se formula el presente recurso, desarrollado en diez motivos, el cuarto de ellos de examen preferente por imperativo del principio de jerarquía normativa, en cuanto con apoyo en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal denuncia la infracción por no aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución española en conexión con el apartado 3 de su Disposición Derogatoria y repetidas Sentencias del Tribunal Constitucional, requiere para su adecuado examen y decisión sentar las siguientes premisas básicas: a) La Constitución, como norma suprema del Ordenamiento jurídico español, es vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos en el momento de su entrada en vigor (art. 9.º), y si bien los principios rectores de la política social y económica recogidos en los artículos 39 a 52, aun cuando deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53.3), sin embargo, 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). 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.

4. 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 C.c.), 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 efectos los preceptos del Código civil de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial, y entre ellos los que calificaban de nacido fuera del matrimonio del 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 4.º, 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, cualidades aparecidas desde la entrada en vigor de la Constitución.

5. Como quiera que en el testamento otorgado por el causante el 5 de octubre de 1977, en el que instituyó herederos a los tres hijos matrimoniales, los hoy recurridos, resultó preterido el actor recurrente al devenir heredero forzoso a partir de la vigencia de la Constitución derogatoria de las disposiciones discriminatorias por razón de nacimiento, es manifiesto 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, que es lo que estableció la sentencia del Juzgado revocada por la dictada en apelación y objeto del presente recurso».

II. La figura de la preterición no representa sino la protección o tutela que el Ordenamiento jurídico dispensa a la legítima formal. Referida esta afirmación, en general, a cualquier sistema jurídico, sólo hasta ahí se puede llegar, por causa de la variedad que los deberes formales relacionados con las legítimas presentan tanto en los diversos derechos históricos como en el derecho comparado (1).

(1) Teniendo presente tal diversidad, señala VALLET DE GOYISOLO: *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Albaladejo), tomo XI, arts. 806 a 857 C.c., 2.ª ed., Madrid, 1982, pp. 164 y ss., los siguientes conceptos

En el Código civil, la preterición ha venido siempre regulada en el artículo 814, con sucesivas redacciones. Tal precepto, sin embargo, nunca ha contenido un concepto de preterición, sino que siempre se ha limitado, sencillamente, a determinar los efectos de la misma.

Parece claro, no obstante, que el Código desechó desde un principio el concepto romano de preterición, consistente en no instituir heredero ni desheredar formalmente al legitimario (2). Así se deduce, si no del artículo 814, sí de otros preceptos: concretamente, de los artículos 851 y 815. Del primero, al incluir en el concepto de desheredación injusta la «desheredación hecha sin expresión de causa»; y del segundo, porque elimina el antiguo requisito según el cual la legítima había de dejarse a título de herencia al referirse a la acción de suplemento de legítima, otorgando legitimación para ejercitarla al «heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos que la legítima que le corresponda»: incluso quienes han defendido la tesis de que el legitimario es siempre heredero, nunca han pretendido sostener la persistencia del antiguo requisito formal de que en el testamento fueran instituidos herederos los legitimarios del causante (3).

Esta conclusión despeja algo el camino para alcanzar el concepto de la preterición en el artículo 814 del Código civil, pero aún queda dicha noción sin delimitar.

A tal fin, me parece de gran utilidad recurrir a la distinción acuñada por la pandectística entre «legítima formal» y «legítima material». De este modo, las posiciones mantenidas por la doctrina científica podrían sistematizarse del modo siguiente:

1.º Algún sector de la doctrina entiende por preterición la mera tutela de la legítima formal. Así, para Sanz Fernández (4), González Palomino (5) y García Bernardo (6), entre otros autores, para que no exista preterición basta con que haya mención del legitimario en el testamento. Como dice el segundo de los autores citados, la base exclusiva y suficiente para la acción impugnativa del legitimario preterido es su omisión en el testamento, porque no es obligación del testador atribuir en su testamento beneficio alguno al legitimario, cuyo derecho no deriva del testamento, sino de la ley (7).

o supuestos de preterición: 1.º Que el legitimario no hubiera sido instituido heredero ni desheredado formalmente, aun cuando para esa desheredación formal no se requiera causa alguna. 2.º Que el legitimario no recibiera nada del causante por disposición testamentaria (o, en algún sistema, tampoco por disposición extratestamentaria o por cualquier acto a título lucrativo), ni se le hubiese excluido expresamente o —en varios sistemas— apartado formalmente en el caso de no recibir nada real y efectivo. 3.º Que el legitimario no hubiera sido ni siquiera mencionado, ya sea individual o bien de modo genérico, según los supuestos y sistemas.

(2) Sobre la preterición en Derecho romano, por todos, D'ORS: *Derecho privado romano*, Pamplona, 1983, pp. 320 y ss.

(3) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pp. 164 y ss.

(4) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pp. 142 y ss. En su opinión, es necesario que en el testamento sean mencionados todos los legitimarios, pero no es preciso que sean instituidos en parte de la herencia.

(5) *Estudios jurídicos de arte menor*, II, Madrid, 1964, p. 246.

(6) *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, ADC (1969), p. 347: no hay preterición cuando se menciona al legitimario en el testamento y el testador se limita a imputar a la legítima del donatario una donación y reconoce en el testamento la imputación.

(7) *Op. y loc. cit.* Del análisis de la jurisprudencia se llega a la conclusión de que ésta es la tesis preferentemente sostenida por el Tribunal Supremo: preterición

2.º Para otro sector doctrinal, situado en el extremo opuesto, la legítima material absorbe a la formal, esto es, para que no haya preterición basta con que el legitimario haya sido favorecido con una atribución imputable a la legítima, siendo, en tal caso, indiferente, que se le mencione o no en el testamento. Corresponde esta opinión a la doctrina más próxima a la publicación del Código civil: la defendieron Manresa (8), Valverde (9) y Falcon (10), entre otros.

Como, explicando esta posición doctrinal, escribe Lacruz (11), en favor de que no hay preterición cuando el omitido en el testamento ha recibido donaciones

equivale, en el Código civil, a omisión o no mención de un legitimario en el testamento. Así, la Sentencia de 17 de junio de 1908 estimó que hay preterición cuando no se menciona en el testamento a un descendiente, aunque haya recibido éste donaciones *inter vivos* con el carácter de anticipo de legítima. Señaló en esta Sentencia el Tribunal Supremo como *ratio legis* del artículo 814 del Código la de no dejar «en sombras y oscuridades de la duda» la voluntad del testador en caso de preterición, «que puede ser debida a ignorancia de que existieran u olvido o propósito de burlar los derechos que la ley les reconoce a los herederos forzosos, «supuestos todos que desvirtúan la fuerza moral de aquella voluntad y que justifican la anulación de su expresión». Y concluyó, tajantemente, que «es obligado reconocer que la mención, el recuerdo o preterición donde tienen que resultar es en el expresado testamento, por lo cual no es legal ni racional relacionar dicha circunstancia con acto alguno de los realizados entre vivos». Recientemente, se ha ocupado de la preterición en el Código civil la Sentencia de 20 de febrero de 1981. Comentando esta decisión del Tribunal Supremo, opina COBACHO —*Notas sobre la preterición*, «RDP» (1986), p. 407— que la misma se aparta de la doctrina sentada en la de 17 de junio de 1908, por cuanto en ella se afirma que «el heredero forzoso como el recurrente, a quien en vida haya hecho alguna donación su causante, no puede considerarse desheredado ni preterido y sólo puede reclamar se complete su legítima al amparo del artículo 815». En mi opinión, sin embargo, no es así: en esta sentencia la pretensión del actor era que se declarase la nulidad de la cláusula contenida en el testamento de su madre, a cuyo tenor «nada lega a su hijo Teodoro por haberle dado ya la testadora mucho más de lo que por legítima acreditaría», alegando a tal efecto que la misma suponía una desheredación tácita. El Tribunal Supremo niega la existencia de desheredación en este caso y analiza el otro supuesto posible, la preterición, llegando a la conclusión de que no se ha «producido tampoco la preterición del actor recurrente como heredero forzoso de la testadora, al no haber habido omisión o falta de mención del mismo en el testamento». Este supuesto —prosigue el razonamiento del Supremo— «ha de analizarse si contrariamente a lo que la testadora afirma, y el recurrente niega, hubo la entrega de bienes en la cuantía que en la cláusula primera del testamento se indica o sí, al menos, hubo alguna donación, aun cuando por cantidad inferior a lo que por legítima pudiera corresponderle»: y como quiera que esto último es lo que ocurre, afirma, lógicamente, que la única acción que compete al actor recurrente es la de complemento de legítima. En consecuencia, pues, pienso que la aseveración del Supremo que alega Cobacho, pese a su literalidad, significa que, no pudiéndose en el caso concreto considerar desheredado ni preterido al heredero forzoso, es obvio que no puede pedir la nulidad del testamento; sino que, como quiera que recibió en vida donaciones colacionables, sólo puede reclamar que se complete su legítima. La tesis de esta sentencia coincide, pues, con la doctrina sentada en la de 17 de junio de 1908: la donación no sirve para satisfacer la legítima formal; lo que ocurre es que, en el caso de autos, aquélla se satisfizo y, por consiguiente, no hubo preterición, por cuanto se mencionó en el testamento al legitimario, precisamente con ocasión de poner de manifiesto el hecho de que éste ya había sido favorecido con donaciones colacionables en vida de la testadora.

(8) *Código Civil español*, VI, Madrid, 1951, p. 437.

(9) *Tratado de Derecho Civil español*, V, Madrid, 1939, p. 311.

(10) *El Derecho Civil español, común y foral*, III, Madrid, 1902, p. 239.

(11) *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1981, p. 519.

del causante de las llamadas colacionables, cabe alegar el aspecto de «sanción contra el olvido» que tiene el tratamiento legal de la omisión de legitimario. La satisfacción de la legítima —o, incluso, el haber pagado sólo una parte de ella—, mediante donaciones, excluye, a la vez, el olvido y la desheredación total. Imponer entonces al causante un deber de mencionar al legitimario en el testamento parece un *plus* inútil e irracional, un rito sin contenido, arrastrado por una tradición superada.

3.º Por último, un amplio sector doctrinal considera hoy fundidas la legítima formal y la legítima material, aunque ambos aspectos sean distinguibles conceptualmente, primando en la noción de preterición el segundo. De este modo, será necesario para que no haya preterición que el legitimario haya recibido algo, además de que haya sido mencionado en el testamento.

Dentro de esta tesis cabe, a su vez, distinguir dos posturas:

a) La de quienes —como Albadalejo (12), Díez Picazo y Gullón (13), Puig Brutau (14), Cobacho (15) y otros— entienden que es indiferente que lo recibido lo sea *inter vivos* o *mortis causa*.

b) La de quienes, por el contrario, opinan que tal atribución ha de ser hecha precisamente en el testamento, a título de heredero o legatario (16).

Sin duda, la tesis más extendida hoy en la doctrina científica es la primera de las dos últimas que he mencionado. Según ella, para estar ante un supuesto de preterición es necesario que concurra que el legitimario no haya recibido nada, ni *intervivos* ni *mortis causa* y, además, que no se le haya mencionado en el testamento. Pues si recibió algo deberá actuar conforme al artículo 815 y pedir el complemento de legítima, aunque no se le mencione en el testamento; si se la menciona sin atribución alguna se estaría ante un supuesto de desheredación con las consecuencias establecidas en el artículo 851.

El punto de partida de esta opinión doctrinal es, por supuesto, que la preterición es omisión de un heredero forzoso del testamento, su no mención. Pero, como escriben Díez Picazo y Gullón (17), esa ausencia no debe ser exclusivamente formal, sino también sustancial. No basta con que el heredero forzoso aparezca mencionado en el testamento para evitar la preterición, sino que es necesario que de él obtenga beneficios sucesorios, sean mayores o menores de lo que le corresponde por legítima.

Por otra parte, que la atribución puede ser también por acto *intervivos* se fundamenta por estos autores en que, si el legitimario ha recibido donación del testador, es evidente que éste está cumpliendo con su deber de satisfacer su legítima.

(12) *Curso de Derecho Civil*, V, Barcelona, 1982, pp. 384 y ss.

(13) *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1983, p. 589.

(14) *Fundamentos de Derecho Civil*, V, 3, Barcelona, 1984, p. 173.

(15) *Notas sobre la preterición*, «R.D.P.», 1986, pp. 407 y ss.

(16) Así, para ROYO MARTÍNEZ: *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Madrid, 1951, p. 243, se produce preterición, aun existiendo mención del legitimario en el testamento, cuando tal mención se realice con fines distintos del de asignarle alguna participación en los bienes, como en el caso de que el testador mencione a todos sus hijos al reseñar sus circunstancias personales, pero omita luego toda mención de uno de ellos al asignar sus bienes. Para DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil*, III, Madrid, 1932, p. 231, en opinión similar, aunque se mencionase al heredero forzoso en el testamento, si nada se le dejase en él por cualquier título de heredero o legatario, habría preterición.

(17) *Sistema*, *cit.*, p. 589.

Es ilógico entonces —dicen Díez Picazo y Gullón (18)— que se considere preterido al legitimario cuando lo primero que tendría que hacer de triunfar su pretensión es realizar la imputación a su legítima de lo percibido en vida del testador.

En cualquier caso, y sea cual sea la tesis que se admita, parece claro que, en el supuesto de hecho resuelto por la sentencia objeto de este comentario y siempre que se considere que el hijo no matrimonial del testador era legitimario, existió preterición: dicho hijo no matrimonial no fue mencionado en el testamento de su padre y, al parecer, no había sido favorecido por éste con una atribución imputable a la legítima (19).

III. Esto sentado, el problema que se planteaba al Juzgador era, en definitiva, el de dilucidar si el hijo no matrimonial del testador era o no legitimario en el momento en que se produjo la apertura de la sucesión, esto es, el 31 de enero de 1979: vigente ya, por tanto, la Constitución española, pero antes de haber sido modificado el Código civil por la Ley 13 de mayo de 1981.

Tanto antes como después de la aprobación de tal ley, el artículo 814 habla simplemente de herederos forzosos o de herederos forzosos preteridos. Sin embargo, el artículo 807 del Código, al relacionar tales herederos forzosos, incluía, antes de la reforma de 1981, exclusivamente a los hijos legítimos.

La nueva redacción del artículo 807 incluye, en cambio, entre los herederos forzosos a los hijos, descendientes y ascendientes no matrimoniales. Es claro, pues, que la preterición, en sus respectivos casos, alcanza tanto a los hijos, los descendientes y ascendientes matrimoniales como a los no matrimoniales. Y lo mismo cabe decir de los adoptados plenamente, pues según el nuevo artículo 179 del Código, «el hijo adoptivo o sus descendientes ocuparán la sucesión del adoptante la misma posición que los demás hijos o descendientes» y «los adoptantes ocuparán la sucesión del hijo adoptivo y sus descendientes la posición de los ascendientes», todo lo cual no viene a ser sino una especificación sucesoria de las reglas generales contenidas en los dos primeros párrafos del artículo 176 (20).

Tal modificación legislativa es consecuencia directa de lo dispuesto en los artí-

(18) *Sistema, cit.*, p. 590.

(19) La sentencia ni siquiera entra a analizar si el hijo o no matrimonial había sido o no favorecido por el testador con una atribución imputable a la legítima. Parece, por ello, que más bien participa del concepto de preterición propugnado por la sentencia de 17 de junio de 1908.

(20) En cambio, como quiera que, según el párrafo 2.º del mismo artículo 179, los parientes por naturaleza no ostentan derechos por ministerio de la ley en la herencia del adoptado, no pueden entenderse aquellos preteridos por éste en ningún caso. No parece, sin embargo, que ocurra lo mismo en el caso contrario, pues el Código (art. 178 *in fine*, art. 179) insiste en la ruptura de los vínculos jurídicos entre el adoptado plenamente y sus parientes por naturaleza, pero en ningún momento predica tal criterio de dichos parientes respecto al adoptado. Por otra parte, según el nuevo art. 180, en su párrafo 3.º, en la adopción simple «adoptados y adoptante carecen entre sí de derechos legitimarios y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas», por lo que es evidente que nunca habrá preterición entre adoptado y adoptante, en la adopción simple. Las conclusiones que anteceden sobre la adopción plena serán aplicables, en general, a la adopción que se prevé en el Proyecto de Ley sobre modificación de determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, actualmente en trámite en las Cortes Generales (cfr. «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados», núm. 22-1, de 4 de febrero de 1987), en el que desaparece la distinción entre adopción plena y adopción simple.

culos 14 y 39 de la Constitución, que consagran el principio de igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación y que son, precisamente, los que fundamentan el fallo de la sentencia que es objeto de este comentario.

IV. Sin entrar, por el momento, en los problemas que el valor normativo y la vigencia inmediata de la Constitución plantean, y a los que luego me referiré, es claro que la simple modificación operada, por lo que aquí interesa, en materia de preterición por la ley de 13 de mayo de 1981, planteaba por sí misma un problema de Derecho transitorio que fue resuelto por la disposición transitoria 8.^a de la misma, estableciendo una regla similar a la contenida en la doce de las transitorias del Código civil: «Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación».

En el supuesto de hecho de la sentencia objeto de este comentario había tenido lugar la apertura de la sucesión, que se produce en la fecha de la muerte del causante (art. 657 C.c.), el 31 de enero de 1979: antes, por tanto, de la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981, pero después de vigente la Constitución española de 1978. Parece, pues, que la sucesión había de regirse por el Código civil en su redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, resultando, a primera vista, impecable la argumentación de la Audiencia: cuando se produce la apertura de la sucesión no podía hablarse en ningún caso de preterición, en cuanto el actor, hijo legítimo no natural del causante, no tenía derechos hereditarios en el caudal relicto.

No obstante, tal corrección argumental es más aparente que real. Hace bien, sin duda, la Audiencia trayendo a colación la disposición transitoria 8.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981, pero yerra, a mi juicio, en su interpretación. Por el contrario, el Tribunal Supremo soslaya también inadecuadamente la aplicación de la transitoria citada, que era Derecho vigente y debía de haber aplicado o, caso de haber dudado de su validez, por estimar que la aplicación de la misma llevaba un resultado contrario a la Constitución, debía haber planteado la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en la medida que «sólo el reconocimiento de la competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales para juzgar sobre la adecuación a la Constitución de las leyes anteriores a ésta y de la *competencia igualmente exclusiva del Tribunal Constitucional para invalidar, en su caso, las posteriores, como obra de un poder vinculado por la Constitución*, ofrece un criterio claro e inequívoco» que permita «establecer un sistema de división de competencias ante el Tribunal Constitucional y los órganos del Poder Judicial para declarar qué leyes han quedado derogadas por la Constitución y cuáles no» (STC 2 de febrero de 1981).

De este modo, la solución pasa por una interpretación, adecuada a la Constitución, de la citada disposición transitoria 8.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981, cuya aplicación, en cuanto Derecho inequívocamente vigente y postconstitucional, no cabía omitir. En tal sentido, a mi juicio, la clave no era sino determinar cuál era la norma exactamente aplicable a la sucesión controvertida en el momento mismo de fallecer el causante, esto es, la «legislación anterior» a que se remite la transitoria. Y tal legislación no podía ser otra que el Código civil en la redacción entonces vigente con las modificaciones que la Constitución hubiese introducido en el mismo, en cuanto norma de aplicación inmediata y directa. De este modo, por lo que aquí interesa, todo estribaba en dilucidar si el texto fundamental de 1978 convirtió en legitimarios a los hijos no matrimoniales.

V. La proclamación por la Constitución española de 1978 del principio de igualdad de todos los españoles ante la ley; sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (art. 14), de modo que todos los hijos son iguales ante la ley, con independencia de su filiación (art. 39.2), obligaba al legislador ordinario a modificar prontamente los preceptos del Código que habían devenido inconstitucionales por discriminar a los hijos según su clase de filiación, a fin de adaptarlos al texto constitucional.

Pero, por otra parte, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias de 2 de febrero de 1981, 1 de junio de 1981 y 20 de diciembre de 1982) como la más reciente (21) del Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 16 de febrero de 1984, 4 de abril de 1984 y 12 de julio de 1985) considera al artículo 39.2 de la Constitución como una especificación o concreción del principio general de igualdad proclamado en el artículo 14, de modo que a la igualdad de los hijos ante la ley le resulta de plena aplicación la doctrina sentada por el propio Tribunal Constitucional sobre el valor normativo de este último precepto: «que la Constitución es precisamente éso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1., donde se dice que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución, sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero sí es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los artículos 39 a 52 en los términos del artículo 53.3 de la Constitución española, no puede caber duda a propósito de la vinculatoriedad (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los artículos 14 a 38, componente del capítulo II del título I, pues el párrafo 1.º del artículo 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo vinculan a todos los poderes públicos» (STC de 20 de diciembre de 1982, expresiva de una tendencia absolutamente reiterada). Por consiguiente, las normas del Código civil que, al entrar en vigor la Constitución, se opusiesen frontalmente al principio de no discriminación de los hijos por razón de nacimiento deben considerarse, desde tal momento, derogadas.

¿Significa esto la derogación por la Constitución del artículo 807 del Código civil en su integridad?

Obviamente no: como tiene declarado el propio Tribunal Constitucional, «la inconstitucionalidad sobrevenida —y consiguiente derogación— sólo procede declararla en aquellos casos en que las normas preconstitucionales —aun en el supuesto de que respondan a principio diversos— no puedan interpretarse de acuerdo con la Constitución por ser de un contenido incompatible con la misma. Esta interpre-

(21) Como es sabido, el Tribunal Supremo, en las primeras resoluciones dictadas en materia de filiación tras la entrada en vigor de la Constitución (así, en el auto de 26 de noviembre de 1979 y en las sentencias de 8 de mayo de 1981 y 8 de abril de 1982), consideró debían entenderse vigentes y operativas las normas del Código no acordes con la Constitución mientras aquéllas no fuesen objeto de modificación por el legislador ordinario, al otorgar a las normas constitucionales —en particular al art. 39.2 en su relación con el 53.3.º— un mero valor programático.

tación, de conformidad con la Constitución, es una consecuencia de su doble carácter de ley posterior y de ley superior, y responde además a un criterio de prudencia que aconseja evitar que se produzcan lagunas en el ordenamiento (STC 2 de febrero de 1981). De ahí que deba estimarse que el artículo 807 del Código civil resultó simplemente modificado por la Constitución, y no íntegramente derogado. Tal modificación supuso sencillamente una interpretación conforme con la Constitución de dicho precepto, de manera que, si bien es cierto que la existencia o no de legitimarios es una cuestión de legalidad ordinaria que nada tiene que ver con los preceptos constitucionales, no cabe duda de que el aludido principio de conservación del ordenamiento preconstitucional obligaba a considerar incluidos en su tenor literal también a los hijos no matrimoniales, los cuales, de otro modo, resultarían discriminados, efecto que es, precisamente, el prohibido por los artículos 14 y 39 de la Constitución (22). Por otra vía indirecta cabe concluir, entonces, que los artículos 14 y 39 de la norma fundamental convierten en legitimarios a los hijos no matrimoniales del causante.

La conclusión de cuanto antecede es que la disposición transitoria 8.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981, al afirmar la aplicación en este supuesto de la «legislación anterior», se remite a la normativa vigente en el momento de abrirse la sucesión, esto es, en el caso de autos, el 31 de enero de 1979: en concreto, a los artículos 807 y 814 del Código civil en la redacción entonces vigente, interpretados de conformidad con la Constitución.

VI. Ello sentado, acierta plenamente, a mi juicio, el Tribunal Supremo, cuando afirma que «resultó preterido el actor recurrente al devenir heredero forzoso a partir de la vigencia de la Constitución, derogatoria de las disposiciones discriminatorias por razón de nacimiento».

En cambio, resulta sorprendente la conclusión del propio Tribunal Supremo, el cual, pasando por encima de la disposición transitoria 8.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981, entiende que «es manifiesto 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». Porque, obviamente, la norma que debió ser aplicada era el artículo 814 en su redacción anterior a 1981 (la recibida por Ley de 24 de abril de 1958) y, en consecuencia, declarar la anulación de la institución de heredero, valiendo las mandas y mejoras en cuanto no fuesen inoficiosas.

(22) Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su importante sentencia de 10 de noviembre de 1981, «el principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia, inicialmente, a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, por la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye, además, a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.3). *Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la Constitución*; es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable». No pudiéndose, obviamente, apreciar tal racionalidad cuando el resultado de la norma «vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.1), ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9, núms. 1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad)»: por lo que aquí interesa, *contra el principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación.*

La explicación de tal actitud del Tribunal Supremo debe buscarse, sin duda, en la no previsión en el artículo 814 del Código civil, en la redacción de 1958 —como tampoco en la originaria—, de una regla específica para la preterición intencional.

En efecto: el defecto en que incurría el Código, al decir unánime de la doctrina científica, era no distinguir —a diferencia de otros Códigos civiles, como el austríaco, el alemán o el italiano— entre los efectos de la preterición intencional y los de la preterición errónea, omisión que ha subsanado la Ley de 13 de mayo de 1981.

La preterición intencional es aquella que se produce a sabiendas de que existe un heredero forzoso al que deliberadamente no se incluye en el testamento por cualquier motivo. La preterición errónea, que el Código denomina no intencional, tiene lugar por error, olvido o falta de previsión del testador.

No cabe duda de que entre ambas clases de preterición debe haber una distinción de efectos jurídicos. Como escribió antes de la reforma de 1981 Puig Brutau, «cuando el testador prescinde a conciencia de un legitimario, el Derecho debería reaccionar rectificando estrictamente lo que el testador no debía hacer. Pero cuando el hecho de prescindir de los legitimarios deriva de que el testador desconocía su existencia, hay una firme base para presumir que el contenido del testamento no se ajusta a lo que el mismo testador hubiese dispuesto sin tan decisiva ignorancia. Es tarea del ordenamiento jurídico resolver si la protección al testador exige en este último supuesto una ineficacia de lo dispuesto mucho más radical» (23).

El nuevo artículo 814 del Código ha recogido, al menos en parte, las propuestas formuladas por la doctrina y distingue ahora entre una regla general, aplicable a la preterición intencional en todo caso y a la no intencional del cónyuge o de los ascendientes (párrafo 1.º del artículo 814, y unas reglas especiales aplicables a la preterición no intencional de hijos y descendientes, distinguiendo aquí, a su vez, entre la preterición de todos los hijos y descendientes y la de sólo algunos de ellos.

Así, el párrafo 1.º del artículo 814 se ocupa, por lo pronto y aunque no lo diga expresamente, de la preterición intencional. A su tenor, «la preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias». Esta norma es igualmente aplicable a la preterición no intencional del cónyuge o de los descendientes (24).

(23) *Fundamentos de Derecho Civil*, V, 3, Barcelona, 1977, p. 215.

(24) En contra BOLAS ALFONSO: *La preterición tras la reforma del 13 de mayo de 1981*, «A.A.M.N.», XXV, 1982, p. 227, ha sostenido que tal preterición debe resolverse acudiendo al art. 767 (expresión de causa falsa en la institución de heredero o nombramiento de legatario) y no al 814: habría, así, que partir de lo expresado en el testamento para averiguar si el hecho sobre el que recae el error, la existencia del cónyuge o ascendiente, fue determinante de la voluntad del testador. Probado el error y su carácter determinante, la disposición testamentaria afectada habrá de declararse ineficaz y procederá, en su caso, la apertura de la sucesión intestada a favor del ascendiente o cónyuge. Parte, sin embargo, esta tesis de la, a mi juicio, errónea consideración de que el párrafo primero del artículo 814 regula sólo la preterición intencional, ocupándose el segundo párrafo sólo de la no intencional de los hijos o descendientes, con lo que quedaría fuera de su ámbito de aplicación la preterición no intencional del cónyuge o de los ascendientes del testador. En mi opinión es, por el contrario, claro que el párrafo 1.º del art. 814 contiene una regla general que sólo

Cuando hay preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, el Código establece la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

Finalmente, cuando los preteridos no sean todos los hijos o descendientes, sino sólo alguno o algunos de ellos, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. Lo que antes de la reforma de 1981 era regla general queda, así, circunscrito a la preterición no intencional de alguno o algunos de los hijos o descendientes.

Parece claro que el Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de este comentario, ante la evidencia de ser intencional la preterición del hijo no matrimonial, procedió a solventar el defecto señalado por la doctrina científica en el derogado artículo 814, aplicando retroactivamente, con infracción de la disposición transitoria 8.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981, tal precepto en la redacción recibida por esta última ley.

Sin dudar de la justicia intrínseca de tal solución, no cabe sino constatar su incorrección formal. La disposición transitoria 8.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981 demandaba la aplicación de la norma derogada, puesto que la apertura de la sucesión había tenido lugar antes de entrar en vigor la nueva normativa; sin que, en este punto, la solución adoptada encuentre apoyo alguno en la Constitución (que se limita a garantizar «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»: artículo 9.3) sino, más bien, rechaza constitucionalmente en cuanto contraría al principio de legalidad. En todo caso, la argumentación del Tribunal Supremo en relación con la vigencia inmediata de los artículos 14 y 39 de la Constitución podía servir —como sirvió— para considerar preterido al hijo no matrimonial del causante; pero en modo alguno puede alegarse la infracción de tal principio de igualdad por haberse dado un supuesto de sucesión de normas, pues —como tiene declarado el Tribunal Constitucional— el diferente tratamiento temporal de situaciones iguales derivado de la modificación normativa «no puede reputarse equivalente a una neta consideración distinta de situaciones iguales, sin más motivación o circunstancias determinadas que la diferencia de fecha en el momento de producirse esas situaciones» (Sentencia de 26 de julio de 1983; también, Sentencia de 12 de diciembre de 1984), ya que admitir tan erróneo planteamiento supondría la patrifación del ordenamiento. Finalmente, conviene hacer notar que la aplicación retroactiva del artículo 814 del Código Civil, en la redacción recibida por Ley de 13 de mayo de 1981, operada por la sentencia objeto de este comentario, no encuentra ningún apoyo en la doctrina de la retroactividad implícita que el Tribunal Constitucional, recordando alguna sentencia anterior del Tribunal Supremo, ha circunscrito a aquéllas «disposiciones que condenen como incompatibles a sus fines morales y sociales situaciones anteriormente constituidas, a otras que tengan como

tiene una excepción en el caso de la preterición no intencional de hijos o descendientes (excepción en la regulación legal: no, desde luego, en la práctica). De este modo, no cabe sino concluir que el párrafo 1.º es aplicable siempre a la preterición intencional, pero también lo es a la no intencional de legitimarios no contemplados en el párrafo 2.º; en concreto, del cónyuge y de los ascendientes del testador. En el mismo sentido, se manifiesta COBACHO: *Notas sobre la preterición*, cit., p. 413.

objeto establecer un régimen general y uniforme, en cuanto sólo concediéndole efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta» (Sentencia de 31 de marzo de 1981); circunstancias que, como es obvio, no concurren en el nuevo régimen que para los efectos de la preterición ha establecido la Ley de 13 de mayo de 1981.

PEDRO DE PABLO CONTRERAS

Profesor titular de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza