

1.4. Sucesiones

*EL LLAMAMIENTO DE LOS HIJOS EN LA SUSTITUCIÓN
FIDEICOMISARIA CONDICIONAL SI SINE LIBERIS DECCESERIT:
IGUALDAD EN MATERIA SUCESORIA Y PROHIBICIÓN DE
DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE FILIACIÓN ADOPTIVA*

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ
*Profesora Contratada Doctora
del Departamento de Derecho Civil de la UNED
Secretaria IDADFE*

SUMARIO: I. EL FIDEICOMISO *SI SINE LIBERIS DECCESERIT* COMO SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL: 1. RELEVANCIA PRÁCTICA E INCORPORACIÓN EXPRESA DE LA SUSTITUCIÓN DE *SI EL FIDUCIARIO FALLECIERE SIN HIJOS*; 2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, FIDEICOMISO SOMETIDO A CONDICIÓN Y SU PURIFICACIÓN: LOS NIETOS DEL DISPONENTE COMO FIDEICOMISARIOS; 3. LÍMITES A LOS LLAMAMIENTOS Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA COMO PROHIBICIÓN DE DISPONER.—II. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL FIDEICOMISO CONDICIONAL: LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL HABRÁ DE HACERSE EN EL MOMENTO DE SU CUMPLIMIENTO: 1. PRELIMINAR. 2. HIJOS E HIJAS ADOPTIVOS: IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN: 2.1. *La STS de 6 de febrero de 1997*. 2.2. *La SAP de Barcelona, de 29 de septiembre de 2000*. 2.3. *La STS de 28 de junio de 2002*. 2.4. *Caso Pla y Puncernau contra Andorra. STEDH de 13 de julio de 2004*. 2.5. *STS de 15 de diciembre de 2005*. 2.6. *STS de 29 de septiembre de 2009*.—III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: LA INTERPRETACIÓN TAMBIÉN ESTÁ SOMETIDA AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SI EL ORIGEN DE LA DISCRIMINACIÓN RESIDE EN EL ÓRGANO JUDICIAL: 1. *La STC 9/2010, de 27 de abril de 2010*, y EL MOMENTO TEMPORAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS. 2. EL TESTAMENTO, SU INTERPRETACIÓN Y LA BÚSQUEDA DE LA VOLUNTAD DEL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO.—IV. RECAPITULACIÓN CRÍTICA SOBRE EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL Y LAS DISPOSICIONES GRATUITAS. ¿HACIA LA ELIMINACIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN INCLUIDAS LAS PRIVADAS?—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

1. EL FIDEICOMISO *SI SINE LIBERIS DECESSERIT* COMO SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL

1. RELEVANCIA PRÁCTICA E INCORPORACIÓN EXPRESA DE LA SUSTITUCIÓN DE *SI EL FIDUCIARIO FALLECIERE SIN HIJOS*

La institución testamentaria de los fideicomisos ha protagonizado un intenso debate y una irregular atención doctrinal, pasando de la prolífica literatura jurídica del Derecho intermedio, a un relativo ostracismo contemporáneo, censurada como desencadenante de pobreza y desigualdad al sustraer del tráfico económico buena parte de los bienes de las grandes fortunas (1).

Empero, la evolución y recorrido de la figura no había concluido, resurgiendo en los últimos tiempos gracias al fideicomiso previsto por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, mediante el que se autoriza el gravamen del tercio de legítima estricta en ciertos supuestos, renovándose simultáneamente el interés de los estudiosos acerca de su configuración y utilidad técnicas (2).

Con todo y si se ha puesto en duda la relevancia de la sustitución fideicomisaria, lo cierto es que el fideicomiso testamentario *si sine liberis decesserit*, ha tenido y tiene transcendencia —pero no única— entre la *praxis* notarial catalana y balear.

2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, FIDEICOMISO SOMETIDO A CONDICIÓN Y SU PURIFICACIÓN: NIETOS DEL DISPONENTE COMO FIDEICOMISARIOS

El principio de autonomía de la voluntad en el ámbito testamentario, autoriza la sustitución en la que, en términos generales están involucrados, con ciertos matices, tres sujetos distintos, a saber: el *heredero o fiduciario*, quien sucede en primer lugar a su *causante o fideicomitente* y el *fideicomisario*, que recibirá el patrimonio fideicomitado tras el fiduciario.

(1) Vid. Roca-Sastre, «El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código Civil», en *RCDI*, 1956; Lacruz Berdejo, «La cláusula *si sine liberis decesserit* en el Derecho aragonés», en *Estudios de Derecho Privado, Común y Foral*, 1955, págs. 577 a 631, también Ventura-Traveset y González, «El fideicomiso condicional según el Derecho positivo español y la jurisprudencia», en *RCDI*, 1951. También O'Callaghan, *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 5 (*Derecho de sucesiones*), Madrid, 1999; sobre la sustitución fideicomisaria en general, Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992, págs. 345 y sigs.

(2) Vid., sobre la materia última, Martín Meléndez, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Madrid, 2010, y la bibliografía allí citada; también Gómez Galligo, «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», en *RCDI*, 687, 2005, págs. 11 y sigs.; Díaz Alabart, «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», en *RDP*, 5-6, 2004. Desde una perspectiva general de la Ley 41/2003, vid. Donado Vara, «Apuntes sobre las novedades legislativas en el Derecho Civil Común español en materia de discapacidad y derechos sucesorios», en *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 4, 2009, y en cuanto a las novedades en materia de colación, vid. Pous de la Flor, «La dispensa de colación de los gastos realizados para atender las necesidades de la persona con discapacidad», en *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, págs. 403 y sigs.

Adicionalmente, esta libertad del testador se amplía hasta el extremo de que dicha sustitución puede configurarse como pura o desprovista de elementos accidentales o, como es el caso, a subordinar el llamamiento a la concurrencia o no de un suceso futuro o incierto (3). En particular, «el testador o donante vincula los bienes de que dispone en favor de una persona, a otra u otras, para el caso de que la primera no tenga hijos en el momento de su óbito, sea porque nunca los hubo, sea porque le premurieron. Con esto trata, unas veces de conseguir que los bienes no salgan de la familia, y otras, además, de hacer posible que el patrimonio se conserve unido en poder un solo heredero» (4).

A mayor abundamiento, no sólo no es insólito sino que es la tónica habitual, que los nietos del disponente lleguen a ser herederos fideicomisarios, nietos, por cierto, cuya futura existencia fue establecida como condición en el fideicomiso.

De modo que la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, se trata, en puridad, de una sustitución de esta naturaleza. Por tanto, y frente a las sustituciones fideicomisarias puras o simples, en el fideicomiso condicional, el testador pone una cláusula accesoria en virtud de la cual la eficacia del llamamiento quedará sometida bien al cumplimiento o a la falta de materialización de dicho suceso sobre el que existe incertidumbre en el momento de su inclusión en el testamento.

En este sentido declara HERNÁNDEZ GIL: «condición según la concepción tradicional reflejada en el artículo 1.113 (5), puesto en vigor en materia de sucesiones por el artículo 791, es el acontecimiento futuro e incierto o el pasado que se ignora, del que se hace depender la producción de unos efectos jurídicos, como la adquisición de un derecho (condición suspensiva) o la cesación de los efectos producidos, como la extinción de un derecho (condición resolutoria). Asume la figura de la condición el hecho de hacer depender la adquisición de un derecho por una persona de la muerte de otra, porque si bien la muerte es un acontecimiento cierto, lo que permite pensar más bien en el término o en el plazo, adquiera la típica incertidumbre de la condición al ponerse en relación, como aquí ocurre, tal muerte, con la vida o la muerte de otra persona, según puntualiza con toda precisión la sentencia de 14 de diciembre de 1944» (6).

(3) Existe debate doctrinal acerca de la calificación de la condición o, más exactamente en qué consista ésta, si bien se ha de coincidir con O'CALLAGHAN, que los hijos del fiduciario no son fideicomisarios, sino que exclusivamente son los que determinan la condición (*op. y loc. cit.*).

(4) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 359 y 360.

(5) Recuérdese el dictado de este precepto: «Será exigible, desde luego, toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado que los interesados ignoren. También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución»; como propósito de futuro, cfr. con la propuesta de *Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y contratos*, de la Comisión de codificación, que dice en su artículo 1.110: «En las relaciones obligatorias sometidas a condición suspensiva o resolutoria, el comienzo o cese de todos o algunos de sus efectos depende del hecho futuro e incierto establecido como condición. Del mismo modo, los efectos de una relación obligatoria podrán hacerse depender del conocimiento de un hecho pasado que los interesados ignoren. La suerte o la voluntad de un tercero pueden constituir condición».

(6) HERNÁNDEZ GIL, «Consolidación de la sustitución fideicomisaria condicional en el primer llamado por premoriencia de los ulteriores», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, pág. 843.

En cuanto a sus requisitos en general, pronto fueron ratificados jurisprudencialmente, pudiéndonos remitir, entre otras, a la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 1935 —dictada siendo ponente CASTÁN—, donde se enumeran como presupuestos de «la sustitución fideicomisaria, de acuerdo con lo que establecen de consuno la doctrina científica y el Código Civil (en su art. 781 en relación con el 789), exige como requisitos indispensables la doble disposición de una misma herencia o de un legado, la obligación de conservar y restituir el orden sucesivo» (7).

Como declara la mejor doctrina: «en la práctica es relativamente frecuente que la determinación testamentaria se refiera precisamente a la eventualidad de que la institución o el llamamiento fideicomisario se realizará ante la posibilidad de que el primer llamado fallezca sin descendencia. Tal supuesto, aun en la actualidad, suele ser conocido con la expresión latina *si sine liberis decesserit* [esto es, *si* (el fiduciario) *falleciere sin hijos*]]» (8).

El frecuente uso de esta sustitución condicional evidenciado desde antiguo en Archivos notariales (9) y sus dificultades intrínsecas también se manifiesta en las controversias judiciales que ha protagonizado. Por su parte, ha sido destacada la sencillez de la solución navarra por cuanto el Fuero Nuevo en su Ley 229, «establece un criterio general respecto al momento en que deben entenderse cumplidas las condiciones que afectan a las sustituciones fideicomisarias (...) si de los términos de la disposición no se desprende claramente su voluntad, las condiciones en cuanto a su cumplimiento se entienden referidas al momento del fallecimiento del fiduciario, es decir, debe entenderse y se tendrán por cumplidas si se dan en ese momento» (10).

3. LÍMITES A LOS LLAMAMIENTOS Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA COMO PROHIBICIÓN DE DISPONER

Conviene ahora recordar el contenido del artículo 781 del Código Civil que advierte que: «Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador» (11). Esta mención a los grados es tanto como referirse al llamamiento, por lo que el

(7) Cita también ROCA-SASTRE, en coincidencia con la declaración de la duplicidad de llamamientos, necesidad de conservar y el orden de sucesiva transmisión, la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 1930, RDGRN de 4 de enero de 1944, y la de 25 de octubre de 1954 (ROCA-SASTRE, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed., pág. 493).

(8) Así lo califica el profesor LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.ª ed., pág. 127.

(9) Vid. ROCA-SASTRE, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed., pág. 541, nota 1.144.

(10) ARREGUI GIL, «Comentario a la Ley 229. Momento de cumplirse la condición», en *Comentarios Edersa*, Tomo XXXVII - Vol. 1.º Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, 1998.

(11) Para su estudio, vid. ALBALADEJO GARCÍA, «Comentario a la sección tercera, artículos 774 al 789», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs 1915 a 1938.

primer llamamiento o grado es el que el testador hace en favor del primer sustituto, resultando posible dos sustituciones que implican tres llamamientos.

Con todo y para evitar cualquier duda al respecto, conviene traer a colación que en este extremo sobre los llamamientos y sus límites, no presentan ninguna dificultad los hechos de forma sucesiva «en favor de personas que viven al morir el testador, porque la simultaneidad de sus vidas significa que no se va a prolongar demasiado la vinculación en que quedan los bienes afectados por la sustitución» (12).

Para diferenciar el fideicomiso de otras limitaciones a la facultad de disposición (13), es doctrina explícita la contenida en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 13 de octubre de 2005, por cuanto afirma que «es cierto que *toda sustitución fideicomisaria implica una prohibición de enajenar, pero no es cierto que toda prohibición de enajenar implique una sustitución fideicomisaria*. La prohibición no implica un llamamiento sucesivo y de ahí que no pueda ser asimilada a las sustituciones fideicomisarias (confróntese el contenido de los dos primeros números del art. 785 del Código Civil o el distinto régimen que, en sede de donaciones, otorga el legislador a la donación con reserva de disponer y a la donación con sustitución fideicomisaria en los arts. 639 y 640 del propio Código). Y es que hay todo un catálogo de prohibiciones de disponer que no llevan aparejado un llamamiento sucesivo sin que ello implique que no exista un beneficiario o un interés protegido (que puede ser determinado o determinable, sin que este último carácter suponga inexistencia). En definitiva, las prohibiciones de disponer no son derechos reales sino restricciones impuestas a un titular sin atribución de un correlativo derecho a otras personas. La legislación hipotecaria refleja estas diferencias al regular de forma distinta la inscripción de la sustitución fideicomisaria y la de la prohibición de disponer (vid. arts. 13 y 26 de la Ley Hipotecaria y art. 7 en relación al 82 y 145 de su Reglamento) sin confundir una y otra. En el supuesto de hecho que nos ocupa, la falta de determinación de los eventuales beneficiarios (los herederos de las instituidas y gravadas cuya determinación se hará a su fallecimiento) no implica la nulidad de la cláusula testamentaria y en cualquier caso impide, en sede extrajudicial, completar el círculo de legitimaciones precisas para apreciarla».

Concluye la mencionada RDGRN afirmando que: «en cuanto a la inexistencia de plazo, la única limitación que impone nuestro ordenamiento es que la prohibición no sea perpetua ni exceda de los límites del artículo 781 del Código Civil. La cláusula testamentaria, objeto de este recurso (que ciertamente podría haber sido redactada con mayor precisión) (14) impone la prohi-

(12) Díez-PICAZO, GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2004, 9.ª ed., pág. 376. También ALONSO MARTÍNEZ, según las bases de DURÁN Y BAS, BASE A: «Las sustituciones fideicomisarias se permitirán hasta el segundo grado, y siempre si se hicieren a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador». BASE 16: «Materia de las reformas indicadas serán, en primer término, las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aun en la línea directa, de la segunda generación, a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

(13) Por razones de espacio no puede ventilarse el ámbito de disposición de fiduciario, si bien para ello, vid. AMAT LLARI, «La facultad de disponer del heredero fiduciario. Comentario a la STSupJC, de 1 de abril de 2004», en *Indret*, 15, 2004.

(14) Dice así el supuesto: «En escritura autorizada por el Notario recurrente el día 11 de enero de 2005 se procedió a manifestar las herencias de don Manuel González

bición de disponer exclusivamente a las instituidas herederas por lo que ni es perpetua ni puede exceder de los límites del precepto citado. Y siendo las instituidas las únicas gravadas con la prohibición es claro que la misma finaliza con su fallecimiento (como, efectivamente, ocurre respecto de una de ellas) o lo que es lo mismo, el plazo se identifica con la vida de las instituidas de forma que la disposición testamentaria, sin forzar su interpretación, se aplica en la forma más adecuada para que produzca efecto cumpliendo así la voluntad de la testadora».

En cuanto atañe a la inscripción habrá de estarse al Reglamento Hipotecario (15), en cuya virtud, en la sustitución que nos ocupa, caso de que el fiduciario muera dejando hijos, «éstos podrán inscribir los bienes como libres, presentando el testamento del causante o la declaración judicial de herederos a su favor» (16).

II. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL FIDEICOMISIO CONDICIONAL: LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL HABRÁ DE HACERSE EN EL MOMENTO DE SU CUMPLIMIENTO

1. PRELIMINAR

En lo que a la interpretación de la voluntad del testador se refiere, la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 1950, discutido el sentido de una cláusula testamentaria de fideicomiso condicional, concluye que «para

Rouco, intestado, y de doña María Andrea González Rouco, quien falleció soltera y sin descendientes y bajo testamento en el que dispuso, entre otras cosas, lo siguiente: “Lega a su hermana Lidia González Rouco... y a la misma y a sus otras dos hermanas Alicia y Elena González Rouco, en la proporción de un sexto cada una de las dos primeras y cuatro sextos la última y con prohibición de enajenar, la casa de la calle...”; “Instituye herederas a sus tres citadas hermanas...”. En la escritura comparecen los llamados y, entre otras cosas establecen lo siguiente: “Los herederos consideran que la prohibición de enajenar contenida en la cláusula segunda antes transcrita cae dentro de la sanción establecida en el artículo 785, punto 2.º del Código Civil, por ser perpetua y no tener beneficiarios determinados, siendo por tanto inaplicable la remisión que hace dicho artículo al 781 del mismo Código, y en vista de esto, consideran que dicha cláusula no surte efecto y se debe tener por no puesta”».

(15) Dice el artículo 82: «En las inscripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practiquen a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución. Cuando los bienes pasen al fideicomisario se practicará la inscripción a favor de éste en virtud del mismo título sucesorio y de los que acrediten que la transmisión ha tenido lugar. En las sustituciones hereditarias de cualquier clase, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos, podrán determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, siempre que de las cláusulas de sustitución o de la Ley no resulte la necesidad de otro medio de prueba. El acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella. El adquirente de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria podrá obtener, en su caso, a través del expediente de liberación de gravámenes regulado en los artículos 209 y 210 de la Ley, la cancelación del gravamen fideicomisario si han transcurrido treinta años desde la muerte del fiduciario que le transmitió los bienes sin que conste actuación alguna del fideicomisario o fideicomisarios».

(16) RODRÍGUEZ OTERO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2007.

llegar por medio interpretativo a inquirir cuál fue la verdadera voluntad inspiradora de la cláusula referida, bien se ha de atender al valor de las palabras y frases en ella empleadas, mas no aceptándolas de restrictiva manera en su literal y vulgar sentido, sino con la mayor libertad que requiere la finalidad, que preside los negocios jurídicos de esta índole, *de averiguar el pensamiento y propósito que guiaron al causante de usarlas, a través de las circunstancias de tiempo y lugar, disposiciones y costumbres, por él tenidas en cuenta al hacerlo*, porque si en los contratos tiene decisivo influjo el gramatical sentido de sus cláusulas, cuando lo en ellos concertado no se presta a dudas, ya que en los mismos coincide la voluntad de los contratantes, las disposiciones unilaterales *mortis causa*, y lo mismo los contratos sucesorios, de cuya naturaleza participan, en cuanto contienen una ordenación *post mortem*, los capítulos matrimoniales en Cataluña, son interpretables en sus palabras con la amplitud que previene la norma contenida en la Ley 12, título 17, libro 50 del Digesto, como necesaria para que a través de cuantas circunstancias concurren en cada caso concreto se manifieste y prevalezca la voluntad interna del testador».

2. HIJOS E HIJAS ADOPTIVOS: IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

2.1. *La sentencia del Tribunal Supremo, de 6 febrero de 1997*

Dictada sobre revocación de donaciones por superveniencia de hijos, declara incluidos en la expresión «hijos», a los adoptados con efectos semiplenos o simples, estando constitucionalmente vedada la interpretación que la restrinja a solo algunos hijos.

Dice dicha resolución que «esta revocabilidad de la donación tiene como fundamento el interés familiar de la familia del donante. Es una explicación con la que, con muy diversos matices y notas subjetivas, está conforme la doctrina. Pero lo que es preciso advertir es el concepto de familia: antes de la Constitución vigente, el concepto de familia era muy restringido y alcanzaba a muy poco más de la familia legítima; desde la vigencia de la Constitución y tras la consecuente reforma del Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, el concepto de familia incluye a todos los hijos, sin discriminación por razón de su filiación. En relación con la revocación de la donación por superveniencia de hijos, la sentencia de esta Sala de 22 de junio de 1989, estimó que no era inconstitucional, ya que se había alegado que iba contra el artículo 33.3 de la Constitución. En cuanto al efecto de la misma, no hay duda que, tal como resalta la misma sentencia de 22 de junio de 1989, no tiene lugar *ipso jure*, en razón a que entendiéndose que no hay voluntad, así manifestado mediante el ejercicio de la correspondiente acción. Lo cual tiene importancia, ya que si se reclama la revocación, se debe aplicar la norma vigente, el artículo 644 en su redacción actual y que, en relación con los artículos 14 y 39 de la Constitución y el artículo 108 del Código Civil no permiten restringir la expresión hijos del primer párrafo o del número primero a sólo algunos hijos. Por otra parte, la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó el Código Civil en materia de adopción, dispone que las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior... pero una cosa es la eficacia de la adopción simple, que se mantiene incólume, y otra, su inclusión en el concepto de hijo, sin discriminación, que debe mantenerse a ultranza desde la Constitución y desde la reforma del Código

Civil de 13 de mayo de 1981, a todos los efectos que se refieran a hijo o hijos en abstracto, como es el caso de revocación de donaciones del artículo 644 del Código Civil» (17).

2.2. *La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de septiembre de 2000*

Por su parte, excluye a una hija adoptiva, pero no por razón de su filiación sino por interpretación estricta de la condición impuesta por el testador, referida a hijos «carnales».

Son sus términos: «María Virtudes nace el 7 de enero de 1939 y es reconocida como hija natural y legitimada por subsiguiente matrimonio del señor Germán y Amanda en fecha 5 de julio de 1951. Como se dijo anteriormente, las propias demandadas han reconocido que dicha persona no fue engendrada por Germán. Reconocida esa circunstancia hemos de llegar a la convicción de que dicha persona no cumple la condición a la que se sujetaba la sustitución fideicomisaria. Estamos de acuerdo con la parte apelada en que *la interpretación de la condición debe hacerse atendida la época histórica en la que se impuso, los cambios sociológicos habidos y nunca en forma restrictiva*. En consecuencia cuando exige que al fallecimiento del fiduciario deje hijos habidos de “legítimo, canónico y carnal matrimonio” es porque el matrimonio canónico era el único existente al tiempo de otorgar el testamento. Así las cosas cumplirían la condición impuesta los hijos, habidos en matrimonio civil, incluso hijos extramatrimoniales legitimados por ulterior matrimonio. Ahora bien, *de lo que no cabe duda es que cuando el testador aludía “carnal matrimonio”, lo que pretendía es que el sucesor fideicomisario fuera de su propia “carne y sangre”, en consecuencia excluía a los hijos adoptivos por más afecto y estimación que le pudiera tener el fiduciario adoptante*. Reconocido por las demandadas que María Virtudes, aún teniendo legalmente la consideración de hija y como tal era considerada por Germán y de esa índole filial era el afecto que sentía por ella, no reúne la condición de hija carnal, no puede ser tenida como heredera fideicomisaria. Condición que no puede ser tildada de inconstitucional al diferenciar entre hijos carnales o por adopción, pues que en definitiva: *la prohibición de diferenciar se circunscribe únicamente a la legítima, no así a la parte de libre disposición que el testador puede dejar a un tercero ajeno al círculo familiar*» (18).

(17) Ponente: O'CALLAGHAN.

(18) También sienta la resolución que «en el caso de autos nos hallamos ante lo que la doctrina ha identificado como sustitución fideicomisaria, sometida a la condición de *si sine liberis decesseerit*, institución con sumo arraigo en Catalunya, especialmente en el ámbito agrícola con la finalidad de ligar al tronco familiar el Mas, o explotación agrícola, vinculándola al mayorazgo. Institución que si bien se ha mantenido en el transcurso de los siglos se ha limitado, a fin de impedir una prohibición absoluta de disponer, estableciendo una limitación al número de sustituciones fideicomisarias posibles —art. 204 del *Codi de Successions*— teniendo eficacia dichos llamamientos de fideicomisarios a favor de personas que no pasen de la segunda generación, entendiendo como primera la de los hijos propios del fiduciario. Es indudable que tratándose la demandante de la nieta del testador y sobrina del primer fiduciario, así como hermana del segundo fiduciario nos hallamos dentro del límite generacional permisible».

2.3. *La sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2002*

Coincide con la sentencia del Tribunal Constitucional que ahora se verá, en el sentido de que el momento temporal de la interpretación de la condición será el de su cumplimiento, por lo que no puede ni debe hacerse discriminación contra el hijo adoptivo, purificándose entonces la condición (19).

En este sentido, también coincide en el negocio jurídico de fondo, tratándose de nuevo de una «sustitución fideicomisaria condicional, con doble condición: *si cum liberis decesserit*, si muere con hijos, éstos serán los fideicomisarios; *si sine liberis decesserit*, si muere sin hijos, serán fideicomisarios los sobrinos (a falta de los donantes, los padres); el donatario fiduciario lleva implícita su falta de poder de disposición (...). En este caso, se cumplió la primera condición: el fiduciario falleció con un hijo *cum liberis decesserit*, por lo que éste es el fideicomisario, adquiere los bienes y el fideicomiso se purifica. El problema —como se ha apuntado— es que es hijo adoptivo y los demandantes estiman que se cumple la segunda condición: *sine liberis decesserit* (...). Este problema debe resolverse aplicando, no tanto la interpretación literal del texto de la donación o de la voluntad concorde de las partes en ella intervinientes, sino la interpretación que debe darse al concepto de hijo, en el año en que debe aplicarse, 1990, en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria. En tal momento, la legislación vigente es el Código Civil reformado por imperativo de la Constitución de 1978. Así, el artículo 14 consagra el principio de igualdad ante la ley, no permitiendo discriminación por razón de nacimiento, lo que reitera el artículo 39 al declarar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y recoge el segundo párrafo del artículo 108 del Código Civil: la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos... No debe, pues, hacerse discriminación contra un hijo adoptivo y así lo entendió esta Sala que, en sentencia de 6 de febrero de 1997, negó la revocación de donación por supervivencia de hijos, por razón de que el donante ya tenía un hijo, que era adoptivo».

2.4. *Caso Pla y Puncernau contra Andorra. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de julio de 2004*

La sentencia declara que «en este caso, el Tribunal constata que el carácter legítimo y canónico del matrimonio del padre del demandante no se presta a discusión. No queda pues sino la cuestión de declarar si la noción de “hijo” insertada en el testamento por Carolina Pujol, aludía solamente a los hijos biológicos, como sostiene el Tribunal Superior de Justicia. El Tribunal no puede seguir en esta conclusión al Tribunal de apelación andorrano. En efecto, la lectura del testamento no permite deducir que la testadora deseara excluir del beneficio de la herencia a un eventual hijo adoptivo. El Tribunal concibe que podía haberlo hecho; como no lo hizo, la única conclusión posible y lógica es que no deseó hacerlo. La interpretación hecha por el Tribunal Superior de Justicia de la cláusula testamentaria consistente en atribuir a la testadora una supuesta voluntad negativa para llegar a la conclusión de que, puesto que la testadora no había dicho expresamente que no excluía a un hijo adoptivo es que quiso excluirlo, es demasiado forzada y contraria al principio

(19) Ponente: O'CALLAGHAN.

general del derecho según el cual si el enunciado está exento de ambigüedad, no hay necesidad alguna de preguntarse sobre la voluntad de aquel que así se ha expresado (*quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio*)».

«El Tribunal recuerda que el Convenio, que tiene un carácter dinámico y supone obligaciones positivas con respecto a los Estados, es un instrumento vivo que hay que interpretar a la luz de las condiciones actuales, y que los Estados miembros del Consejo de Europa conceden hoy en día importancia a la igualdad en materia de derechos de carácter civil, entre hijos nacidos dentro del matrimonio e hijos nacidos fuera del matrimonio (sentencia Mazurek, anteriormente citada, apartado 30). De esta forma, suponiendo incluso que la cláusula testamentaria en cuestión hubiese requerido una *interpretación por parte de los tribunales internos, ésta no podría hacerse exclusivamente a la luz del contexto social en vigor en el momento de la redacción del testamento o del fallecimiento de la testadora, en este caso en 1939 y en 1949, en la medida en que, concretamente, transcurrió un período de cincuenta y siete años entre la fecha del establecimiento del testamento y el momento de la apertura del mismo. En presencia de un intervalo de tiempo tan largo, en el curso del cual se produjeron profundos cambios tanto en el ámbito social como económico y jurídico, el Juez no puede ignorar estas nuevas realidades. Ello es válido también para el ámbito testamentario en el que cualquier interpretación, suponiendo que fuese necesaria, debe indagar cuál era la voluntad del *de cuius*, así como el efecto útil del testamento, conservando siempre el espíritu de que "no se puede presumir que el testador hubiese deseado lo que no ha dicho", y sin olvidar conferir a la disposición testamentaria el sentido más conforme con el derecho interno y con el convenio, tal y como es interpretado por la jurisprudencia del Tribunal*» (20).

2.5. Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 2005

El fondo del asunto de la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 2005, reside, precisamente, en la interpretación del testamento y de una cláusula en la que del testador: «1.º Don Cosme falleció el 8 de octubre de 1898. En el momento de su fallecimiento tenía tres hijos, Federico, Leonardo y Antonia, puesto que su hija Juana le premurió. Don Cosme había otorgado dos testamentos complementarios el 4 de abril de 1892 y el 22 de febrero de 1894. En el primer testamento *había llamado como herederos a sus cuatro hijos "por partes iguales, entendiéndose que por fallecimiento de cualquiera de ellos sin sucesión, pasará la porción que corresponda al fallecido o fallecidos al o los que sobrevivan"*. En el testamento de 1894 dice en la cláusula segunda: "...quiere el testador que si sus hijos naturales reconocidos como tales, [...] falleciesen sin ninguno dejar sucesión, pasen los bienes que hayan heredado del otorgante a los herederos *abintestato* del mismo, [...]". 2.º Don Federico, don Leonardo y doña Antonia llevaron a cabo la partición en el cuaderno protocolizado el 18 de noviembre de 1907, consignándose para cada

(20) Téngase en cuenta que el pronunciamiento mereció dos votos particulares, además de una notable relevancia doctrinal, en particular, vid. MEDINA ORTIZ, «Nuevo criterio en la interpretación de disposiciones testamentarias, introducido por el TEDH», en *La Notaría*, 2005, págs. 63 a 88.

heredero la tercera parte de todos los bienes que hubiesen quedado al fallecimiento de su padre y después del pago de los legados efectuados» (21).

Pues bien, interpretado por la sentencia de instancia y la audiencia que donde se dice sucesión deberán también incluirse los hijos e hijas que tengan la filiación adoptiva, se ratifica en casación, asimismo, la declarada nulidad de un singular documento privado. Son sus argumentos: «Sobre el testador estableció una sustitución fideicomisaria condicional en la que *la condición puesta por el testador es la de tener sucesión*, por lo que nos encontramos ante lo que se ha denominado hijos puestos en condición, *que no son herederos del fideicomitente, sino que sirven únicamente para condicionar la delación del fiduciario, de modo que si se incumple la condición y el heredero muere con sucesión, el fiduciario será heredero libre, y en caso contrario, deberá devolver los bienes a los fideicomisarios llamados como tales por el causante*. Y únicamente se puede saber si se ha incumplido o no la condición impuesta a la muerte del fiduciario, como ha ocurrido en este caso. Por tanto, al no ser herederos del causante, no debe examinarse la capacidad de los hijos puestos en condición, sino únicamente si existen o no en el momento previsto por el fideicomitente y resulta evidente que en este caso, la condición de morir sin sucesión se incumplió, porque los dos hermanos Federico y Antonia fallecieron con sucesión. *La referencia a la sucesión, es por tanto genérica y no se limita a los hijos biológicos que pueda tener el fiduciario, en este caso doña Antonia, sino a sus sucesores*, de manera que no se puede discriminar, tal como pretenden los recurrentes, y toda la alegación referida a la aplicación de la Disposición Transitoria 8.^a de la Ley 11/1981 resulta absolutamente artificiosa y contraria a lo realmente querido por el testador.

En su virtud, se remite la resolución a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vista precedentemente, toda vez que: «esta interpretación está de acuerdo con las sentencias de esta Sala de 6 de febrero de 1997 y 28 de junio de 2002, que consideran que “no debe hacerse discriminación contra un hijo adoptivo”, y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 14 de julio de 2004, que consideró que la interpretación hecha por los tribunales andorranos de una cláusula testamentaria excluyendo a los hijos adoptivos vulneraba el artículo 14 del Convenio europeo de Derechos humanos, en relación con el

(21) Son también hechos relevantes que: «Don Leonardo falleció soltero y sin descendencia, el 11 de diciembre de 1956, y sus hermanos, don Federico y doña Antonia se adjudicaron los bienes que don Leonardo había recibido de su padre y que estaban afectos a la sustitución fideicomisaria establecida en el testamento de éste último. 4.º Respecto a las vicisitudes de la familia que interesan en este recurso, hay que destacar: a) que doña Antonia adoptó en 1942 a una niña huérfana, nacida en Madrid en 1936, mediante escritura de adopción de 2 de septiembre de 1942; b) que don Federico falleció el 26 de mayo de 1960, dejando dos hijos, don Carlos Ramón y doña Almudena, hoy demandantes, y c) que doña Antonia falleció el 29 de agosto de 1983, instituyendo heredera a su hija adoptiva. 5.º El 29 de abril de 1984, don Carlos Ramón y doña Almudena, de una parte, y doña Margarita [la hija adoptiva de doña Antonia], de otra, otorgaron un documento privado en el que se lee que doña Antonia “falleció sin descendencia de clase alguna” y que por esta razón doña Almudena y don Carlos Ramón eran los únicos descendientes del abuelo don Cosme, por lo que les corresponde el dominio de los bienes de éste dejados a sus hijos con la condición que se ha reseñado, por lo que doña Margarita se comprometía a devolver los bienes que habían pertenecido a doña Antonia hasta su fallecimiento». Documento este que sería declarado nulo por la falsedad en la causa, según se expresa más arriba.

artículo 8 del mismo convenio, porque “un niño que ha sido objeto de una adopción [...] se encuentra en la misma situación jurídica que si fuese hijo biológico de sus padres, y ello a todos los efectos: relaciones y consecuencias vinculadas con su vida familiar y derechos patrimoniales derivados de ello”, de manera que ante estas disposiciones que deben ser interpretadas y aplicadas muchos años después de la muerte del testador “en el curso del cual se produjeron profundos cambios tanto en el ámbito social como económico y jurídico, el Juez no puede ignorar estas nuevas realidades”, de manera que no debe olvidarse “conferir a la disposición testamentaria el sentido más conforme con el derecho interno y con el Convenio”.

2.6. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 2009, dictada siendo Ponente Xiol Ríos, se recapitulan los anteriores argumentos, con una impecable técnica, de cuyas aportaciones destacaremos que: «D) A partir de la modificación legislativa del régimen de filiación, entre otras consecuencias, la jurisprudencia ha sido constante en la equiparación de las referencias genéricas a los hijos o descendientes legítimos efectuadas en actos o contratos de disposición gratuita inter vivos o mortis causa o con efectos sucesorios como comprensivas de los hijos adoptivos, con la importante distinción de fundarse en la necesidad de evitar la vulneración de principio de igualdad en la aplicación de la Ley, cuando la referencia se contiene en un texto legal, o en el hallazgo de la intención presunta del testador o donante, cuando se trata de una disposición testamentaria o de liberalidad: a) La STS de 6 de febrero de 1997 parte de la absoluta equiparación de los hijos adoptivos a los que no tienen esta condición a efectos de la revocación de las donaciones por supervivencia de hijos afirmando que, fundada esta revocabilidad de la donación en el interés de la familia del donante, este concepto antes de la Constitución era muy restringido y alcanzaba a muy poco más de la familia legítima; desde la vigencia de la Constitución y tras la consecuente reforma del Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, el concepto de familia incluye a todos los hijos, sin discriminación por razón de su filiación, incluyendo los adoptivos sin posibilidad de distinción o discriminación (...). E) Pocas dudas pueden, en consecuencia, abrigarse, sobre la interpretación que debe darse al concepto de “hijos o descendientes legítimos” que se emplea en la disposición testamentaria controvertida para evitar las consecuencias de una interpretación discriminatoria por razón de filiación que, a falta de una determinación expresa, no puede considerarse que constituya la verdadera intención de testador y, por ello, adquiere relevancia en relación con el derecho constitucional de igualdad. Al no haberlo entendido así la sentencia de instancia —que mantiene el criterio de atenerse a una interpretación de la expresión utilizada por el testador, con el valor jurídico restrictivo que tenía en el momento en que fue emitida, al margen de las concepciones sociales y de su evolución y, con ello, de la intención presunta del testador— no se atiene a esta interpretación y, por ende, incurre en las infracciones legales que se le reprochan».

III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: LA INTERPRETACIÓN TAMBIÉN ESTÁ SOMETIDA AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SI EL ORIGEN DE LA DISCRIMINACIÓN RESIDE EN EL ÓRGANO JUDICIAL

1. LA STC 9/2010, DE 27 DE ABRIL DE 2010, Y EL MOMENTO TEMPORAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES

El propósito principal de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, fue la adaptación expresa de las previsiones del Código Civil a la Constitución y, en su virtud, hijos e hijas matrimoniales y no matrimoniales fueron equiparados en derechos. Por su parte, también incluía una controvertida Disposición Adicional octava, cuyo tenor literal decía: «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación».

Ya hemos señalado, sobre los límites y alcance de dicha Disposición, cuál es el sentido de la constante doctrina jurisprudencial, donde se puede concluir que:

- a) las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución se regirán por el derecho vigente en aquel momento, se ajuste o no al principio de igualdad;
- b) en cuanto a las sucesiones que se abran después de la entrada en vigor de la Constitución y antes de la Ley 11/1981, les será de aplicación las prescripciones constitucionales sobre la igualdad;
- c) por último las que se hayan producido después de la Ley 11/1981 se ventilarán por sus dictados (22).

Ahora bien, si las anteriores afirmaciones son en sí mismas difícilmente contestables, muchos son los matices que han de ser destacados al haberse pronunciado el Tribunal Constitucional en el sentido de ampliar el alcance de estas prescripciones hasta el extremo de imponer la interpretación de la condición en el momento en que esta haya sido materializada.

De modo que corresponde ahora el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril de 2010.

En particular, en el asunto en cuestión, las demandantes en amparo son hijas adoptivas y nietas, por tanto, del causante. Éste había establecido un fideicomiso condicional de carácter suspensivo, en tanto en cuanto el fiduciario, heredero universal e hijo único de un primer matrimonio, podría disponer libremente de ciertos bienes cuando tuviese algún hijo que hubiese llegado a la pubertad. Caso de que este primogénito falleciese sin descendencia y por lo que se refiere a aquellos bienes, el causante dispuso la sustitución sucesiva y con idéntica condición suspensiva a los cuatro hijos de un segundo matrimonio.

Las demandantes son las hijas adoptivas del llamado en tercer lugar que, al pretender adjudicarse las dos fincas en cuestión, el Registrador denegó la

(22) Vid., en especial, RIVERO HERNÁNDEZ, «Preterición de hijo extramatrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)», en *Derecho Privado y Constitución*, 6, mayo-agosto de 1995, pág. 227 y sigs., así como la bibliografía citada en MORETÓN SANZ, «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria», en *RCDI*, 722, 2010.

inscripción al apreciar que como hijas adoptivas no eran las hijas legítimas que había previsto el causante en el fideicomiso.

El objeto del proceso es, a juicio del propio TC el acto de poder (público) judicial dictado en interpretación de una disposición testamentaria. En buena lógica, no es el objeto del proceso constitucional el acto (privado) de disposición testamentaria, sino que la lesión se imputa al órgano judicial que hizo una interpretación restrictiva de la expresión «hijos legítimos» excluyendo a los adoptados.

Literalmente son hechos determinantes para el recto conocimiento de la causa los siguientes: «El asunto trae causa de un testamento otorgado en 1927 en el que el testador, fallecido en 1945, dispuso una sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit* a favor de sus cinco hijos. La disposición testamentaria establecía, literalmente, lo siguiente: "Séptima: Y de todos sus bienes restantes, muebles e inmuebles, derechos, créditos y acciones presentes y futuros, instituye heredero universal a su hijo don José Antonio Lloret y Marcer, *quien podrá disponer libremente de los bienes de la herencia cuando tenga algún hijo o hija que haya llegado a la pubertad; y en caso contrario sólo podrá disponer de la cantidad de siete mil pesetas que le servirán de pago de su porción legítima; y para después de su muerte sin hijos, le sustituyen sus hermanos don Arcadio, don Ramón, don Antonio y don Juan Lloret Mitjans, no a todos juntos sino el uno después del otro por el orden indicado y con la misma condición impuesta al primer instituido*; advirtiendo que si al tener efecto alguna de tales instituciones, hubiese fallecido el sustituto y dejado algún *hijo legítimo* que entonces o después llegue a la edad de testar, quiere que éstos sucedan en lugar de su padre premuerto en el modo que resultan instituidos, y a falta de disposición observarán el mismo modo de suceder que el testador establece aquí para sus hijos"; b) El heredero instituido en primer lugar falleció soltero y sin hijos en 1997. El segundo instituido había premuerto al testador en 1940, también soltero y sin descendencia. *El llamado en tercer lugar (don Ramón) había fallecido en 1995, con anterioridad al primer instituido, pero había dejado dos hijas adoptivas que ya habían alcanzado la edad de testar, por lo que acudieron ante Notario a otorgar escritura en la que, acreditando los hechos que se dejan expuestos, se adjudicaban por mitad dos fincas rústicas que constituían el objeto de la herencia fideicomitada*. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, el Registrador denegó la práctica del asiento porque, al ser las otorgantes de la escritura de adjudicación de herencia que se pretendía inscribir hijas adoptivas del hijo llamado en tercer lugar, a juicio del Registrador no podrían ser consideradas hijas legítimas, tal y como disponía el testador. Mientras tanto, el instituido en cuarto lugar (don Antonio) había obtenido la inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad de las dos fincas que constituían la herencia fideicomitada, a saber, las fincas registrales 395 (antes 13) y 609 del Registro de la Propiedad de Vilafranca del Penedés».

Sigue la sentencia declarando que «la cuestión de fondo que se suscita en este amparo en el marco que representa la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación contempladas en el artículo 14 CE, en relación con el artículo 39.2 CE: a) En primer lugar, es doctrina reiterada que el principio de igualdad no prohíbe cualquier tratamiento desigual, sino, específicamente, aquellas desigualdades que, de un lado, "resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados", o que, de otro lado, impliquen consecuencias jurídicas que no "sean proporcionadas a la finalidad

perseguida”, y que, por ello, generen “resultados excesivamente gravosos o desmedidos”. ...En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (...); b) *En segundo lugar, a diferencia del derecho general a la igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad sino sólo la razonabilidad del criterio que funda la diferencia de trato y la proporcionalidad de las consecuencias que de ella se derivan*, la prohibición de discriminación por las causas específicas contenidas en el artículo 14 CE implica, por una parte, “un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex Constitutione*, que impon[e] como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”».

De modo que «no ha sido el causante al formular en su día la disposición testamentaria en el ejercicio de su libertad de testar, sino el órgano judicial al interpretar una expresión ambigua y, por tanto, en el ejercicio de la jurisdicción, quien ha creado un tratamiento jurídico discriminatorio a partir de un criterio como el relativo a la filiación adoptiva, que resulta expresamente prohibido por el artículo 14 CE en relación con el artículo 39.2 CE».

2. EL TESTAMENTO, SU INTERPRETACIÓN Y LA BÚSQUEDA DE LA VOLUNTAD DEL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO

Cabe cuestionarse si el anterior pronunciamiento constitucional se coherente con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando ha advertido que el sentido de esta tarea hermenéutica deberá buscar la voluntad del testador en el momento de otorgar testamento y no en otro momento temporal diferente.

Expresiva de la anterior afirmación es la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2010, dictada siendo ponente O'CALLAGHAN, por cuanto declara que «la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador (así, sentencias de 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003, y 19 de diciembre de 2006). Lo importante y esencial en el presente caso, es conocer el momento en que se debe saber cuál es esta voluntad real. Y este momento es aquel en que declaró su voluntad, otorgando el testamento. Este es revocable hasta el momento mismo de la muerte: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, pero la revocación es precisa para conocer la voluntad real al tiempo de otorgarlo. El testamento se perfecciona en el momento de su otorgamiento, mediante la emisión de la declaración de voluntad no recepticia. Es un negocio jurídico unilateral y no recepticio, por lo que su interpretación debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de su muerte: así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, como las sentencias de 29 de diciembre de 1997, 23 de enero de 2001 y 19 de diciembre de 2006».

Ahora bien, cuestión distinta es la eficacia de la cláusula condicional suspensiva transcrita y objeto de la *litis* de la STC 9/2010, para cuya interpretación se acude no a la normativa vigente en el momento del otorgamiento, sino a la del orden constitucional como orden público al que se acudirá en los

supuestos en que la interpretación judicial sea la que cause la discriminación y no el causante.

IV. RECAPITULACIÓN CRÍTICA SOBRE EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL Y LAS DISPOSICIONES GRATUITAS. ¿HACIA LA ELIMINACIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN INCLUIDAS LAS PRIVADAS?

De lo dicho se sigue que la evolución jurisprudencial en materia de fideicomisos ha empeñado buena parte de sus esfuerzos en la revisión, depuración y ajuste de ciertas desviaciones del principio de igualdad presentes en la redacción notarial de algunas cláusulas condicionales. En puridad, el tenor literal de la cláusula no era lo suficientemente explícito para que fuese aceptable la interpretación judicial de instancia sobre que el causante hubiese podido, caso de pretenderlo, discriminar ante la distinta filiación adoptiva o biológica de los hijos e hijas de los fiduciarios.

Con todo, téngase presente que sí soportaría un juicio de constitucionalidad una cláusula testamentaria en que el testador deliberadamente excluyese de la liberalidad hereditaria a legitimario por razón de su distinta filiación, caso de que respetase escrupulosamente la intangibilidad de la legítima.

De hecho, y no se trata de una hipótesis sino una práctica inveterada y ratificada en los hechos, el abuelo-causante sí que discriminó a unos hijos frente a otros, si bien por razón de edad y por el orden cronológico de sus matrimonios, evidencia esta que a nadie sorprende, hasta tal extremo que tampoco es contrargumentada por los «perjudicados». Es decir, en su testamento favoreció al primogénito de su primer matrimonio, en detrimento de los restantes hijos habidos del segundo vínculo y a mayor abundamiento el eje fue la edad de sus hijos e hijas, resultando el de «peor» derecho el de menos edad. Por el contrario, el causante en la cláusula cuya interpretación judicial ha sido objeto de amparo, en ningún caso pretendió discriminar por razón de género, al incluirse en su expresión «hijos o hijas» según se ha transcrito *ut supra*.

Lo cierto es que en el caso de autos de la STC 9/2010, de 27 de abril de 2010, cuyo testamento fue redactado en 1927, en todo caso se respetaba la legítima. Distinta es la hipótesis de que si se hubiese excluido de forma expresa a la descendencia adoptiva, dicho fideicomiso pudiera no haber sido reprobado, por más que pueda parecer censurable la discriminación que un abuelo haga de sus futuros nietos, entre los que ostenten la filiación biológica o adoptiva, toda vez que se respetó la intangibilidad de la legítima. En resumidas cuentas, como sostiene el Voto Particular formulado por RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ: «nadie tiene derecho a un acto de liberalidad, por lo que las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE no se proyectan sobre los actos de liberalidad *inter vivos* o *mortis causa*».

Con todo, se ratifica la línea jurisprudencial sobre el punto en que habrá de efectuarse la interpretación de la condición incluida en un fideicomiso testamentario, referido al momento en que se cumpla dicha condición. A mayor abundamiento, si la redacción de dicha cláusula es ambigua, la interpretación judicial habrá de ajustarse a los principios constitucionales y, en particular, al de interdicción de discriminación por razón del nacimiento.

En su defecto, la exclusión del llamamiento a la herencia hecha al inferir que la expresión «hijos legítimos» no abarca a los adoptivos, lesiona de forma

directa los derechos de los afectados, de modo tal que el origen del tratamiento discriminatorio es imputable al órgano judicial y no al testamento.

En definitiva, es la interpretación judicial la que ha incurrido en discriminación, por lo que se ha sobrepasado el ámbito de la jurisdicción ordinaria, procediendo la vía constitucional para otorgar el amparo de las hijas adoptivas, ordenándose al Juzgado de instancia que dicte otra resolución respetuosa con los derechos fundamentales. Nadie argumentó nada sobre la discriminación por razón de la edad.

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

- ALBALADEJO GARCÍA: «Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad», en *RDP*, 1979, pág. 519 y sigs.
- «Comentario a la sección tercera, artículos 774 al 789», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs 1915 a 1938.
- ALONSO MARTÍNEZ: «Capítulo cuarto de: El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales», recogido en LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.ª ed., pág. 130 y sigs.
- AMAT LLARI: «La facultad de disponer del heredero fiduciario. Comentario a la STSupJC de 1 de abril de 2004», en *Indret*, 15, 2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Un buen voto particular», en *Aranzadi Civil*, 4, 2010.
- DÍAZ ALABART: *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Barcelona, 1981.
- «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», en *RDP*, 5-6, 2004, 2004.
- DONADO VARA: «Apuntes sobre las novedades legislativas en el Derecho Civil Común español en materia de discapacidad y derechos sucesorios», en *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 4, 2009.
- GÓMEZ GALLIGO: «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», en *RCDI*, 687, 2005, pág. 11 y sigs.
- HERNÁNDEZ GIL: «Consolidación de la sustitución fideicomisaria condicional en el primer llamado por premoriencia de los ulteriores», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992.
- LACRUZ BERDEJO: «La cláusula *si sine liberis decesserit* en el Derecho aragonés», en *Estudios de Derecho Privado, Común y Foral*, 1955, págs. 577 a 631.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.ª ed.
- MARTÍN MELÉNDEZ: *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*. Prólogo de GARCÍA RUBIO, Madrid, 2010.
- POUS DE LA FLOR: «La dispensa de colación de los gastos realizados para atender las necesidades de la persona con discapacidad», en *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, pág. 403 y sigs.

- RIVERO HERNÁNDEZ: «Preterición de hijo extramatrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11 /1981, de 13 de mayo (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)», en *Derecho Privado y Constitución*, 6, mayo-agosto de 1995, pág. 227 y sigs.
- ROCA-SASTRE: *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed.
- «El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código Civil», en *RCDI*, 1956.
- SAN SEGUNDO MANUEL: «Sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*. Los hijos adoptivos como fideicomisarios. La interpretación de las cláusulas fideicomisarias de los testamentos», en *RCDI*, 695, págs. 1205 a 1209.
- VALLET DE GOYTISOLO: «Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *si sine liberis decesserit* en el Derecho histórico de Castilla», en *ADC*, 1956, pág. 783 y sigs.
- VENTURA-TRAVERSEY Y GONZÁLEZ: «El fideicomiso condicional según el Derecho positivo español y la jurisprudencia», en *RCDI*, 1951.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STEDH de 13 de julio de 2004.
 STC 9/2010 de 27 de abril de 2010.
 STS de 27 de septiembre de 1930.
 STS de 2 de marzo de 1935.
 STS de 14 de diciembre de 1944.
 STS de 25 de octubre de 1954.
 STS de 6 febrero de 1997.
 STS de 29 de diciembre de 1997.
 STS de 23 de enero de 2001.
 STS de 28 de junio de 2002.
 STS de 15 de diciembre de 2005.
 STS de 19 de diciembre de 2006.
 STS de 29 de septiembre de 2009.
 STSupJC de 1 de abril de 2004.
 SAP Barcelona, de 29 de septiembre de 2000.
 RDGRN de 4 de enero de 1944.
 RDGRN de 13 de octubre de 2005.

RESUMEN

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA
 CONDICIONAL.
 INTERPRETACIÓN CLÁUSULA
 TESTAMENTARIA

Las relaciones entre las sustituciones hereditarias y la doctrina son, cuando menos, encontradas tal y como revela su crónica fluctuante y llena de contrastes. Se ha pasado de la florida

ABSTRACT

CONDITIONAL BENEFICIARY
 SUBSTITUTION.
 INTERPRETATION OF A
 TESTAMENTARY CLAUSE

Relations between the substitution of heirs and doctrine are conflicting, to say the least, as revealed by their fluctuating, contrast-filled story. Dissertation on the substitution of heirs was

literatura jurídica del Derecho intermedio al aparente olvido, fruto de su censurada existencia como institución causante de pobreza y desigualdad, al sustraer del tráfico económico ciertos bienes de las grandes fortunas. En los últimos tiempos y mediante la autorización del gravamen del tercio de legítima estricta con una sustitución fideicomisaria incluida en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, se ha recuperado parte del interés perdido. Con todo y si se ha puesto en duda la relevancia de esta figura —también de la sustitución fideicomisaria en la que heredero o fiduciario sucede en primer lugar a su causante o fideicomitente, y en la que el fideicomisario recibirá, en su caso, el patrimonio tras el fiduciario—, lo cierto es que la sustitución fideicomisaria si sine liberis decesserit, ha tenido y tiene trascendencia en el ámbito sucesorio catalán. Así su práctica se ha evidenciado desde antiguo en archivos notariales y en las controversias judiciales que ha protagonizado. En este trabajo repasaremos la dicción literal de estas disposiciones testamentarias expresas y cómo ha afrontado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del TC y del TEDH su interpretación, centrada en el cumplimiento de la condición verificada tras la Constitución y el llamamiento a la herencia hechos según la situación jurídica del momento en que haya de ejecutarse la sustitución.

rife in the florid legal literature of intermediate law (between the fall of the Roman Empire and the rise of codification) but fell into apparent oblivion as the substitution of heirs came under censure as an institution that sowed poverty and inequality by removing certain assets belonging to the great fortunes of the land from economic trade. In more-recent times, through Act 41/2003 of 18 November, which authorised the encumbrance of the reserved portion of the deceased's estate with a beneficiary substitution, part of the lost interest has been regained. Altogether, although doubt has been cast on the relevance of this procedure (and the relevance of beneficiary substitution, in which the heir or trustee is the first to succeed the decedent or founder of the trust, and the beneficiary will receive the legacy after the trustee), the fact is that beneficiary substitution si sine liberis decesserit has had and still has significance in Catalan succession law. There are records of its practice since olden times, in notarial archives and in judicial controversies where it has proved to be an important point. This paper reviews the literal wording of express testamentary dispositions concerning substitution of heirs. It also looks at how Supreme Court, Constitutional Court and European Court of Human Rights case law have approached the issue of interpretation, focusing on compliance with the verified condition after the Constitution and the call for heirs performed in accordance with the legal situation at the time when the substitution is to be done.