

Roj: STS 1946/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1946  
Id Cendoj: 28079110012015100248

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 200/2013

Nº de Resolución: 733/2014

Procedimiento: CIVIL

Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Abril de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación e infracción procesal, interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 698/2011 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 28/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ordes (A Coruña), cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Isabel Castiñeiras Fandiño en nombre y representación de doña Sabina, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Argimiro Vázquez Guillén en calidad de recurrente y el procurador don Miguel Torres Álvarez en nombre y representación de don Mario y doña Caridad y doña Josefina en calidad de recurrido.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- La procuradora doña María Dolores Martín Aláez, en nombre y representación de doña Sabina interpuso demanda de juicio ordinario, contra doña Josefina, doña Caridad, don Mario y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "... - *Que la demandante, doña Sabina, es heredera legítima y forzosa del causante don Luis Alberto, correspondiéndole en la herencia de éste todos los derechos hereditarios reconocidos legalmente a los descendientes, inclusive la facultad de instar la partición de su herencia, bien requiriendo al contador testamentario, bien judicialmente, según las bases establecidas en esta Sentencia.*

- *Que la demandante, doña Sabina, ha sido preterida en el testamento de su padre, don Luis Alberto, otorgado ante el Notario de Santiago, don Alberto Barreras López, en fecha 5 de Noviembre de 1976, o, subsidiariamente ha sido preterida no intencionalmente en dicho testamento, y, en consecuencia, ha de procederse en cualquiera de ambos casos a la anulación de la institución de heredero que en dicho testamento se realiza a favor de los otros hijos del testador, manteniendo las mandas y legados del mismo.*

- *Que en virtud de las declaraciones anteriores procede la apertura de la sucesión intestada para la designación de herederos de don Luis Alberto, debiendo declararse a tal efecto como únicos y universales herederos ab intestato del mismo a partes iguales a sus tres hijos, doña Sabina y don Mario y doña Caridad sin perjuicio de las mandas y legados dispuestos en el testamento.*

*Subsidiariamente, se solicita que se declare que doña Sabina ha sido preterida intencionalmente en el testamento de su padre, reconociéndosele en cualquier caso el derecho a percibir la legítima que legalmente le corresponda, reduciendo a tal efecto la institución de heredero testamentaria, en la medida necesaria para poder cubrir la porción que por legítima corresponde a la actora y que asciende a una tercera parte del tercio de legítima estricta, cuota que deberá ser pagada en bienes de la herencia.*

*Y, previas dichas declaraciones, condene a los demandados a estar y pasar por las mismas, cumpliéndolas en legal forma, con expresa imposición de las costas procesales".*

**SEGUNDO** .- La procuradora doña Ana María González Gancedo, en nombre y representación de don Mario, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "...dicte sentencia plenamente desestimatoria de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ordes, dictó sentencia con fecha 29 de julio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: "...Que desestimando íntegramente la demanda presentada por la procuradora Sra. Martín Aláez en nombre y representación de doña Luz contra doña Josefina , doña Caridad y don Mario debo absolver y absuelvo a éstos de todas las pretensiones formuladas en su contra.*

*Se imponen las costas procesales a la parte actora" .*

**TERCERO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Luz , la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, dictó sentencia con fecha 23 de noviembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: "...Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Luz (antes, Sabina ), contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Ordes de 29 de julio de 2011 , confirmando íntegramente la misma, con imposición de las costas de la alzada a la recurrente, según lo dispuesto en el artículo 398.1º LEC ."*

**CUARTO** - 1.- Contra la expresada sentencia interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación la representación procesal de doña Sabina , argumentando **el recurso extraordinario por infracción procesal** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Artículo 469. 1. 2º LEC

Segundo.- Artículo 469.1. 2º LEC .

Tercero.- Artículo 469. 1. 4º por infringir el artículo 24 CE .

**El recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Artículo 477.1 LEC por infracción del artículo 14 CE .

Segundo.- Artículo 477. 2. 3º LEC . por infracción del artículo 9.3 CE .

Tercero.- Artículo 477.1 LEC por infracción del artículo 814 CC .

**QUINTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 18 de marzo de 2014 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO** .- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, el procurador don Miguel Torres Álvarez, en nombre y representación de don Mario y doña Caridad y doña Josefina presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de noviembre del 2014, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado sentencia dentro del plazo establecido debido a la carga de trabajo que pesa sobre el ponente.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la posible aplicación retroactiva del principio **constitucional** de igualdad o no discriminación ( artículos 14 y 9.3 CE ) con relación a una declaración judicial de filiación extramatrimonial de 2008, todo ello en el marco de un proceso sucesorio en donde el causante falleció el día 23 de enero de 1978; sin otorgar derecho hereditario alguno a la parte demandante.

2. En síntesis, por la parte actora, doña Luz (antes doña Sabina ) se interpuso demanda contra doña Josefina , doña Caridad y don Mario , en reclamación de sus derechos hereditarios como consecuencia de la filiación extramatrimonial de la demandante, determinada por sentencia de 11 de noviembre de 2008 , declarada firme el 23 de diciembre del mismo año , respecto del causante don Luis Alberto , fallecido el 23 de enero de 1978. Reclama la actora, como hija del causante, el reconocimiento de sus derechos hereditarios, incluyendo la facultad de instar la partición y la declaración de su preterición no intencional en el testamento otorgado el 5 de noviembre de 1976, con la correspondiente anulación de la institución de heredero a favor de los dos hijos matrimoniales del causante y apertura de la sucesión intestada, sin perjuicio de las mandas y legados ordenados en el testamento. Subsidiariamente solicita que se califique la preterición como intencional reconociéndose el derecho de la actora a percibir la legítima que legalmente le correspondiese , que se concretaba en un tercio de la tercera parte de la herencia (legítima estricta o corta). Sostiene la recurrente que,

aunque el causante falleciera antes de la entrada en vigor de la Constitución, no consta que la herencia hubiera sido aceptada por los herederos, quienes no habrían entrado en posesión de los bienes hereditarios al tiempo de la interposición de la demanda, pues correspondía a la viuda el usufructo universal de la herencia, siendo probable que tampoco se hubiera procedido a la división de la misma. Con ello se pretende hacer valer que los efectos de la sucesión no se habían agotado completamente por lo que procedería la aplicación retroactiva de la condición de heredera de la declarada hija del causante. Por su parte, los demandados contestaron a la demanda oponiéndose a la misma, argumentando que la ley aplicable al supuesto de autos es el Código Civil en su redacción anterior a la Ley 11/1981 y que, dado que la actora era hija ilegítima natural del causante, no reconocida por éste en la forma antaño legalmente exigida, carece de la condición de heredera forzosa del causante. Además alegan la falta de legitimación pasiva de doña Josefina (usufructuaria de la herencia), la prescripción de la acción de petición herencia solicitada y, en todo caso, la usucapión de los bienes hereditarios en favor de los instituidos herederos.

El Juzgado de primera instancia nº 2 de Ordes dictó sentencia desestimatoria de la demanda. No obstante, precisó, aunque sin relevancia práctica en el presente caso, que la acción de petición no estaba prescrita, pues el plazo de prescripción debía computarse desde la declaración judicial del reconocimiento de la referida filiación (2008).

La Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 5ª, dicta sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto por la demandante y confirmando la sentencia de primera instancia.

En su fundamentación jurídica, la Audiencia señala que el caso objeto de análisis encaja, conforme de las previsiones de la Ley 11/1981, en el supuesto de las sucesiones abiertas con anterioridad tanto a la Constitución española, como a la citada reforma de 1981. De forma que, en base a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, (entre otras, SSTs de 13 de febrero de 1990 , 28 de julio de 1995 , 6 de noviembre de 1998 y 31 de julio de 2007 ), debe concluirse que el presente caso se rige por el régimen del Derecho anterior a la reforma ( Disposición Transitoria 8ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo ). Régimen que, recordemos, no contemplaba derechos sucesorios para los hijos ilegítimos del causante, salvo los que pudieran derivarse en virtud del reconocimiento del antiguo artículo 131 del Código Civil .

La Audiencia también descarta que lo ordenado en el artículo 9.3 de la Constitución pueda ser interpretado como aplicación retroactiva de todas las normas en las que alguien pudiera estar interesado en alegar, por ser favorable a su posición jurídica, sobre todo, como ocurre en el presente caso, cuando la parte a quien corresponde la carga de la prueba no acredita que el fenómeno sucesorio sigue abierto y no se ha consumado.

Por último, la Audiencia también tiene en cuenta la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, de 19 de marzo de 2010 , a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y entiende que, en el presente caso, al margen de lo discutible del estadio en que se encontraba el fenómeno sucesorio y de la necesidad de que hubiera aportado prueba la parte actora, no existía relación familiar alguna entre el padre y la hija que pudiera apoyar la aplicación de los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 28 de mayo de 2009, caso Brauer contra Alemania ).

### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

#### **Causa de pedir y carga de la prueba.**

**SEGUNDO .-** 1. La parte demandante y apelante interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en tres motivos. *El motivo primero* , al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC , por infracción del artículo 218.1 de la LEC . *El motivo segundo* , también al amparo del artículo 469.1.2º LEC , por vulneración del artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto carga en el actor la prueba del no agotamiento del proceso sucesorio. *El motivo tercero* , al amparo del artículo 469.1.4º LEC , por vulneración del artículo 24 de la Constitución , con clara indefensión para la parte que se ve sometida a la exigencia de una prueba imposible o diabólica, privándole de los medios probatorios pertinentes para su defensa.

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

2. Con relación al primer motivo formulado, en donde la parte recurrente sostiene que la sentencia recurrida ha resuelto el recurso de apelación apartándose de la causa de pedir y alterando los términos del debate planteado, conviene señalar, con carácter general, que esta Sala, STS 361/2012, de 18 de junio , ha dejado sentado que la *causa petendi* no se encuentra integrada exclusivamente por hechos en abstracto al margen de su consideración jurídica, sino que por "*causa de pedir debía entenderse el conjunto de hechos*



*jurídicamente relevantes para fundar la pretensión ( SSTS 19-6-00 en rec. 3651/96 y 24-7-00 en rec. 2721/95 ), los hechos constitutivos con relevancia jurídica que constituyen condiciones específicas de la acción ejercitada ( STS 16-11-00 en rec. 3375/95 ), o bien los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal ( SSTS 20-12-02 en rec. 1727/97 y 16-5-08 en rec. 1088/01 )".* Por tanto, la causa de pedir tiene un componente jurídico que la conforma y sirve de límite a la facultad del juez de aplicar a los hechos el derecho que considere más procedente, esto es, limita el *iura novit curia*. Este límite tiene fiel reflejo en el artículo 218 LEC , al disponer que el tribunal ha de resolver conforme a las normas aplicables al caso pero sin acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.

También, y en esta línea, se ha indicado que, en ocasiones, la distinción entre el componente jurídico de la causa de pedir y la posibilidad de aplicar las normas jurídicas por el juez -*iura novit curia*- no es siempre clara, o mejor, no siempre presenta unos contornos precisos. Por esta razón, nuestra actual jurisprudencia admite la posibilidad de un cambio en la calificación jurídica de los hechos en los supuestos de error o imprecisión de la parte, si bien este cambio debe extraerse de los propios hechos alegados y conformados, en cuando han podido ser objeto de discusión sin alterar los términos del debate siempre que no haya podido causar indefensión a cualquiera de los litigantes ( STS 550/2008, de 18 de junio ).

Esta perspectiva de análisis, llevada al supuesto de enjuiciamiento, exige realizar las siguientes precisiones que conducen a la desestimación del motivo planteado.

La parte recurrente alega que la sentencia recurrida le atribuye una motivación distinta a la realmente sustentada en el recurso de apelación, que no fue la retroactividad general de las normas jurídicas en contra de la normativa transitoria del Código Civil, sino su precisión a la luz de la doctrina legal y científica. Sin embargo, esta Sala debe señalar que esta alegación, conforme a la doctrina expuesta, carece de justificación en el presente caso.

Así, en primer lugar, en el desarrollo de la fundamentación de la sentencia recurrida no puede desconocerse que se parte del completo desarrollo doctrinal y legal que realiza la sentencia de primera instancia en orden, precisamente, a la cuestión que plantea la posible retroactividad a tenor de la Constitución española y en el ámbito de la Ley 11/1981. En esta línea, y en segundo lugar, la sentencia recurrida no sólo sitúa correctamente el supuesto enjuiciado en la aplicación de la citada Ley 11/1981, particularmente en relación a la Disposición Transitoria Octava , que resulta de aplicación, sino que también precisa su argumentación con relación a la doctrina jurisprudencial alegada por la parte apelante, especialmente en relación a la sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 2005 ; completando su análisis con una referencia amplia de la restante doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la materia, así como de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al alcance del artículo 8 del Convenio y su posible incidencia en el caso presente. Por último, en tercer lugar, y en contra de lo alegado por la parte recurrente, la sentencia de la Audiencia también entra en los elementos de fondo que, necesariamente, presuponen una especificación o precisión del alcance retroactivo, esto es, en la consumación del fenómeno transmisivo sucesorio, exponiendo los criterios por los que entiende que el fenómeno sucesorio se encuentra agotado ya al tiempo de la interposición de la demanda. Por lo que, en realidad, el motivo trasluce la pura disconformidad con la motivación de la sentencia recurrida, pero no una alteración de la causa de pedir.

**3.** En relación a los motivos segundo y tercero, que se examinan conjuntamente, igualmente resulta conveniente, con carácter general, señalar que la Sentencia de esta Sala, de fecha 26 de septiembre de 2008 , recogiendo la doctrina establecida en la Sentencia de 18 de junio de 2007 , resume la jurisprudencia sobre la carga de la prueba en los siguientes términos: 1.- Para que se produzca la infracción del art. 1214 CC (actual artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) es preciso que concurren los requisitos consistentes en: a) Existencia de un hecho -afirmación fáctica positiva o negativa- precisado de prueba y controvertido. No la precisan los hechos notorios y no resultan controvertidos los admitidos en los escritos de alegaciones; b) Que el hecho sea necesario para resolver una cuestión litigiosa; c) Se trate de un hecho que se declare no probado, bien por falta total de prueba, bien por no considerarse suficiente la practicada, sin que exista ninguna norma que establezca la tasa o dosis de prueba necesaria (coeficiente de elasticidad de la prueba). Probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal; d) Que se atribuyan las consecuencias desfavorables de falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba. Y es, entonces, cuando entra en juego la doctrina de la carga de la prueba material. 2.- No cabe acudir infracción de la carga de la prueba para denunciar una falta de prueba, o dosis insuficiente, cuando el juzgador declara probado un hecho. Puede haber error patente o arbitrariedad - incoherencia- pero ello afecta a la motivación y no a la carga de la prueba. 3.- El artículo 1214 del Código Civil (actual 217 de la LEC

2000 ) no contiene ninguna regla de prueba, por lo que no cabe basar en el mismo una alegación de error en la valoración probatoria. En tal sentido se manifiesta reiteradamente la doctrina jurisprudencial de esta Sala, STS de 21 de julio de 2006 y 2 de marzo de 2007 .

En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, no puede estimarse que la sentencia recurrida haya incurrido en infracción de las normas relativas a la carga de la prueba por las siguientes razones, principalmente. Así, en primer lugar, debe señalarse que la sentencia de la Audiencia, con la documental practicada, considera ya probado que los herederos demandados aceptaron tácitamente la herencia, por lo que no se trata de un hecho carente de prueba. En segundo lugar porque, formalmente, la parte recurrente no interesó en la apelación la realización de las pruebas que le fueron denegadas en primera instancia por considerarse suficiente la documental obrante en los autos y por la naturaleza jurídica de las cuestiones planteadas. En tercer lugar, y en línea de lo anterior, porque al margen de las pruebas inadmitidas, dirigidas a esclarecer si se había practicado la partición de la herencia, la parte recurrente, por el principio de facilidad o disponibilidad probatoria, podía haber recurrido a otros medios de prueba a los efectos de contrastar la aceptación de la herencia de los demandados, tales como el acceso al Registro de la propiedad, información catastral, información de oficinas liquidadoras de impuestos, testificales, etc. En cuarto lugar, y de un modo concluyente, porque tanto la entrega de los bienes a la usufructuaria de la herencia, conforme a lo dispuesto por el testamento, y reconocido por la parte demandante, como la propia oposición realizada a la demanda que da origen al presente litigio, son actos inequívocos que presuponen la aceptación de la herencia, su defensa y ejecución. Del mismo modo, que la falta de realización de la partición hereditaria no condiciona, por ella sola, la realidad y eficacia del fenómeno transmisivo que viene implícito en la sucesión hereditaria ( artículos 657 y 659 del Código Civil ).

#### **Recurso de casación.**

**Derechos de sucesiones. Improcedencia de la aplicación retroactiva del principio constitucional o de no discriminación (14 y 9.3 CE) respecto de relaciones jurídicas sucesorias ya agotadas o consumadas.**

#### **Dinámica del proceso sucesorio y Doctrina jurisprudencial aplicable.**

**TERCERO .-** 1. Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, la parte demandante y apelante, interpuso *recurso de casación* al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC que articula en tres motivos. *El motivo primero* por infracción por no aplicación del artículo 14 de la Constitución Española , haciendo una interpretación que se opone a la doctrina del Tribunal Supremo que define el alcance y los límites de los efectos retroactivos de las normas. *El motivo segundo* por infracción por interpretación errada del artículo 9.3 de la Constitución Española , con oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que interpreta y define el principio de derecho de la seguridad jurídica. *El motivo tercero* por infracción por no aplicación del artículo 814 del Código Civil .

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

2. Con relación a los dos primeros motivos planteados debe puntualizarse que el contexto jurisprudencial citado, principalmente referido a las SSTS de 17 de marzo de 2005 y 31 de julio de 2007 , ha sido objeto de especial atención en la reciente sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 2013 (núm. 79/2013 ).

En esta sentencia, aparte de establecer los límites intrínsecos que presenta la interpretación integrativa en orden a crear una disposición testamentaria atribuible al testador, se le da una respuesta técnica a la cuestión de fondo que plantea el recurrente acerca del criterio interpretativo que debe presidir el carácter consolidado o agotado de la situación sucesoria objeto de análisis.

Pues bien, en este sentido, y en contra de lo alegado por la parte recurrente, se precisa que este criterio de interpretación no se extrae directamente del ámbito de la aplicación retroactiva solicitada, que si bien refiere dicha consecuencia, no la define o configura, sino de la propia naturaleza que presente el fenómeno sucesorio en cuestión; de ahí, que no se pueda dar una respuesta apriorística de carácter general, sin atender a las peculiares circunstancias que presente la dinámica sucesoria del caso tomado por referencia.

En el presente caso, a diferencia del supuesto objeto de examen en la citada sentencia, en donde el instituto de la sustitución fideicomisaria determinaba un peculiar orden sucesivo y cronológico en el proceso adquisitivo de la herencia, la situación queda clara dado que la apertura de la sucesión se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española, siendo de aplicación las Disposiciones transitorias que al respecto establecía la Reforma de 1981 del Código Civil. De igual modo, debe tenerse

en cuenta que los efectos adquisitivos de los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte ( artículo 657 CC ), momento en el que también se adquieren tras la correspondiente aceptación de la herencia ( artículo 989 CC ). Supuesto del presente caso, en donde tanto la sentencia de primera instancia, como la de segunda instancia, consideran acreditado la inmediata aceptación tácita de la herencia por los beneficiarios de la misma, así como la respectiva posesión de los bienes hereditarios. Sin que, por otra parte, pueda negarse estos efectos por no haberse practicado aún la partición de la herencia que, en modo alguno, condiciona o interrumpe el fenómeno transmisivo que encierra la sucesión.

La desestimación de estos motivos comporta, a su vez, la desestimación del motivo tercero, sin necesidad de entrar en su respectivo análisis.

**CUARTO** .- Desestimación de los recursos y costas.

1. La desestimación de los motivos planteados determina la desestimación de los recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos.

2. Por aplicación del artículo 398.1 en relación con el artículo 394 LEC , debe hacerse expresa imposición de las costas de los recursos interpuestos a la parte recurrente.

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

**FALLAMOS**

1. No haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de doña Sabina contra la sentencia dictada, con fecha 23 de noviembre de 2012, por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5ª, en el rollo de apelación nº 698/2011 .

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

3. Imponer las costas de los recursos interpuestos a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marin Castan, Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol. Firmado y rubricado. **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Javier Orduña Moreno, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Voto Particular

**VOTO PARTICULAR**

**FECHA:29/04/2015**

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Rafael Saraza Jimena

1.- Discrepo respetuosamente del parecer mayoritario de la Sala expresado en la sentencia. Soy consciente de que la sentencia sigue la línea jurisprudencial fijada por esta Sala, conforme a la cual no es aplicable la prohibición de no discriminación por razón de filiación que establece la Constitución española a las sucesiones abiertas con anterioridad a su entrada en vigor. Pero discrepo profundamente de dicha doctrina jurisprudencial, fijada con anterioridad a mi llegada a este tribunal. Expresaré brevemente las razones de mi discrepancia.

2.- El Tribunal **Constitucional** se pronunció desde el inicio de su actuación sobre la trascendencia del principio **constitucional** de no discriminación por razón de la filiación, que en la regulación que establecía anteriormente el Código Civil atribuía efectos diversos a los "distintos" tipos de filiación, con discriminación de la no matrimonial ("ilegítima" o "natural") respecto de la matrimonial ("legítima").

En la STC 80/1982, de 20 de diciembre , el Tribunal **Constitucional** afirmó:

*« Lo dicho hasta aquí no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo, el de la vinculatoriedad inmediata del artículo 14 y la afirmación de que, en consecuencia, todo español tiene, desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, por lo cual no puede perpetuarse, vigente la Constitución, esta*

situación discriminatoria entre los regímenes contenidos en los artículos 118 y 137 del Código Civil . Antes de la promulgación de la Ley 11/1981, modificadora del Código Civil, que es en el momento en que tuvo que sentenciar la Audiencia Territorial de Sevilla, el artículo 137 había quedado derogado por el juego del artículo 14 y la disposición derogatoria tercera de la Constitución ... ».

3.- La necesidad de compaginar la eficacia directa y vinculante de las innovaciones contenidas en la Constitución y el principio de seguridad jurídica que también informa el ordenamiento jurídico y es objeto de reconocimiento **constitucional**, llevó al Tribunal **Constitucional** a otorgar una limitada eficacia retroactiva a la Constitución en relación a las situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor.

En la STC 43/1982, de 6 de julio de 1982 , el Tribunal **Constitucional** declaró:

« Ahora bien, sabido es que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario ( artículo 2.3 del Código Civil ) y que la Disposición final de nuestra Constitución estableció que ésta entraría en vigor «el mismo día de la publicación de su texto oficial en el «Boletín Oficial del Estado», sin que ni en esta cláusula final ni en ningún otro pasaje del texto **constitucional** exista precepto alguno que establezca su retroactividad ni en términos generales ni en relación con el artículo 14, cuya aplicación se pretende en este caso. Es cierto, sin embargo, que el inciso final de la disposición transitoria 2.ª, 1, de la LOTC permite una débil eficacia retroactiva de la Constitución en relación con leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a ella y que "no hubieran agotado sus efectos" » .

4.- La aplicación de esta doctrina en el campo de la sucesión hereditaria debe llevar, según mi punto de vista, a que en aquellas sucesiones en las que no se hubiera producido la aceptación de la herencia por todos los herederos antes de la entrada en vigor de la Constitución, la retroacción de los efectos de la aceptación al momento de la muerte del causante que prevé nuestro Código Civil no debe obstar a que el régimen legal aplicable, en cuanto a la trascendencia de la filiación en la sucesión hereditaria, haya de ser el que deriva del principio de no discriminación por razón de filiación introducido por la Constitución, en vigor cuando se produjo la aceptación de la herencia. Y si se considerara que la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo , constituye un obstáculo insalvable, por no permitir otra interpretación, para dicha aplicación de este criterio, al tratarse de una ley postconstitucional procedería el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal **Constitucional**.

5.- Dentro de la significación primordial de la Constitución en el sentido de « establecer un orden de convivencia, singularmente en relación con derechos fundamentales y libertades públicas, debiendo por ello reconocerse que puede afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad » ( STC 35/1987, de 18 de marzo ), considero que la no discriminación de los hijos por razón de su filiación matrimonial o extramatrimonial constituye un principio básico del nuevo orden de convivencia, que puso término a una discriminación odiosa. En consecuencia, no puede privarse a dicho principio de ese limitado efecto retroactivo que la jurisprudencia **constitucional** ha reconocido a la Constitución respecto de situaciones o relaciones jurídicas no consumadas en el momento de su entrada en vigor. Rafael Saraza Jimena. Firmado y rubricado.