

## Capacidad para suceder y Constitución \*

LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI

Catedrático de Derecho Civil

Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco (San Sebastián)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 1 DE JUNIO DE 1981. 1. Supuesto de hecho. 2. La cuestión de inconstitucionalidad.—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JUNIO DE 1981. 1. La Sentencia casa la de la Audiencia Territorial de Barcelona. 2. El plazo de caducidad del artículo 255 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña. 3. Despenalización del adulterio e indignidad. 3.1. La remisión del artículo 253 de la Compilación Catalana a las causas de indignidad del artículo 756 del Código Civil. 3.2. La necesidad de una sentencia criminal firme. 3.2.1. El párrafo segundo del artículo 758 del Código Civil. 3.2.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980.—IV. EL MOMENTO DE LA MUERTE DEL CAUSANTE COMO REFERENCIA TEMPORAL PARA CALIFICAR LA CAPACIDAD PARA SUCEDER: ARTICULO 758 C. C. 1. Complejidad de la calificación. 2. La Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de enero de 1945.—V. EL PLAZO DE CADUCIDAD DEL ARTICULO 762 DEL CODIGO CIVIL. 1. La nulidad del negocio jurídico testamentario. 2. La capacidad relativa para suceder e indignidad. 3. Alcance del plazo de caducidad del artículo 762. 3.1. La controversia doctrinal. 3.2. La Sentencia de 21 de mayo de 1910. 4. El párrafo cuarto del artículo 255 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña.—VI. ¿A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA DE 13 DE MAYO DE 1981 HAY EN ESPAÑA HIJOS ADULTERINOS? 1. Los artículos 14 y 39 de la Constitución y el artículo 53 de la misma. 2. La Ley de 13 de mayo de 1981 como desarrollo de preceptos constitucionales. 3. Las disposiciones transitorias de la Ley de 13 de mayo de 1981. 4. La capacidad para suceder y la filiación.—VII. CONCLUSION.—ADDENDA.

### I. INTRODUCCION

Las relaciones sexuales extramatrimoniales —consideradas como «torpes» o adulterinas— han sido objeto de consideración por nuestra jurisprudencia, en orden a la firmeza de una institu-

\* La Ley de 20 de marzo de 1984 sobre la Compilación de Derecho Civil de Cataluña («B. O. E.», 4 mayo) modifica, en su artículo 27, el capítulo I del título quinto del libro segundo de dicha Compilación. En concreto, se suprimen los números 2 y 3 del primitivo artículo 252 y el artículo 255 contiene exclusivamente —prácticamente inmodificado— su primitivo párrafo cuarto. Este trabajo es anterior a dicha reforma.

ción hereditaria determinada. En esta ponderación jurisprudencial cabe distinguir ciertas etapas.

### 1. Antes de la promulgación del Código civil.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1861, 24 de febrero de 1866 y 27 de junio de 1867 contemplan pleitos en los cuales se establece la inoficiosidad o nulidad de una disposición testamentaria en favor de personas que hubiesen mantenido relaciones torpes o adulterinas con el testador. Las sentencias ponen fin a procesos iniciados respectivamente en La Habana, Sevilla y Barcelona; es decir, Ultramar, territorio de derecho común y una región eminentemente foral. El espectro, desde este punto de vista, no puede ser más completo.

La sentencia de 24 de febrero de 1866 que casa la sentencia pronunciada por la Sala segunda de la Audiencia de Sevilla de 21 de febrero de 1865 establece en su primer considerando que: «la ley 12, título VII, Partida Sexta declara terminantemente que la libre facultad de testar y disponer de sus bienes en favor de extraños, que tiene todo aquel que al morir no deja ascendientes ni descendientes, pudiendo en tal caso pretetir o desheredar a sus hermanos, se halla limitada por la prohibición de establecer por heredero «a tal ome fuese de mala vida o enfamado ca estonce —prosigue declarando la ley— non valdría el establecimiento de tal heredero, ante dezimos que el hermano puede quebrantar el testamento o aver la heredad de su hermano».

El título VII de la Partida Sexta trata «de como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deve heredar sus bienes». Y en la Ley 12 establece que «un hermano puede deseredar al otro con razón, e sin razón». Esta es la regla general, respecto de la cual el tratamiento del «torpe» instituido, impugnado por el hermano, es excepcional.

La Ley 12 del título VII, encuentra su complemento en la Ley 2 del título VIII («De cómo puede quebrantar el testamento aquel que es deseredado en el a tuerto, a que dizen en latín *querela inofficiosi testamenti*»). Dicha Ley 2 se ocupa del ejercicio de la querela por el hermano del testador, excluyéndola «fuera ende, si aquel que fuere establecido por heredero fuere ome de mala fama».

La Ley 3 del título III de dicha Partida Sexta al regular «quien no puede ser establecido por heredero» tipifican el fruto de la relación adulterina, pero no la relación adulterina misma. «Non puede establecer por heredero a ninguna persona que fue nacida de dañado coito, que quiere tanto dezir, como de vedado ayuntamiento, así como de parienta, ó de muger religiosa».

La Ley 12, título VII, Partida Sexta, aplicada con rigor, por las tres sentencias que hemos citado, muestra una inequívoca proximidad con la disposición número 27, título XVIII. (De inoficioso testamento) del Libro III del Código de Justiniano. Este refunde,

en una, dos disposiciones de Constantino que perfilan, en el sentido ya mostrado, el ejercicio de la querela. Frente a la regla general de la falta de accionabilidad de los hermanos, estos «inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis...». En este sentido, de Constantino a las Partidas únicamente es observable una gradual simplificación o ampliación de la legitimación de los hermanos. Justiniano, respecto de Constantino, no distingue prácticamente entre uterinos, consanguíneos, y por supuesto deja de lado la cuestión de la agnación. Las Partidas ya sólo hablan de hermanos.

Por ello la jurisprudencia anterior al Código, contempla demandas interpuestas por hermanos del testador contra disposiciones que favorecen a personas torpes. Propiamente hablando no se trata, por tanto, de la configuración técnica de la incapacidad relativa para suceder; en todo caso ésta resulta —como efecto reflejo— del ejercicio de la acción de inoficiosidad.

Conviene retener esto porque, la traducción de la «turpitud» en incapacidad relativa para suceder trae como consecuencia una ampliación de la legitimidad para impugnar. Por ejemplo: el cónyuge del testador, que no es mencionado en la Ley 12, título VII de la Partida Sexta, que es la que tiene vigencia, a lo largo del siglo XIX, antes de la aparición del Código civil.

## 2. Después de la promulgación del Código civil.

El Código civil de 1889, como el resto de las legislaciones modernas, va a privar de relieve a la «turpitud» (1). Sin embargo, el artículo 5, de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, es claro al señalar que «las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código». Regla ésta que tendrá su refrendo en el régimen establecido en el inicial título preliminar del Código civil, en concreto en los artículos 12 y 13 del mismo.

De ello se siguen dos consecuencias. Primera, que aparte de la no recepción por el Código civil de la «turpitud», la disposición final —derogatoria— del Código civil (art. 1976) priva de cualquier vigor a la Ley 12, título VII, de la Partida Sexta, que aun aplicada en Cataluña por la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1867, nunca puede ser entendida como integrante del derecho privativo «subsistente» en Cataluña. Segunda, que a pesar de ello, el trasunto romanístico de dicha disposición legal sí que subsiste.

De todo ello, es buena muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1921. En esta sentencia —posterior al Código y anterior a la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña— es de observar lo siguiente. La perspectiva —legítima-

---

(1) FAUS-CONDOMINES, *Derecho Civil Especial de Cataluña*. Barcelona, 1960, página 293.

ción— desde la que se perfila el pleito es la clásica: «si frater instituerit suam concubinam». En la demanda se alega tanto el derecho de Partidas y la jurisprudencia anterior al Código —sentencias de 24 de febrero de 1866 y 27 de junio de 1867— como el derecho justinianeo. El Tribunal Supremo en sus considerandos únicamente pondera este último, por razones obvias. La demandada —absuelta— entiende que las Partidas es derecho no aplicable en Cataluña; afirmación que parece hecha no sólo teniendo en cuenta la disposición final derogatoria del Código civil, sino también razones de tipo histórico: nunca debió de ser aplicable, parece decir Por otro lado no deja de observar que «es discutible si en la vida moderna subsiste el concepto de persona 'torpe'». Por último, tanto el Juez de Primera Instancia del distrito del Hospital, como la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, absuelven a la supuesta concubina de la demanda, y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación recordando (primer considerando), que «con arreglo a la legislación justiniana la primitiva facultad de graduar y calificar el concepto que en "publica estimatio" pueda merecer la conducta de una persona está reservada, con previsor criterio, al prudencial y razonado arbitrio de los juzgadores».

El proceder del Tribunal Supremo, en este período singular —en el cual el derecho catalán no está inequívocamente fijado en un único texto— es francamente cauteloso y ponderado. Y loable, porque —hay que admitirlo— a pesar de la vigencia, por inercia histórica o tradición, del peculiar régimen de la «turpitud» en un derecho —que como todos los forales, territoriales o privados— exigía un esclarecimiento sistemático, su coonestación con los tiempos era más que discutible.

### 3. *El artículo 252, números 2 y 3, de la Compilación de Derecho Civil Espacial de Cataluña de 1960.*

Con la labor compiladora y, en principio, con la aspiración limitada que el Congreso Nacional de Zaragoza de 1946 daba a esta tarea —claramente instrumental: su esclarecimiento a ciertos efectos, sin merma de su efectiva entrada en vigor— llegó para el problema que analizaremos todo lo que en él se echaba en falta.

En primer lugar, su efectiva vigencia social. Más o menos contrastada, quedó resuelta al ser incorporada a una norma para entendernos, moderna. Con su positivación, el esclarecimiento sistemático, entre el cúmulo de fuentes y textos de que se nutrían estos fenómenos, igualmente quedó zanjada. En tercer lugar su perfil técnico: pasó de ser un matiz especial dentro del régimen de la inoficiosidad a una incapacidad relativa absoluta para suceder. Puede parecer una sutileza, pero no lo es. La «turpitud» gana en entidad. En primer lugar, por su formulación genérica dentro de las capacidades para suceder. En segundo lugar, por la lógica

abstracción que dota dicho tratamiento al problema de la legitimación. Y con ello un problema añadido, impensable en su origen histórico, y muy difícil de resolver dentro del régimen conceptual de la nulidad testamentaria: ¿estamos ante un supuesto de mera impugnabilidad o ante un caso de nulidad radical?

De la ampliación de la legitimación para instar la nulidad de la disposición testamentaria, da buena cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1970. En este caso, la demanda es planteada por el cónyuge y los hijos matrimoniales del testador, al fallecer éste en 1965, instando la declaración de nulidad del testamento, otorgado en 1948. Los cónyuges mantenían una separación de hecho desde 1931, y el testador convivió y tuvo dos hijos con otra mujer, a la que, en dicho testamento, instituye heredera.

Teniendo en cuenta, el nuevo carácter que la «turpitud» otorga el artículo 252 de la Compilación Catalana, la demanda fue atendida, confirmada y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. En dicho recurso se alegó, en el primer motivo, la sentencia de 19 de enero de 1921. Pero el Tribunal Supremo, dado el carácter genérico e inmatizado del artículo 252 no puede, ahora, recordar como lo hizo en 1921 la gradualidad del fenómeno y la discrecionalidad del juez, que parecía reconocer la legislación justiniana.

Al mezclar la sentencia de la Audiencia razones de preterición y de incapacidad para declarar la nulidad, y siendo las primeras discutibles, el Tribunal Supremo en el quinto considerando de la sentencia esclarece «que la aludida preterición (discutida en el recurso) no se utiliza como causa única y determinante de la decretada nulidad, sino que se emplea como argumento «ad maiorem». Por el contrario resalta, del texto de la sentencia recurrida, aquel pasaje que establece como «evidente la nulidad de la cláusula de institución de heredero por concurrir en ambos instituidos la incapacidad de suceder establecida en los números segundo y tercero del artículo 252 de la Compilación».

#### 4. *El problema después de la Constitución de 1978 (2).*

Con la Constitución de 1978 va a cambiar notablemente el contexto normativo dentro del cual se elaboró, discutió y aprobó la Compilación Catalana de 1960. Sin que ello suponga que, en la jurisprudencia del Supremo, no encontremos alguna sentencia que aplique la doctrina anterior. Buen ejemplo de ello, es la sentencia de dicho tribunal de 22 de junio de 1981. Esta sentencia presenta las siguientes peculiaridades.

En primer lugar, planteándose, dentro del caso que aborda, un

---

(2) No utilizaremos en el trabajo, aunque no conviene desconocerla, la vertiente que abre el artículo 10.2 de la Constitución. Acerca de este extremo vid. «Caso Marckx», Sentencia de 13 de junio de 1979 del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

problema de caducidad, va a aclarar que la «incardinación (de la relación adulterina de la favorecida en el testamento con el testador, distinta del adulterio de la mujer del testador) en la causa de incapacidad relativa para suceder, *al ser insubsanable* y por ello no dispensable, no puede estar sujeta a la caducidad prevista en el último párrafo del artículo 255» de la Compilación Catalana. Caducidad apreciada por los tribunales de instancia catalanes, que justifica el primer motivo del recurso de casación por infracción de ley, y al ser este extremo evidente «huelga entrar en el examen del resto de los motivos».

La sentencia no emplea los términos de nulidad absoluta o radical, pero aplica dicho régimen, contra el parecer de los tribunales catalanes y cuando estatutariamente está prevista la casación en materia de derecho privativo dentro de dicha comunidad (Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 19), y todo ello en 1981, seis años después de que el nuevo título preliminar incorporase el artículo 3 del Código civil, en su actual redacción. En cualquier caso, esta sentencia —que por sí sola no sienta doctrina, y tal vez la desaparición del precepto impida la reiteración— aleja el régimen de la «turpitud», a través de su consideración como incapacidad para suceder, de la originaria y limitada —«si frater»— impugnabilidad.

Por otro lado, esta sentencia (22 de junio de 1981) se dicta con escaso margen de diferencia, respecto de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1981. Sentencia que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Magistrado - Juez de Primera Instancia (n. 7) de Barcelona, sobre el artículo 252, números 2 y 3 de la Compilación de Cataluña, en relación con el artículo 39.2 de la Constitución, surgida en el Juicio Declarativo de Mayor Cuantía número 305/79 V, que posteriormente, concluyó mediante sentencia dictada por el dicho Magistrado - Juez, con fecha de 3 de diciembre de 1981, que a su vez fue apelada, pudiendo llegar —y es previsible— mediante recurso de casación al Tribunal Supremo.

Como indica el sumario nos detendremos en cada una de estas sentencias. Cabe señalar, posiblemente sin precipitación, que la seguridad con que procede el Tribunal Supremo con la sentencia del 22 de junio de 1981 es, al menos, discutible.

##### 5. *El Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución.*

Celebrado en Zaragoza, 29 de octubre - 1 noviembre 1981, tuvo una doble temática. Por un lado el artículo 149.1.8 de la Constitución; por otro lado el tema de la vecindad foral. En las conclusiones relativas a la ponencia que se ocupó del primer tema, concretamente en la séptima, leemos lo siguiente en su párrafo segundo, «in fine»: «la eficacia derogatoria de la Constitución respecto de

cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en ella alcanza a las Compilaciones vigentes, del mismo modo que a las demás leyes españolas».

6. *Dictamen elaborado por una comisión de trabajo del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya sobre «Reforma de la Compilación del Drot civil de Catalunya».* Febrero de 1982.

En su exposición de motivos se señala que por lo que se refiere a las incapacidades sucesorias se suprimen los números segundo y tercero del artículo 252; la última por manifiesta inconstitucionalidad y la primera por no ser conforme con las actuales circunstancias, y contrarias, ahora, al principio de la más amplia libertad de disposición «mortis causa».

7. *La Sala (2.ª) de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.*

Con loable criterio, en materia de dudosa constitucionalidad, como son los artículos 321 y 322 de la Compilación Catalana, dicha Sala en sentencias de 11 de octubre de 1982, 15 del mismo mes y año, 30 de septiembre de 1983 y 6 de octubre de 1983 los ha declarado —los artículos 321 y 322— inaplicables por opuestos a la Constitución. Sigue así la Sala el camino indicado en el párrafo 3 de la Disposición Derogatoria. Como razones argumentales aducen los artículos 14 y 32 de la Constitución, la legislación del Parlamento Catalán en la época republicana —Ley de 19 de junio de 1934— y la actual existencia de un Anteproyecto de Ley de adaptación de la Compilación a la Constitución y al Estatuto de Cataluña que propone la supresión de la prohibición de interceder a la mujer catalana. Es de esperar que en dicho Anteproyecto de Ley se recoja el criterio del Dictamen antes visto acerca de los números 2 y 3 del artículo 252. Y en cualquier caso que el tratamiento jurisprudencial siga las pautas, que en este otro punto, indica la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 1 DE JUNIO DE 1981

1. *Supuesto de hecho.*

Al quedar la justicia constitucional reservada —siguiendo el modelo kelseniano— a un órgano especializado, propiamente no cabe hablar de supuesto de hecho. Por así decirlo, materialmente, el Tribunal Constitucional nunca dice el derecho. Si se emplea, por tanto, la expresión supuesto de hecho es a efectos meramente expositivos, y entendemos por tal, siguiendo el artículo 163 de la

Constitución, aquel *proceso* en el que se plantea una duda acerca de la constitucionalidad de una norma a aplicar. Porque, la sentencia del Tribunal Constitucional que estudiamos resuelve una cuestión de inconstitucionalidad. Faceta esta de la justicia constitucional —según el modelo señalado— más característica, y tal vez más paradójica.

Pero vayamos con el proceso —supuesto de hecho— que da lugar a la sentencia. Se trata de un conflicto de intereses, producido en Cataluña, dentro de la línea temática que venimos examinando.

El testador otorgó testamento notarial abierto el 21 de agosto de 1975, falleciendo el 25 de agosto de 1975. Es decir, cuatro días después. El testador —separado de su mujer con la que había tenido un hijo— declara en el testamento ser viudo y estar casado en segundas nupcias. Instituye heredera a su segunda mujer, con la que había tenido otro hijo, «sin perjuicio de los derechos legítimos reservados a sus hijos».

Basta tener en cuenta, que la demandante es su «primera mujer», para entender que el testador no era viudo y que por tanto —salva siempre una hipotética nulidad— con anterioridad a 1975 no había segundas nupcias; por el contrario, «la segunda mujer» mantenía con el testador esa relación que describe el número 2 del artículo 252 de la Compilación Catalana, y el hijo habido con ella es un fruto, calificado y previsto a efectos sucesorios, por el número 3 de dicho precepto.

La fecha de la demanda no consta en la sentencia; sí la de la contestación a la misma: 1 de octubre de 1979. Es, hasta cierto punto, lógico que en ella se recuerde que según el artículo 3 del Código civil se tendrá en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas)», y además, que desde que se promulgó la Constitución, 28 de diciembre de 1978, y entró en vigor el artículo 39, apartado 2, de la misma, el artículo 252, número segundo y tercero, es claramente anticonstitucional.

Concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, a instancia de parte (demandada), mediante auto —de 7 de noviembre de 1980— el Juez acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad acerca del artículo 252, números 2 y 3 en relación con el artículo 39, apartado 2, de la Constitución.

El 1 de junio de 1981 el Tribunal Constitucional dicta sentencia, en cuyo fallo decide «no haber lugar a pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la norma cuestionada».

El 3 de diciembre de 1981, el Magistrado - Juez del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número siete, dicta sentencia desestimando la demanda, y dejando imprejuzgada la acción ejercitada en cuanto al fondo, «en atención a aquel obstáculo procesal». Cuál, cabe preguntarse. La excepción procesal de falta de litis-consorcio pasivo necesario opuesta por los demandados. Excepción apreciada por no haber demandado al Ministerio Fiscal, y como en el complejo «petitium» de la demanda, se pide la nuli-

dad del testamento, implicando, de este modo, la legitimidad del hijo adulterino, que sin embargo constaba en el Registro Civil como legítimo, y además, se pide declaración de herederos ab intestato, a favor de los actores, al no dirigir la demanda, también contra el Ministerio Fiscal, la litis no puede estar regularmente constituida.

## 2. La cuestión de inconstitucionalidad (3).

Afirmamos antes que, probablemente, la cuestión de inconstitucionalidad sea el rasgo más característico de nuestro sistema de justicia constitucional. Se trata de «sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido». (Sent. T. C. 1 de junio de 1981. Fundamentos jurídicos, pág. 6. «B.O.E.» 16 junio 1981, Suplemento al núm. 143). Es decir, sustraer la *posibilidad* que caracteriza, y eleva a carácter paradigmático la «judicial review» norteamericana —en la que, evidentemente, no se ha inspirado el constituyente (art. 163 Constitución)—: «si los Tribunales deben respetar la Constitución y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario del poder legislativo, la Constitución y no las normas legislativas deben regular un caso en litigio en el que estas dos normas podrían ser aplicables» (4).

Como se ve, se trata de confinar el juicio constitucional en un órgano especializado, que por ello no conoce de conflictos de interés, y de vedar a éstos —tribunales ordinarios— el juicio constitucional. Señalamos antes que esto puede tener algo de paradójico —al menos, que es difícil que se produzca en toda su pureza— y de alguna manera, la sentencia que analizamos puede mostrarlo.

Veámoslo. En primer lugar, conviene tener en cuenta, que para que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de una norma cuestionada, a través de una cuestión de inconstitucionalidad, no basta con que dicha norma sea inconstitucional.

Luego no se trata de un puro y abstracto contraste entre normas: la Constitución y la norma inferior cuestionada. Se requiere además, lo que podemos llamar un motivo de oportunidad. Oportunidad que siempre es circunstancial, contextual y que impregna de proximidad al conflicto de interés ese juicio, en principio, especializado y enajenado de cualquier realidad.

En qué consiste ese motivo de oportunidad. Consiste, en que pueda afirmarse de la norma cuestionada, el que de su «validez

---

(3) Vid. Comentario al artículo 163 de Garrido Falla, en Comentarios a la Constitución. Madrid, 1980, pág. 1711. Dado el carácter decisivo que tuvo en cuestión Alzaga, vid. comentario de dicho autor al mismo precepto en La Constitución Española (comentario Sistemático). Madrid, 1978, pág. 939.

(4) MARBURY V. MADISON 1803. Vid. en L. SÁNCHEZ AGESTA. Documentos Constitucionales y textos políticos. Madrid, 1982, pág. 99. Acerca de la trascendencia de este caso debido al Juez Marshall, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid, 1981.

dependa el fallo» (art. 163 de la Constitución). Por eso, el Juez al plantear la cuestión deberá «justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma cuestionada» (artículo 35.2 L.O.T.C.). Esta «dependencia» y su correlativa «motivación» se erigen en requisito inexcusable, para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Este extremo es extraordinariamente sutil. ¿Vincula al Tribunal Constitucional la «motivación» que realiza el órgano judicial? Parece que no. «Es claro que en ningún caso puede entenderse la admisión de una cuestión de este género como una corroboración que el Tribunal Constitucional hace del juicio de aplicabilidad formulado por el órgano judicial proponente». (Sent. T. Const. 1 junio 1981. «B.O.E.» cit., pág. 6). ¿Significa esto que el Tribunal Constitucional selecciona la norma aplicable, así sea indirectamente? Parece que no. «El órgano judicial que plantea la cuestión es así, en principio, el competente para determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables al caso que ha de decidir, y el control del Tribunal Constitucional sobre este primer requisito ha de limitarse, por decirlo así, a juzgar por las apariencias». (Sent. T. Const. 1 junio 1981. Loc. cit., pág. cit.).

Aquí es donde resalta una cierta contradicción de la Sentencia que analizamos al añadir más adelante: 1) «tal apariencia existe sin duda alguna», y 2) «Ese fallo no depende pues, en modo alguno, del pronunciamiento que este Tribunal pudiera hacer sobre los efectos derogatorios que hayan de atribuirse a la probable contradicción entre la norma cuestionada y la Constitución».

Es este segundo término del razonamiento —ciertamente teso— el que justifica el fallo: «No haber lugar a pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la norma cuestionada».

Lo que no es obstáculo para que en los fundamentos jurídicos de la sentencia, «in fine», «in extremis» se reconozca que por vía interpretativa, no a través de un juicio de constitucionalidad, la norma pueda ser inaplicada por el propio Juez, si la considera contraria a la Constitución. Inaplicación que habría de entenderse como intrascendente, puesto que el fallo no depende de la misma. Y sabemos que no es así.

Rápidamente, se objetará a mi razonamiento, que el Tribunal Constitucional no incurre en tamaña contracción. Lo que opone es un pronunciamiento constitucional a una labor interpretativa. El fallo en modo alguno depende del primero, aunque puede depender de la interpretación. Cierto. Pero no es menos cierto que la no dependencia del fallo —en el sentido del artículo 153 de la Constitución— se motiva en argumentos de derecho civil, material. De acuerdo con el Código civil (arts. 657 y 758) el problema planteado no hace al caso: el causante murió antes de que la Constitución entrase en vigor. Por tanto antes de la entrada en vigor se efectuó la «mágica» transmisión de derechos (art. 657) y a aquel mágico momento hay que referir la capacidad de suceder (art. 758) medida por el artículo 252 de la Compilación Catalana. «Ergo» la

transmisión se produjo, y el obstáculo era firme, todo ello antes del 29 de diciembre de 1978.

Con cierta coherencia el Tribunal Constitucional debería haber concluido: luego, subsistente el obstáculo, la transmisión no se produjo, y ha lugar a la demanda planteada en el J.P.I. (a 7) de Barcelona.

Es decir, no se pueden utilizar argumentos de tipo material para justificar un pronunciamiento formal. Este es mi punto de vista. Utilizando esos argumentos, carece de esa pretendida asepticidad, la afirmación «el fallo no depende». Porque téngase en cuenta que, por vía interpretativa, no se aplica la norma cuestionada —de la que sí depende el fallo— se destroza la argumentación de la innecesariedad del pronunciamiento constitucional. Porque si se inaplica el artículo 252 de la Compilación Catalana, dicha inaplicación se produce de espaldas a los artículos 657 y 758 del Código civil y en atención al artículo 3 de dicho cuerpo legal, o más propiamente al apartado tercero de la disposición derogatoria de la Constitución (5).

Claro; pero una cosa es derogación y otra inconstitucionalidad y otra interpretación, se objetará. Efectivamente, pero ante lo que estamos es ante un problema de derecho transitorio y sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al afirmar —«no haber lugar...»— en base al artículo 758.

En definitiva, quiérase o no, el Tribunal Constitucional entra en la cuestión de fondo, y sobre todo y, esto es lo grave, selecciona la norma aplicable. Hasta que este punto no se advierte, la sentencia resulta mareante. Pero la perplejidad se desvanece, al advertir que la opción por el artículo 758, en relación con el 657 del Código civil, es una opción que debe producirse dentro de la ponderación del conflicto de interés. En el terreno del Juez ordinario.

De extraordinariamente sutil calificábamos el perfilamiento técnico de la cuestión de inconstitucionalidad. Es lo que queríamos mostrar, junto con la difícil pureza a que aspira una justicia constitucional especializada y la posible complejidad que añade a la justicia genéricamente considerada (6).

Acerca de la opción por el artículo 758, en relación con el 657,

---

(5) La Corte Constitucional italiana en sentencia de 28 de diciembre de 1970. Il Foro italiano, 1971. Parte Prima, pág. 1, declaró «ilegítima por violación del artículo 3 de la Constitución (y no del artículo 30.3), el artículo 593 del Código Civil que disciplina la capacidad de recibir por testamento de los hijos naturales no reconocibles».

Argumenta la sentencia que «los hijos naturales no reconocibles vienen a encontrarse en situación de desfavor respecto de otros extraños a la familia legítima». La constitucionalidad de la norma parece cuestionada por el Tribunal correspondiente de Milán, presumible una cuestión de inconstitucionalidad.

(6) «Si el artículo 163 presupone que la validez de la norma objeto de la consulta depende del fallo, mal puede fallarse mientras la duda sobre la validez no se disipe, ¿se trata, pues de un precepto internamente contradictorio?». GARRIDO FALLA. Comentarios a la Constitución. Madrid, 1980, pág. 1714.

nos ocuparemos más adelante. Porque como toda opción, es eso, algo que cuenta con un apoyo tópico claro, pero no algo que se apoya en una realidad ontológica.

### III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JUNIO DE 1981

#### 1. *La Sentencia casa la de la Audiencia Territorial de Barcelona.*

En testamento notarial abierto, otorgado el 24 de abril de 1957, D. Gregorio instituía heredera a Doña Dolores, nombrando sustituto al hijo común D. Jaime. D. Gregorio Luis, hijo del matrimonio de D. Gregorio con Doña Pilar, esposa por tanto del testador, viva, de la que se había separado de hecho unos veinte años, interpuso demanda de nulidad del testamento al amparo del artículo 252, números 2 y 3 de la Compilación Catalana.

Entre otros argumentos, en la contestación a la demanda, se alega caducidad de la acción. El juez titular del J. P. I. (n. 3) de Barcelona, dictó sentencia con fecha 17 de septiembre de 1977, confirmada por sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona con fecha de 21 de marzo de 1979, absolviendo a los demandados.

D. Gregorio Luis interpuso recurso de casación por infracción de ley. El primer motivo según se desprende de la sentencia dice así: «al amparo del número 1.º del artículo 1.692 L.E.C. por infracción, por aplicación indebida, del párrafo 3 del artículo 255 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. Mi mandante accionó en la instancia al amparo de los números 2 y 3, art. 255 de la Compilación que contempla una situación de incapacidad relativa para suceder, derivada de que el propio causante casado, ha tenido trato adulterino con la instituida (núm. 2), con la que ha engendrado al demandado D. Jaime, por esto también incapaz (núm. 3), y a esta situación de incapacidad no le es aplicable un precepto (párrafo 3, art. 255: caducidad de la acción transcurridos cinco años), que forma parte de la regulación de la indignidad para suceder, institución distinta, como indebidamente hace la Sala».

El Tribunal (4.º Considerando) entiende que «procede acoger el motivo precedente examinado (primer motivo transcrito), y como quiera que tal acogida determina la casación de la sentencia que se recurre, huelga entrar en el examen del resto de los motivos».

Resaltamos este aspecto del pleito, del recurso de casación, de la sentencia del Tribunal Supremo, para mostrar que aún siendo la situación mucho más compleja, evidentemente esta es la «ratio decidendi», y por tanto, la especificidad de la sentencia en orden al tema que examinamos, patente.

Por otro lado, aunque doctrinalmente compleja, la solución dada por el Tribunal Supremo desde la literalidad de la Compilación es rotundamente clara. Tan clara y tan notoria, que inmediatamente surge la pregunta, de por qué no procedió en 1979 de igual manera, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

La anterior sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1970, que examinó un caso semejante, declaró no haber lugar al recurso de casación contra una sentencia, de la misma Audiencia, que aplicaba en todo su rigor el artículo 252 de la Compilación. Es decir, que lo que en 1966 es claro para dicha Audiencia no lo es tanto en 1979. Fecha, en la que tal vez, teniendo en cuenta el cambio producido por la Constitución de 1978, la importancia hermenéutica en la aplicación, que supone el artículo 3 del Código Civil, en su redacción de 1975, argumentó con generosidad al interpretar el párrafo 3 del artículo 255 de la Compilación Catalana.

Aferrarse a la literalidad del precepto y al formulismo del recurso de casación, cuando veintiún días antes el Tribunal Constitucional, en la sentencia que antes examinamos, afirma que el sentido del artículo 252 de la Compilación «responde a una valoración social de determinadas relaciones personales bien distinto al que subyace a los preceptos de nuestra Ley Fundamental»; extremo este sobre el que «todos los comparecidos (Abogacía del Estado, Fiscal General del Estado, Representante del Consejo Ejecutivo de la Generalidad, escrito del Presidente del Parlamento de Cataluña) en el presente proceso expresan, en efecto, su convencimiento de la «difícil compatibilidad entre la norma cuestionada (art. 252 Compilación de Cataluña) y nuestra vigente Constitución, especialmente en sus artículos 14 y 39.2», parece demasiado rígido. Sobre todo cuando, por así decirlo, el problema venía resuelto de instancia, en doble examen, y por aquellos llamados algún día a ejercer una competencia en el orden civil, que incluye «los recursos de casación y revisión en las materias de Derecho Civil catalán» (art. 20.1. a Estatuto de Autonomía de Cataluña) (7).

## 2. *El plazo de caducidad del artículo 255 de la Compilación de Derecho Civil Espacial de Cataluña.*

Afirmábamos anteriormente, que la apreciación del motivo del recurso de casación, tal como lo reproducimos, cuyo razonamiento doctrinal nos ocupará más adelante, es nítida.

Dice así el párrafo cuarto del artículo 255 de la Compilación de Cataluña: «en éste y en cualquier otro caso de *indignidad* caducará la acción transcurridos cinco años desde que el *indigno* de suceder se hallare en posesión de los bienes en calidad de heredero o legatario».

---

(7) Vid. también el artículo 19 del Estatuto y artículo 152, párrafo 2, Constitución.

La delimitación literal de la caducidad a la indignidad podría en todo caso, verse comprometida por el propio comienzo del párrafo: «en este». Pero «en este», es el supuesto del párrafo anterior (tercero del precepto), que trata también de una causa de indignidad.

Efectivamente, el párrafo cuarto del artículo 255 habla de indignidad y el artículo 252, en todos sus números, de incapacidad relativa total para suceder.

Por ello, con las salvedades que hemos hecho, el razonamiento del primer motivo de casación, consideradas así las cosas es incontestable. Y por sí sólo justifica su apreciación. Que no obstante, y no sería la primera vez, admitiría alguna inflexión correctora que permitiese mantener la intuición de la justicia en el caso concreto, tal vez advertida por los tribunales de instancia.

Podríamos también establecer una cierta simetría con el Código civil, averiguar el origen de dicho plazo de caducidad, etc. Pero de ello nos ocuparemos más adelante. Por ahora, baste con señalar, que, tal vez por influencia de Roca Sastre, el precepto —el plazo de caducidad— está más (mejor es discutible) perfilado en la *Compilación Catalana* que en el Código civil.

### 3. *Despenalización del adulterio e indignidad.*

La Ley de 26 de mayo de 1978 sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento, no tiene un alcance estrictamente penal. La norma que consta de cinco artículos se refiere, únicamente —aunque con carácter principal— al Código penal, en el primero de los mismos. Los otros cuatro se ocupan de la incidencia de la reforma en el ámbito civil. El artículo tercero, en su número uno establece que «se deroga el número cinco del artículo 756 del Código civil». ¿Qué establecía el número cinco del artículo 756? Lo siguiente: «Son incapaces de suceder por causa de indignidad: ... El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador».

#### 3.1. *La remisión del artículo 255 de la Compilación Catalana a Las causas de indignidad del artículo 756 del Código civil.*

Este precepto establece, en su párrafo primero, que «incurrirán en indignidad para suceder las personas comprendidas en algunos de los casos expresados en el artículo 756 del Código civil». La *Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña* fue aprobada por ley de 21 de julio de 1960. Esa es, por tanto, por decirlo así, la fecha del párrafo primero del artículo 255 de dicha *Compilación*.

El interrogante que se plantea es, si la ley de 1960 al remitirse al artículo 756 recepciona el precepto en su redacción originaria —vigente en 1960— o si la remisión es al precepto —art. 756— en aquella redacción y en sus futuras vicisitudes. La expresión «casos

expresados en el artículo 756 del C. c.» podría avalar la segunda hipótesis. Y en este sentido no deja de tener valor el comentario de Faus-Condornies al explicar que «el artículo 255 se remite en términos generales al Código civil, de acuerdo con la opinión que hemos sostenido reiteradamente de que no puede haber unas reglas de moralidad para los catalanes y otras para el resto de los españoles» (8). Opinión que suscribimos, pero que llevada hasta sus últimas consecuencias, convertiría en implantable todo el problema que aquí abordamos.

Porque, en definitiva, el problema es si una variación en la legislación común puede afectar al texto catalán. Y si le afecta una reforma penal con efectos reflejos en el Código civil, no vemos —aunque técnicamente el planteamiento es distinto— porque no puede el texto constitucional dejar sin sentido a los números 2 y 3 del artículo 252 de dicha Compilación. Porque el alcance de la Constitución —obviamente— es mayor que el de la ley de 26 de mayo de 1978, y además el tratamiento de las repercusiones civiles de la despenalización del adulterio es selectivo. El adulterio no queda suprimido como causa de separación, porque es incompatible con un contenido mínimo de la relación matrimonial; pero no es menos cierto que la ley de 7 de julio de 1981 no menciona la palabra y describe el supuesto con una terminología más flexible.

Es decir, conservando todo su vigor el número 2 del artículo 252 no se entiende porque la remisión del artículo 756 no mantiene el adulterio —para Cataluña— en su redacción originaria. Puesto que como Roca Sastre señala es más grave e irreparable la incapacidad para suceder que la indignidad. Lógicamente la explicación por práctica es sencilla. En un caso las cosas vienen dadas cómodamente, en otro requeriría una reforma que se muestra compleja. Por ello, la situación es comprensible. Si nos hacemos eco de una cierta perplejidad, lo hacemos en términos meramente expositivos y de contraste.

En cualquier caso el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de junio de 1981, al distinguir el adulterio como causa de indignidad y supuesto de incapacidad relativa, afirma, matizando el alcance de la remisión del artículo 255 de la Compilación Catalana el artículo 756 del C. c., «entre los que se encontraba, hasta la reforma operada en el año 1978, el condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador» (2.º Considerando «in fine» de la sentencia).

### 3.2. *La necesidad de una sentencia criminal firme.*

El antiguo número 5 del artículo 756 parece tener su raíz histórica. La ley XIII, del título VII de la Partida Sexta recuerda que «seis razones principales mostraron los sabios antiguos que por cada una de ellas debe perder el heredero la herencia del finado».

(8) FAUS-CONDORNIES, Ob. cit., pág. 294.

Tanto García Goyena como Vélez Sarsfield, al glosar los artículos 617, número 4 del Proyecto de 1851 y el artículo 3.294 del Código Civil Argentino de 1870 respectivamente, aluden a la transcrita disposición de las Partidas junto con el artículo 540 del Código de Austria.

No se encuentra vestigio de la misma, ni del adulterio en la enumeración, que de los supuestos de indignidad, hace el artículo 2.205 del Proyecto de Código civil de 1836.

### 3.2.1. *El párrafo segundo del artículo 758 del Código civil.*

En su redacción originaria decía así: «En los casos 2, 3 y 5 del artículo 756 se esperará a que se dicte sentencia firme...». Este párrafo no lo encontramos en los artículos 620 del proyecto de 1851 y 757 del Anteproyecto precedentes del artículo 758, en cuanto remite, la calificación de capacidad para recibir por herencia, al momento de la muerte del causante.

Este párrafo segundo, en su redacción originaria, por tanto haciendo referencia al derogado número 5 del artículo 756 del C. c., se presenta como una novedad del Código consecuente con la «criminalización» que del adulterio se hace a efectos de indignidad. Criminalización que resulta de la adopción de la expresión «condenado en juicio por adulterio». Esta criminalización no parece darse en el número 2 del artículo 252 de la Compilación Catalana que habla de «persona culpable de trato adulterino con el causante». La palabra culpable no parece estar empleada en sentido técnico penal. Por tanto se refiere a una conducta susceptible de prueba, pero no precisa de sentencia criminal. Diferencia muy importante. Porque una condena en juicio por adulterio requeriría: primero, querrela del marido agraviado (ex art. 450 derogado del Código penal), segundo, que el delito no hubiese prescrito pasados cinco años (ex artículo 113 Código penal, dado que la prisión menor —pena por adulterio— no excedía de seis años). Es lógico que el artículo 758, párrafo segundo del Código civil introdujese como novedad la necesidad de esperar a que «se dicte sentencia firme».

Por ello se explica que al despenalizarse el adulterio se derogase el número 5 del artículo 756 y no el número 1 del artículo 105, que señala como causa de separación —antes de la reforma de 7 de julio de 1981— «el adulterio de cualquiera de los cónyuges». En una y otra norma civil se recepciona el adulterio de forma diversa.

Por otro lado el «se esperará» del párrafo segundo del artículo 758, realmente no excepciona el párrafo primero: la referencia, para calificar, al momento de la muerte de causante. Pero la matiza, en un doble sentido. Primero, pone de manifiesto que aunque la referencia sea de pretérito (muerte del causante) la calificación es una operación de presente, que patentiza la necesidad de seleccionar la norma aplicable, y con ello plantearse su real vigencia. La referencia de pretérito no puede dar vigor a una norma

carente del mismo. En segundo lugar, según el artículo 24 del Código penal, «las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo condena». El beneficio que señala este precepto es claramente penal. La despenalización del adulterio podría beneficiar a un condenado en juicio por adulterio, pero ciertamente no por ello dejaría de ser indigno.

El problema se plantea, p. e., si el 18 de mayo de 1978 el marido agraviado interpone querrela por adulterio, muere el 20 del mismo mes, el 26 se sanciona la despenalización del adulterio, y publicada el 30 de mayo entra en vigor, en el plazo establecido por el artículo 2 del Código civil. Es claro que nunca habrá sentencia firme que establezca la condena por adulterio con la mujer del muerto, ya causante. Si muere intestado y el adúltero es el único colateral con derecho a la herencia, nunca, por aplicación del párrafo 2 del artículo 758 podía ser indigno. Y no porque la retroactividad —que en la ley de 26 de mayo de 1978 no se establece— alcance a la derogación del número 5 del artículo 756, sino porque por imperativo del artículo 24 del Código penal nunca habrá sentencia firme. De ahí, que aunque, el aspecto civil de la ley despenalizaría, no tenga efecto retroactivo y a pesar de que el artículo 758 en su párrafo primero nos remita el 20 de mayo —muerte del causante— como momento para calificar la capacidad, nunca podría establecerse que el colateral adúltero es indigno, y compartiría la herencia con la mujer adúltera.

Si muere testado, el caso, por lo menos aparentemente, es más complicado. Naturalmente en este caso el adúltero instituido como heredero o legatario —y presumiblemente indigno— puede ser un extraño, lo que es más normal y frecuente. Por sí sola la interposición de la querrela no lo transforma en indigno. Se requiere una sentencia que no va a llegar. Tampoco cabe hablar de desheredación porque ésta presupone un derecho propio y sólo puede efectuarse en testamento con expresión de causa legal (art. 849). Además, la expresión del adulterio como causa nos remite al número 5 del artículo 756 y a la necesidad de condena. Podría plantearse como problema de interpretación testamentaria y en ese sentido la querrela podría ser un indicio para indagar la voluntad del testador.

En el mismo sentido la ausencia de querrela, siendo el adulterio notorio es un caso claro de remisión tácita no contemplado en el artículo 757. Porque aun desconociendo el adulterio del instituido en el «tiempo de hacer testamento» (ex artículo 757) si después lo conoce y no se querrela no es precisa la remisión en documento público (también ex artículo 757) (9).

---

(9) De remisión tácita habla la Sentencia de 7 de marzo de 1980, pero refiriéndose al inciso primero del artículo 757, conocimiento de la causa de integridad al tiempo de testar. Aquí introducimos con el calificativo de tá-

Recuerdo que todo esto es una clara consecuencia de la criminalización del adulterio en su recepción en una norma civil. Criminalización no necesaria —véase antiguo número 1.º del artículo 105 del Código civil o número 2 del artículo 252 de la Compilación Catalana.

### 3.2.2. *La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980.*

El causante, don Antonio, fallece el 4 de enero de 1970. Había contraído matrimonio con doña Natividad en 1927, y fruto del matrimonio fue una única hija del mismo nombre que la madre. El matrimonio llevaba separado de hecho largo tiempo, con domicilios distintos, y doña Natividad convivía con toda notoriedad con otro hombre con el que contraería matrimonio dos años después del fallecimiento del causante. Muerto sin testamento, en el correspondiente juicio voluntario ab intestato se declara única heredera a la hija, respetando la cuota usufructual de la viuda y su derecho a la mitad de los gananciales.

Por vía incidental la hija, dada la notoriedad del constante trato adulterino de la madre, trata de impugnar el reconocimiento de derechos que a la misma se atribuye. La argumentación es variada, y lleva al Tribunal Supremo a ponderar la posible concurrencia del adulterio como causa de indignidad.

Reproducimos —aisladamente del resto del complejo razonamiento— parte del segundo considerando de esta sentencia. «Si ciertamente del resultado de lo actuado se revela que constante el matrimonio de don Antonio y doña Natividad, ésta tenía un hombre en el domicilio que habitaba, con el que contrajo matrimonio unos dos años después de quedar viuda, que pudiera llevar la apreciación de la recurrente a declararse la posibilidad de *una situación de hecho de adulterio*, ello en manera alguna determina la apreciación de la causa de indignidad apreciada en el número quinto del artículo 756 del Código civil en la redacción que le venía dada antes de la modificación efectuada por la Ley de 26 de mayo de 1978, por la que se rige la sucesión de la herencia quedada al fallecimiento del referido causante de que se trata, por ser la norma vigente en la fecha en que tuvo lugar, pues se requería entonces la existencia de *sentencia penal previa, no recaída en este caso, acreditativa del adulterio pretendido*».

Realmente el posible condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador para nada entraba en el conflicto de intereses. difícilmente cabía aquí hablar de indignidad, en consecuencia de posible desheredación, ni de remisión del ofendido, incluso ni de incapacidad relativa para suceder según el número 2 del artículo 252 de la Compilación Catalana —puesto que el adulterio no se relaciona con el causante—. Lo que nos lleva a la conclusión de

---

cita, una inacción del causante —con testamento o sin él— que impide el juego del antiguo número cinco del artículo 756; es decir, la ausencia de querrela criminal.

que en todo este juego a tres, la que siempre queda sucesoriamente indemne es la esposa del causante. Y como en el caso analizado la separación era de hecho y no judicial, según el Tribunal Supremo tampoco perdía su derecho a la cuota usufructuaria, como cónyuge viuda.

#### IV. EL MOMENTO DE LA MUERTE DEL CAUSANTE COMO REFERENCIA TEMPORAL PARA CALIFICAR LA CAPACIDAD PARA SUCEDER: ARTICULO 758 DEL CODIGO CIVIL

##### 1. *Complejidad de la calificación.*

El Tribunal Constitucional (Sent. 1 junio 1981) pone en relación correcta los artículos 657 y 758 del Código civil. De esta forma concluye: «en la medida en que el fallo del Juez haya de basarse precisamente en la existencia o inexistencia de capacidad sucesoria de los designados en testamento, ese fallo no depende, pues, en modo alguno, del pronunciamiento que este tribunal pudiera hacer».

Ahora bien, de los dos preceptos, el que de alguna manera prima es el artículo 657: «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte». En el supuesto, origen del pleito y de la cuestión de inconstitucionalidad, el «momento» señalado por el artículo 657, es el posterior al día de su muerte (26 de agosto de 1975). Fecha, que la propia sentencia del Tribunal Constitucional, fija y señala, y «a esa fecha es a la que hay que referir también la calificación de capacidad de los herederos o legatarios (artículo 758 del Código civil)».

Entre las dos normas hay alguna diferencia. El artículo 657 y en la medida en que semejante pretensión, esté al alcance de una norma jurídica, data un acontecimiento. Enlaza a un hecho una consecuencia jurídica: muerte transmisión. El artículo 758 marca una referencia temporal para medir la capacidad sucesoria. Frente a la indefectibilidad del contenido del artículo 657, el artículo 758 presupone una operación de aplicación de normas que tienen una referencia temporal: «al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate».

La óptica que ofrecen ambos artículos, aunque próxima, es diversa. El artículo 657 con visión de pretérito, nos sitúa ante algo que ocurrió, concluyó y se cerró en el terreno fáctico y jurídico, algo que es por ello notoriamente aporoblemático. Describe un proceso —en su sentido amplio— cerrado, concluso. Respecto del cual un cambio legislativo es irrelevante. Pero irrelevante no por razones de derecho transitorio, ni siquiera cronológicas. Se trata de un hecho por concluso, ya inexistente. De unas consecuencias diluidas y por ello inalcanzables por un cambio legislativo.

El artículo 758 por el contrario —y por así decirlo— implica una lectura de presente, para referir al pasado («al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate») unas normas

relativas a la capacidad para suceder. Es desde la óptica de este artículo, desde la que los hechos recogidos en el pleito se problematizan o al menos adquieren cierta dificultad, plantean alguna perplejidad.

Nos indica este artículo cómo debemos proceder en la calificación de dicha capacidad sucesoria. Nos invita a una tarea de aplicación de normas. No cierra la cuestión.

Ciertamente, por lo menos en apariencia, el talante de ambos preceptos parece incompatible, o por lo menos invita a entender, que uno arrastra en su suerte al otro. Si la transmisión se produjo, tuvo lugar teniendo en cuenta la capacidad de los posibles beneficiarios.

Por ello, conviene tener en cuenta, si el párrafo 1.º del artículo 758 es un mero corolario del artículo 657, o es una norma con cierta autonomía, así sea para llegar a la misma conclusión. Si es un mero corolario huelga toda consideración. Si presenta cierta autonomía, resulta que estamos ante una norma que invita a la aplicación de otras normas; con la misma referencia temporal; pero con la particularidad de que aún referida al pretérito la aplicación la efectuamos de presente: es decir, realmente, la realizamos.

Este matiz, sutil, parece escapar a la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1981. Sentencia que, repito, fecha, data un acontecimiento ocurrido (26 agosto de 1975) y que de esta forma excluye cualquier ponderación, cualquier problematización. Por ejemplo esta: ¿aún, referida la norma contenida en el artículo 252, 2 y 3 de la Compilación Catalana por imperativo del artículo 758, al 26 de agosto de 1975, es aplicable hoy cuanto se suscita en el conflicto de interés? ¿Aún referida al pretérito, es irrelevante el momento en que se efectúa la operación de la norma, de calificación?

Invirtamos los términos. Supongamos —por vía de hipótesis que por inconstitucionalidad sobrevenida, el artículo 252, 2 y 3, o por derogación (Disposición final, p. tercero Constitución 1978) ha desaparecido; ¿aún ciñéndome en la operación calificadora, tal como prescribe el artículo 758, puedo elegir para su aplicación una norma inexistente? ¿Puedo tener en cuenta el momento de la muerte del testador —momento pasado— y hoy —presente—, al calificar la capacidad sucesoria, utilizar las normas vigentes, y sólo las vigentes?

El problema es complejo, y no sólo desde la óptica del derecho transitorio. Es complejo, teniendo en cuenta, que el derecho sucesorio trata de solucionar una serie de problemas, siguiendo un determinado esquema. Esquema, que es una creación cultural. Por tanto, dotado de una cierta contingencia.

Cierta contingencia, quiere decir tanto como que el artículo 657, no es un precepto que no haya sido objeto de relativización. El efecto en el recogido no es inexorable, porque no pertenece al mundo físico, sino que es un modo de entender las cosas.

El análisis que realiza Puig Brutau del caso resuelto por el Tribunal Económico Administrativo Central, en resolución de 2 de marzo de 1954, y por el Tribunal Supremo, en sentencia de lo Contencioso de 6 de noviembre de 1956, tiene un alto valor ilustrativo, que dicho autor pondera en el sentido de que «no se pierda nunca de vista el carácter relativo con que el jurista práctico o el profesional debe valorar las exposiciones doctrinales» (10), puesto que «en este caso (el analizado), la regla del Código civil de que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657), no tuvo aplicación» (11).

Por otro lado, refiriéndose a la incapacidad relativa, en general, y no pensando —en concreto— en el artículo 252, 2 y 3 de la Compilación Catalana, afirma Lacruz que «la apreciación de la misma al referirse a la sucesión testamentaria, ha de hacerse, no en el momento de la muerte del causante (art. 758), sino al tiempo de testar, pues es en ese tiempo en el que puede producirse la influencia indebida sobre el causante» (12).

En el caso analizado, entre el otorgamiento y la muerte median cuatro días, diferencia irrelevante. Pero, lo que se pretende con esta exposición, es relativizar los argumentos, en base a los cuales, el Tribunal Constitucional afirmó que de su pronunciamiento no dependía el fallo.

La pregunta incontestada —de la que sí depende el fallo es esta: ¿subsistía en el momento de analizar el testamento y calificar la capacidad de los instituidos el artículo 252, 2 y 3 de la Compilación, para a su vez referirlos al tiempo de la muerte de cuya persona se trata? De no ser así, de no poder contar con ella el juzgador, incluso su mera selección para ponderar su aplicación devendría imposible.

## 2. *La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1945.*

Al exponer esta sentencia, no pretendemos otra cosa que mostrar cómo en la práctica judicial, en la praxis jurisprudencial cabe encontrar precisamente la solución contraria a la sostenida por el Tribunal Constitucional; con la salvedad de que éste deja en manos del juez ordinario la solución definitiva de conflictos de intereses, mientras que el Tribunal Supremo zanja definitivamente el mismo, siendo las circunstancias —hasta cierto punto— similares.

Doña Victorina Aznares, de vecindad catalana que nació y residió en Barcelona hasta su fallecimiento, falleció el 13 de mayo de 1936. No habiendo otorgado testamento se previno de oficio el

(10) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo V. Volumen I. Barcelona, 1961, pág. 11.

(11) PUIG BRUTAU, *Ob. cit.*, pág. 13.

(12) LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, V. Barcelona, 1981, página 82.

correspondiente juicio de ab intestato. El 11 de julio de 1936, en el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia (núm. 12), se formuló demanda por cuatro hermanos apellidados Mena Marco, en la cual, previa citación del Ministerio Fiscal, se solicitaba fuesen declarados herederos ab intestato de la causante.

Para ello, acreditaban su parentesco, en quinto grado, con la difunta. Careciendo ésta de parientes en grado más próximo, y apoyándose en los artículos 12 y concordantes del Código civil, las Novelas 118 y 127 de Justiniano y varias sentencias del Tribunal de Casación de Cataluña, suplicaban se formase pieza separada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 967 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo que se hizo, por Providencia de 15 de julio de 1936, verificándose la información testifical ofrecida, en base a la cual se establecieron como ciertos los extremos formulados, interrumpiéndose el curso de las actuaciones con motivo de la guerra civil.

Conviene recordar que, precisamente el mismo día que los parientes en quinto grado formulan la demanda —11 julio 1936— el Tribunal Supremo dictó sentencia —única que, interrumpe la jurisprudencia iniciada el 20 de marzo de 1893, generalizando el Código civil a todo el territorio español, en materia de sucesión intestada— declarando haber lugar a los recursos de casación «por interpretar equivocada y restrictivamente el derecho propio y característico de la región Navarra, aplicando indebidamente a la sucesión intestada los preceptos del Código civil y el Real Decreto Ley de 13 de enero de 1928». La sentencia recurrida en defecto de parientes dentro del cuarto grado declaró heredero al Estado, olvidándose que «el régimen imperante impone el máximo respeto al derecho foral, toda vez que el artículo 16 de la Constitución de la República Española otorga a las regiones autónomas la legislación exclusiva y la ejecución directa en materia civil fuera de las exceptuadas en el artículo 12 de dicha ley fundamental, creándose así una corriente jurídica diametralmente opuesta a la que sirvió de fundamento a la jurisprudencia en que descansa el fallo recurrido» (Sentencia Tribunal Supremo 11 julio 1936).

No deja de ser una circunstancia —feliz o no— que coincidan en el tiempo —y presumiblemente en el planteamiento de fondo— los parientes catalanes y el Tribunal Supremo. Y por supuesto la causante catalana —doña Victorina Aznares— murió con anterioridad, concretamente el 13 de mayo de 1936. ¿Cuál era el derecho aplicable en Cataluña el 14 de mayo de 1936 —siguiendo el esquema de la sentencia del Tribunal Constitucional— en materia de sucesión «al intestado»?

Parece claro que el primitivo de aquella zona. Todavía no se había promulgado la Ley Catalana de 7 de julio de 1936, pero sí eran de aplicación las Novelas 118 y 127 y así lo venía repitiendo el Tribunal de Casación de Cataluña, con anterioridad al fallecimiento de doña Victorina. Por ello la pretensión de los parientes en quinto grado parecía fundada en derecho, porque no era, en

el momento de fallecer la causante (arts. 657 y 758), el Código civil, y la jurisprudencia que lo generalizaba en materia intestada a todo el territorio nacional, aplicable en Cataluña.

Ahora bien, el curso de las actuaciones quedó interrumpido con la guerra civil. Y la solución del conflicto acarrió un nuevo planteamiento político y con él, jurídico.

Una Ley de 5 de abril de 1938 declaró en su preámbulo sin validez jurídica, desde el 17 de julio de 1936, el Estatuto de Cataluña. «Pero en su parte dispositiva sólo dedujo las consecuencias de tal invalidez en el orden administrativo, sin hacer referencias a otras cuestiones de señalada importancia que la intervención del Parlamento Catalán y del Tribunal de Casación provocaron en el orden del Derecho civil con sus audacias reformadoras», como señala el preámbulo de la Ley de 8 de septiembre de 1939 («B.O.E.» 30 de septiembre). Por ello, esta Ley, en su único artículo dispuso: «Quedan sin efecto, y por lo tanto *dejarán de aplicarse* desde esta fecha, todas las leyes, disposiciones y doctrinas emanadas del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, restableciéndose en toda su integridad el Derecho existente al promulgarse el Estatuto».

Bajo esta nueva orientación se reanudaron las actuaciones en el juicio de ab intestato, interrumpido por la guerra civil, y que ya se había iniciado y substanciado —con práctica testifical— de manera favorable a los parientes de quinto grado.

El 6 de octubre de 1941, el Juzgado de Primera Instancia (n. 12) de Barcelona, dictó sentencia declarando no haber lugar a la pretensión de los subsodichos parientes. Sentencia que fue confirmada, por la que dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona el 21 de marzo de 1942. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por infracción de ley.

En el primer motivo del recurso, se alega infracción por interpretación errónea de la Ley de 8 de septiembre de 1939, ya que de dicha Ley se deduce un alcance y un significado que no tiene. Se distingue en el motivo tres momentos: anterior al Estatuto, vigente el Estatuto, y posterior al Estatuto Catalán. «A partir de la Ley de 8 de septiembre de 1939, no podrá aplicarse el derecho que rigió en la segunda etapa a ningún hecho que se produzca en territorio catalán; pero eso no quiere decir que tampoco puedan regirse por tal derecho los efectos jurídicos de los hechos que con carácter de consumados o definitivos se produjeran en el ámbito del derecho que después se derogó. *Y un hecho de esta clase es el fallecimiento de una persona que determina efectos jurídicos tan importantes como la delación de su herencia (art. 657 del Código civil)*», por consiguiente, fallecida doña Victorina Aznares Farreras en 16 de mayo de 1936, o sea, «en el estado de derecho en que la sucesión intestada se regía en Cataluña por las normas del derecho catalán, es decir, del romano, aceptado en Cataluña y considerándose transmitidos en ese momento todos sus derechos a favor de sus herederos, la repetida Ley de 8 de septiembre

de 1939 no se opone a la aplicación de ese derecho en el caso de que se trata».

La transcripción literal, de parte del primer motivo del recurso se justifica, por sí sola, ya que, la argumentación en base al artículo 657 del Código civil recuerda, llamativamente, el nudo gordiano del problema aquí estudiado.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. En los considerandos de su sentencia encontramos afirmaciones de dispar trascendencia. Sin embargo, es sorprendentemente llamativa la argumentación que el Tribunal Supremo utiliza, para abordar la incómoda acusación que se hace a la sentencia de dar a la Ley de 9 de septiembre de 1939 una eficacia retroactiva, contraria al artículo 657 del Código civil y a las disposiciones transitorias y artículo 3 de dicho cuerpo legal, en su redacción originaria.

«Es cierto que conforme al fundamental principio acogido en el artículo 3 del Código civil, las Leyes no tienen efecto retroactivo, pero en sí no dispone lo contrario, y la de 8 de septiembre de 1939 no se limitó a derogar el régimen jurídico de Cataluña, sino que de manera precisa e inequívoca y *con manifiesta significación retroactiva* (léase bien), ordenó en su artículo único, con restablecimiento en toda su integridad del derecho existente al promulgarse el Estatuto, que por quedar sin efecto dejarán de aplicarse todas las leyes y doctrinas emanadas del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, *precepto de obligada observancia* y que quedaría incumplido si se regulara el orden sucesorio cuestionado en el pleito *por disposiciones y doctrina cuya aplicación prohíbe*» (4.º Considerando Sentencia Tribunal Supremo de 3 de enero de 1945).

1) A estas alturas, huelga añadir una línea más sobre el tema de la sucesión intestada en los llamados territorios forales y la aplicación en los mismos del Código civil. Ya sea porque el artículo 248 de la Compilación Catalana de 1960 estableció que «la sucesión intestada se regirá por lo dispuesto en el Código civil y salvo las especialidades contenidas en los tres artículos siguientes», ya sea porque otras Compilaciones se apartan del Código civil en esta materia.

2) Igualmente huelgan consideraciones, acerca del distinto talante, con que se inauguró aquel período político en contraste con la situación actual.

3) No es legítimo pasar por alto la justicia en el caso concreto, altamente discutible en este pleito; si lo hacemos es para no perder el hilo en el análisis comparativo.

4) La relativización que aquí se hace del artículo 657 y correlativamente —sin aplicación específica en el pleito— del artículo 758 es aún mayor que la anteriormente señalada por Puig Brutau.

5) La Ley de 8 de septiembre de 1939 no dispone expresamente su alcance retroactivo.

6) El Tribunal Supremo extrae «una manifiesta significación retroactiva», que reafirma la ausencia de una expresa mención en dicho sentido, en dicha Ley.

7) Hemos de entender esa manifiesta significación retroactiva como un caso de retroactividad tácita; si bien el tipo de disposición no parece encajar en los supuestos, llamémosle así, de retroactividad tácita natural (normas interpretativas, de carácter complementario, de carácter procesal, régimen jurídico uniforme para una institución (S. A.) que pretenden desterrar algunas figuras jurídicas (Usura) (13).

8) Es una retroactividad tácita fruto, por tanto, de una labor interpretativa, que tiene «como criterio rector último o subsidiario el de la irretroactividad» consagrado en el Código civil (14).

9) Caso de sostenerse tal interpretación, podría apoyarse —en este caso— en la clara intención del legislador de que dichas normas no se apliquen en el futuro («quedan sin efecto, y por tanto dejarán de aplicarse desde esta fecha»). Es decir, no existen para el juzgador «precepto de obligada observancia y que quedaría incumplido si se regulara el orden sucesorio cuestionado en el pleito por disposiciones y doctrina cuya aplicación prohíbe» (Sentencia Tribunal Supremo de 3 enero 1945).

10) Jamás pretendió —era contrario al nuevo orden— la Ley de 8 de septiembre de 1939 tener rango constitucional. Pero sí se trata de una pieza legislativa claramente política: eso no presenta ninguna duda.

11) Como tal inaugura una nueva legalidad, apoyada en una legitimidad histórica fruto de una guerra.

12) Como nueva legalidad, pretende ser el parámetro, dentro del cual se justifiquen disposiciones y resoluciones de conflictos de intereses.

13) Siendo, como es, la deducida por el Tribunal Supremo, una retroactividad tácita, por su aspiración a que un sentido opuesto a la norma no sea nunca tenido en cuenta, es una retroactividad que gravita sobre la labor interpretativa, que conlleva la aplicación de cualquier norma.

14) Pesa más, por tanto, en el esquema del discurso del juzgador la responsabilidad en la aplicación, previa selección, de una norma, que la remisión a un hecho consumado.

15) En esto difiere frontalmente del discurso seguido en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1981, cuando en este último caso, operaba a favor de una consideración del artículo 252, 2 y 3 como inexistente:

— La justicia en el caso concreto, que no afecta a la justicia constitucional, pero facilita una argumentación formal.

---

(13) Díez PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. Madrid (4.ª Edición, 1.ª Reimpresión), 1982, pág. 140.

(14) Ob. cit., pág. cit.

— Su posible inconstitucionalidad, no desechada. Se desecha la dependencia del fallo del juicio de inconstitucionalidad.

— La evidente incompatibilidad de contenido y sentido entre la norma cuestionada y la Constitución.

— La posible inaplicación por vía interpretativa brindada al Juez Ordinario.

La disposición final derogatoria, párrafo tercero, que en otras materias (asociaciones) ha hecho valer el Tribunal Supremo.

— Estas dos últimas posibilidades únicamente cabe soslayarlas, extremando el purismo de lo que debe de ser una justicia constitucional especializada.

16) El mismo día —11 de julio de 1936—, que los parientes en quinto grado catalanes presentan la demanda de juicio ab intestato, el Tribunal Supremo, casando una sentencia, ampara el derecho de unos parientes navarros más allá del cuarto grado. Esta sentencia —única en la materia—, ella misma, se explica como consecuencia de una situación política, y en el futuro será descalificada con igual consideración: «obedeció tan solo al cambio de régimen jurídico ya desaparecido de la Constitución de la República» (Sentencia Tribunal Supremo 1 de febrero de 1958). Apreciación que «recuerda» la pérdida de vigor de una jurisprudencia por inconstitucionalidad de su apoyo legal: artículo 161.1 Constitución de 1978.

## V. EL PLAZO DE CADUCIDAD DEL ARTICULO 762 DEL CODIGO CIVIL

### 1. *La nulidad del negocio jurídico testamentario.*

Baste a los efectos aquí apetecidos recordar que se trata de una cuestión difícil. Dificultad derivada, tal vez, de pensar el derecho civil globalmente: pretensión explicable y que justifica la existencia de una teoría del negocio jurídico, más allá de determinados presupuestos metodológicos. Reducir a unidad y facilitar el dominio de un área de conocimiento es un intento que trasciende planteamientos concretos, aunque éstos puedan explicarse por razones coyunturales, históricas.

Pero, el intento de reducir a unidad choca, reiteradamente, con el negocio jurídico testamentario. Aquí el tema de la legitimación para una acción de anulabilidad —supuesta su posibilidad— se torna grotesco. Así, Castro, recordando el fundamento de la anulabilidad afirmará: «esta atribución (legitimación para impugnar) no es posible aquí, pues en el momento de fallecer el testador es cuando se perfecciona el testamento» (15). Cicu, pensando desde el derecho italiano, se pregunta: ¿«Cómo explicar

(15) CASTRO, *El negocio jurídico*. Madrid, 1967, pág. 503.

que aún tratándose de anulabilidad la ley conceda acción a cualquiera que tenga interés al propósito?» (16).

Lo anterior no es obstáculo para que Lacruz afirme que «independientemente de la terminología del Código civil, el simple análisis de los diversos casos de invalidez en las disposiciones testamentarias convence de la existencia de las clases distintas de aquéllas: nulidad absoluta e impugnabilidad» (17).

Como fácilmente se comprende, la cuestión conceptual se conecta con una eminentemente práctica: el juego de acciones relativas a la ineficacia del testamento. Es decir, legitimación, naturaleza de la acción, aplicación o no de los institutos de la prescripción y caducidad. Esto afecta al tema —al problema— aquí analizado.

## 2. Incapacidad relativa para suceder e indignidad (18).

«A poco que se medite acerca de esto, se comprenderá que es todo un *juego de palabras*, en que, por influencias de la tradición, se han empeñado autores tan ilustres; y que en el fondo de las cosas, la indignidad como hecho que motiva la prohibición de suceder, es una verdadera forma de incapacidad, igual a la que se halla establecida, por causas de otro género, respecto del confesor, del tutor, del notario, en los artículos anteriores» (19).

Frente a esta tajante afirmación de Scaevola hay que situar la no menos firme de Roca Sastre: «aunque el Código civil emplee la expresión de "incapacidad de suceder por causa de indignidad" y baraje, *sin escrúpulos técnicos*, las normas de la incapacidad sucesoria con las propias de la indignidad, hay fundamento para situarlo entre aquellos sistemas legislativos, que inspirados en el Derecho romano, configuran la indignidad sucesoria en el sentido de que, si bien, de momento, no impide que el indigno llegue a ser heredero mediante la aceptación, sin embargo sirve de base para excluirle de la herencia (*indignus potest capere, sed non potest retinere*)» (20).

La cuestión no es baladí, pues, en el fondo, late una consecuencia importante. «La distinción —afirma Roca Sastre— entre la incapacidad y la indignidad sucesoria puede parangonarse con la que existe entre la nulidad y la anulidad» (21).

(16) C.C.U., *El testamento* (traducción y notas al derecho español, por M. Fairen). Madrid, 1959, pág. 139.

(17) LACRUZ BERDEJO, *Anotaciones a J. Binder. Derecho de Sucesiones*. 1953, pág. 117.

(18) Vid. SANCHO REBULLIDA, *Sobre la naturaleza y encuadre sistemático de la indignidad para suceder*. Estudios de Derecho Civil I. Pamplona, 1978, página 477.

(19) SCAEVOLA, *Código Civil*. Tomo XIII (Ortega Pardo), quinta edición. Madrid, 1943, pág. 383.

(20) ROCA SASTRE, *Anotaciones a Kipp Derecho de Sucesiones*. Volumen II. Barcelona, 1951, pág. 376.

(21) Ob. cit., pág. 377.

Siendo claro que la indignidad acarrea la mera impugnabilidad de la disposición testamentaria, lo que está en juego mediante la asimilación —conceptual o de régimen— de una y otra categoría es el alcance de la incapacidad relativa para suceder. Es decir, si ésta acarrea la nulidad de la disposición testamentaria o únicamente su anulabilidad. Rotundamente se inclina por la primera solución Roca Sastre (22). Con igual claridad, en sentido contrario, Lacruz: «tanto mediante incapacidad relativa como indignidad, la delación se produce en favor del indigno o incapaz, si bien es una delación cuyos efectos son claudicantes, de igual modo que la perfección del contrato anulable...» (23).

### 3. Alcance del plazo de caducidad del artículo 762 del Código civil.

Se trata del último artículo que (dentro del Libro III, Capítulo II «de la herencia», sección primera, con la denominación —«de la capacidad para suceder por testamento y sin él»—) dedica el Código civil a este problema.

Sin solución de continuidad sistemática, dicho precepto cierra lo que dicho cuerpo legal establece acerca de la incapacidad absoluta de suceder, de la incapacidad relativa de suceder y de la indignidad.

No estará de más recordar que el artículo 762 establece que: «no puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que *el incapaz* esté en posesión de la herencia o legado».

#### 3.1. La controversión doctrinal.

No siendo sencillo establecer el sentido del precepto, su interpretación, normalmente, aparece sesgada por puntos de vista previos. Así, los que entienden que la incapacidad relativa acarrea la nulidad de la disposición —considerando que como tal no puede estar sujeta a un plazo de caducidad—, a pesar de su ubicación sistemática, negarán la aplicabilidad del artículo 762 a dichos supuestos. Por el contrario, otros verán, en dicho artículo, la configuración de la incapacidad relativa como un supuesto de anulabilidad, de la impugnabilidad sometida al plazo de cinco años.

El Proyecto de 1851 no contiene un precepto similar. Es de señalar, eso sí, que en los artículos 620 a 623 del mismo, se tratan conjuntamente una serie de problemas. Más expresivo, en este orden de cosas, es el Anteproyecto de 1882-1888 que en su artículo 762 establece que «la acción para declarar la incapacidad o indignidad no podrá deducirse pasados cinco años desde que el

(22) Ob. cit., pág. 376.

(23) LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, V (Derecho de Sucesiones). Barcelona, 1981, pág. 82.

incapaz o indigno esté en disposición de la herencia o legado» (señalándose la influencia del artículo 3.458 del Código Mejicano). Realmente, si el artículo hubiese pasado al Código civil con esta redacción, toda discusión devendría superflua. Ahora bien, el Código civil habló únicamente de el incapaz. En rigor literal, cabe señalar que se incluye en el artículo la parte más polémica —la incapacidad— que es precisamente la que, con determinada óptica, quieren unos sustraer, para aplicarlo únicamente a la indignidad. En este sentido, no deja de ser plausible la interpretación según la cual, tras la reiteración inclusiva del Proyecto y el Anteproyecto, el Código literalmente haya acogido el término que, genéricamente —por las posibilidades que ofrece su sentido lato— englobase a los dos y simplificase la redacción.

Para Manresa «no es una disposición nueva sin precedentes análogos» (24). Y señala, por un lado, la ley 4, tít. 8 de la Partida 6.<sup>a</sup> y, por otro, el párrafo 2 del artículo 23 de la Ley Hipotecaria. Es especialmente preciso en esta alusión: «se inspiró en el criterio adoptado por la Ley Hipotecaria» (25). Semejante explicación resulta hoy chocante, porque el artículo 23 de la Ley Hipotecaria para nada se refiere a esta cuestión. En realidad tampoco la Ley Hipotecaria de 1861. Únicamente cabe entenderlo teniendo en cuenta el período 1869-1909. Durante este período, posterior al proyecto de 1851, y que incluye tanto al Anteproyecto como al Código civil, estuvo en vigor, un párrafo segundo del artículo 23, de la Ley Hipotecaria de 1869, que establecía lo siguiente: «la inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia o legado no perjudicará a tercero si no hubiesen transcurrido *cinco años* desde la fecha de la misma». La Ley de 1909 redujo el plazo a dos años e introdujo alguna modificación. El párrafo 2 del artículo 23 de la Ley de 1909, con carácter autónomo, como único contenido, va a constituir el artículo 28 de la Ley de 1944.

La semejanza de «criterio» entre el artículo 762 y el párrafo 2 del artículo 23, radica en «evitar que indefinidamente queden en lo incierto las sucesiones por el temor de posteriores contiendas» (26).

Lo dicho hasta aquí, podría explicar el fundamento de la posi-

(24) MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo VI. Madrid, 1981, pág. 81.

(25) MANRESA, Ob. cit., pág. cit. De congruencia con el artículo 23 L. 11 habla Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*. T. VI, volumen 1.º (segunda edición). Madrid, 1910, págs. 299 y ss. Igualmente CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil Español*, Tomo III (Derecho de Sucesiones) Madrid, 1959, pág. 57

La Base V del Anteproyecto de Bases para la Redacción de una Ley Hipotecaria, aprobado por la Subsecretaría de Gracia y Justicia en 1868, dispone que: «la inscripción de los bienes inmuebles o derechos reales adquiridos por herencia o legado se entenderá sin perjuicio de tercero durante cinco años, contados desde la fecha de aquel asiento».

(26) MANRESA, Ob. cit., pág. cit.

tivización del precepto. Pero sigue en pie, el por qué la «certidumbre de las relaciones jurídicas» puede alcanzar la incapacidad relativa. No parece suficiente, la mera literalidad de un precepto para otorgar, al supuesto analizado, el tratamiento de lo meramente claudicante.

Las razones pueden estar en el campo de la evolución histórica, que parece abandonar el perfil preciso de un enfoque romanístico. O en razones de política legislativa. Lo cierto es que caben opciones encontradas, dispares. Y las hay.

Manresa parece dar por supuesto el máximo alcance del precepto, a través de un tratamiento unitario (27). Igualmente Sánchez Román y Clemente de Diego (28). Y en la misma línea puede situarse a Castán (29), Díez-Picazo y Gullón-Ballesteros (30), La-cruz-Albaladejo (31), Scaevola (32), y Valverde (33).

Claramente se inclinan por un criterio restrictivo —no aplicación del artículo 762 a la incapacidad relativa— Roca Sastre (34), Puig Brutau (35), Espín (36), A. Hernández Gil (37), F. Hernández Gil (38), Castro (39) y Puig Brutau (40).

Desde un punto de vista doctrinal, no puede decirse que se trata de una cuestión pacífica.

### 3.2. *La sentencia de 21 de mayo de 1910.*

Si para la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 1946, entre la incapacidad relativa y la indignidad hay un «marcado nexo», para la sentencia del mismo Tribunal, de 22 de junio de 1981, «hay una diferencia sustancial». La de 21 de mayo de 1910, simplemente aplica el artículo 762 a un supuesto de incapacidad relativa, en concreto la contenida en el artículo 752. Es la única sentencia del Tribunal Supremo que dentro del área del Código civil —ciñéndose al artículo 762— hace un pronuncia-

(27) Ob. cit., pág. cit.

(28) Obs. cit., págs. cit.

(29) *Derecho Civil Español, común y foral*. T. VI, V. II (7.<sup>a</sup> edición), Madrid, 1973, pág. 44.

(30) *Sistema de Derecho Civil*. V. VI. Madrid, 1978, pág. 490.

(31) *Derecho de Sucesiones*. Parte General. Barcelona, 1961, pág. 271.

(32) SCAEVOLA, Ob. cit., pág. 465.

(33) *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo V (3.<sup>a</sup> edición). Valladolid, 1926, pág. 462.

(34) Ob. cit., pág. 377.

(35) *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo V. Volumen I. Barcelona, 1961.

(36) *Manual de Derecho Civil*. Vol. V. *Sucesiones* (3.<sup>a</sup> edición). Madrid, 1970, pág. 61.

(37) *Lecciones de Derecho Sucesorio*. Madrid, 1969, pág. 79.

(38) La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos. R.D.P., 1961, pág. 468. Vid. pág. 477.

(39) El negocio jurídico. Madrid, 1967, pág. 504 (nota 17).

(40) Indignidad para suceder. Nueva enciclopedia jurídica. Tomo XII, páginas 353 y ss. Este autor, siguiendo a Roca Sastre, entiende —paradójicamente— correcta la sentencia de 21 de mayo de 1910. Vid. nota 19.

miento relativamente claro. Es decir, se inclina por la primera solución: la incapacidad relativa es un supuesto de anulabilidad, que requiere una acción de impugnación, acción inejercitable —por caducidad— pasados cinco años.

Doña Florentina del Río y Fernández, viuda, y sin descendientes ni ascendientes, falleció el 28 de abril de 1892, bajo testamento otorgado ante notario y tres testigos el 31 de enero del mismo año. En la cláusula novena, instituía heredero universal, del remanente de sus bienes, a don Ramón Sáinz Rodríguez, cura de aquella misma villa (Nofuentes).

El 5 de junio de 1905 —trece años y algunos meses después del fallecimiento— doña Claudia Gómez, prima carnal de la testadora, dedujo demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Villarcago, suplicando se declarase la nulidad del testamento, se procediese a la declaración de herederos ab intestado, en concreto, se la declarase a ella, como pariente dentro del cuarto grado. Para ello aducía la concurrencia, en el instituido, de la incapacidad recogida en el artículo 752.

En la contestación a la demanda se hacía ver cómo el Código civil, tomando como precedente la ley 4, tít. 8 de la Partida 6 y del párrafo 2 del artículo 762 la imposibilidad de declarar la incapacidad pasados cinco años, y en autos constaba que, cuando la demandante le dirigió por cartas la primera reclamación, llevaba más de siete años en posesión de ella. La partición y adjudicación de bienes se efectuó en escritura otorgada el 5 de abril de 1893.

Sustanciado el pleito por los trámites de las dos instancias, la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos dictó sentencia conformatoria en el 15 de octubre de 1909, declarando que la actora no podía ejecutar la acción, para pedir la nulidad, por haber transcurrido, con exceso, cinco años desde que el heredero estaba en posesión de la herencia, hasta que se interpuso la demanda.

La actora interpuso recurso de casación por infracción de ley, ya que la sentencia infringía, por interpretación errónea, el artículo 752 en relación con el 762, que aplica indebidamente, en vez de los artículos 1.963 y 1.964, que señalan los plazos de quince y treinta años, para el ejercicio de las acciones reales y personales, que son las que competen al heredero.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. La sentencia consta de dos considerandos. De ellos, podemos extraer los argumentos en que se apoya la decisión del Alto Tribunal.

1) «En la sentencia recurrida no se afirma como hecho cierto y positivo que el Cura de... hubiera sido confesor, de ésta, en su última enfermedad».

2) «Habían transcurrido algunos años más de los cinco desde que tomó posesión de la herencia hasta que se entabló la demanda originaria».

3) «Está incluido este artículo (752: incapacidad relativa) en una sección especial del Código, en la segunda, cap. II, tít. 3.º, Libro III, destinada a regular la capacidad hereditaria».

4) «Es evidente que no puede dejar de alcanzar, a éste, el beneficio de la prescripción extraordinaria de cinco años».

Cabe destacar de esta antigua sentencia —única que aplica e interpreta el artículo 762— lo siguiente. El corte estrictamente sistemático del análisis del artículo 762, como resulta de la tercera afirmación que entresacamos de sus considerandos. Aprecia, siguiendo el artículo 752, la asistencia del confesor, en la última enfermedad, como hecho integrante del supuesto que da lugar a la incapacidad. Apreciación correcta, pero que en la sentencia, parece tener el carácter de argumentación «ad maiorem», puesto que aun integrando el hecho subsumible en el artículo 752, no parece descartar que le alcance el artículo 762. Califica el plazo de prescripción extraordinaria. El transcurso del tiempo fue alegado en la contestación a la demanda: luego la aplicación no fue de oficio. En dicha contestación a la demanda, el heredero esgrime el transcurso de siete años, desde que entró en posesión de la herencia hasta el envío y recepción de cartas, por parte de la demandante. Viene así a dejar sentado que dicha correspondencia —posible reclamación extrajudicial— se produjo pasados ya el plazo. Parece prevenirse de una posible interrupción, de lo que podría entenderse, como plazo de prescripción. Sin embargo, tanto en instancia, como en los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo, el plazo se mide teniendo en cuenta el espacio que media entre la entrada en posesión de los bienes y la demanda. Por otro lado, en los términos que recoge la sentencia, atribuyéndolos al juzgador «a quo», se habla de que «no ha podido ejercitar la acción». Y esta imposibilidad se extiende a otros pedimentos de la demanda —además, de la nulidad de institución por incapacidad «ex» artículo 752— como son, el nombramiento de albacea solidario, y el encargo de sufragios, entierros y obras de caridad.

#### 4. *El párrafo cuarto del artículo 255 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña.*

El Proyecto de Apéndice de Derecho Catalán al Código civil de 1930, no recoge en sus artículos 266 y 267 este plazo especial. «El último párrafo del artículo 255 es reproducción del artículo 762 del Código civil» (41). Creo que, tanto el antecedente del Proyecto de Apéndice como la frase —autorizada casi como «interpretación auténtica»— debe tenerse en cuenta al estudiar este precepto de la Compilación Catalana.

(41) Francisco de A. CONDOMINES VALLS-Ramón FAUS ESTEVE, *Derecho Civil Especial de Cataluña* (Ley de 21 de julio de 1960, anotada). Vocales Ponentes de la Comisión de Juristas para la redacción del proyecto. Barcelona, 1960, página.

Igualmente la disposición sistemática. Dentro del Libro II («De las sucesiones»), en su título V («Disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada»), en el Capítulo I, se aborda, en cuatro artículos —252 a 255—, lo relativo a la «capacidad sucesoria». Por ello, el párrafo cuarto —último del precepto— artículo 255 —último a su vez del capítulo—, cierra la normativa —unitariamente— que dedica la Compilación a la capacidad sucesoria: capacidad para suceder por testamento o intestadamente.

Ahora bien, el aludido párrafo, en su literalidad, dice así: «en este y en cualquier otro caso de indignidad *caducará* la acción transcurridos cinco años desde que el *indigno* de suceder se hallase en posesión de los bienes en calidad de heredero o legatario».

Frente al «no puede deducirse acción» del artículo 762 del Código civil (1889) y al «beneficio de prescripción extraordinaria» de la sentencia de 21 de mayo de 1910, antes analizada, en 1960 y con buena técnica jurídica se emplea en el párrafo cuarto del artículo 255, el término «caducará». En este sentido la «reproducción» (42) del artículo 762 del Código civil en la Compilación Catalana es, en todo caso, una reproducción depurada por el transcurso del tiempo y el buen hacer de los que, en su preparación, intervinieron.

Por otro lado, la delimitación del supuesto de hecho al que se aplica el plazo de caducidad, es tajantemente clara: «caso de indignidad». De nuevo la «reproducción», no sólo mejora la técnica legislativa, sino que media en la polémica inclinándose por una solución: la restrictiva.

Con ello, ¿se trata de una novedad, en el Derecho Catalán tomada del Código civil? Posiblemente, sobre todo, teniendo en cuenta que los plazos de caducidad y prescripción tienden a asegurar la certeza jurídica, parece que deben de ser uniformes. Aunque, a veces, no lo sean. Pero, respondiendo la distinción indignidad incapacidad, a un planteamiento romanístico, inspirando éste —en términos generales— el área catalana, siendo uno de los valedores de la distinción Roca Sastre, vocal-ponente de la comisión de juristas que redactó el proyecto que sería Ley en 1960, nada tiene de extraño que el precepto precise lo que no precisa el Código civil.

«Sería introducir una novedad que se admitiese esta prescripción de cinco años que el Derecho Romano omite; y por ello según el Usatge «omnes causae» prescribirá la acción de incapacidad a los treinta años, como la de nulidad de testamento» (43).

«Las incapacidades del Código civil prescriben a los cinco años de haber tomado posesión de la liberalidad el heredero o legatario, lo cual tiene aplicación en Cataluña respecto de las incapaci-

---

(42) CONDOMINES-FAUS, Ob. cit., pág. cit.

(43) PELLA Y FORGAS. Derecho Civil de Cataluña (exposición del derecho catalán comparado con el Código Civil Español). Tomo II. Barcelona, 1943, página 190.

dades introducidas por el Derecho común; pues las demás se rigen por el Usatge "omnes causae"» (44).

Estas autorizadas opiniones —emitidas respectivamente en 1943 y 1944— junto con la solvencia del jurista catalán, beligerante en el tema, Roca Sastre, explican y justifican las modificaciones introducidas al producirse en 1960 el aludido trasplante del artículo 762 del Código civil a la Compilación Catalana. Por otro lado, es presumible que los números dos y tres del artículo 252 de dicha Compilación estén abocados a desaparecer del Derecho civil Catalán (45).

Ahora bien —de alguna manera— subsistirá la recepción que en el número 1 del artículo 252 se hace de los artículos 752, 753 y 754 del Código civil, «con asimilación del Párroco al Notario», y la recepción que el párrafo primero del artículo 255 hace —en materia de indignidad— del artículo 756, también del Código civil.

Al margen de la anacrónica «turpitud», ¿unos mismos artículos del Código civil van a estar sometidos a un distinto régimen de prescripción o caducidad según su aplicación ocurra en Cataluña o en territorio común? Porque, la loable diferenciación del artículo 762 del código y del párrafo cuarto del artículo 255 de la Compilación no se agota en el problema que sirve de tema a esta exposición.

Es decir, la institución a favor del confesor (art. 752), ¿será en Cataluña radicalmente nula y en territorio común únicamente anulable, sujeta a impugnación, ejercitable en el plazo de cinco años?

¿Se tratará de una simple diferencia de plazo como señala Borrel y Soler, treinta años en Cataluña y cinco en territorio común? (46).

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1981 diferencia claramente el alcance del adulterio según su ubicación técnica. Si se trata de adulterio con la mujer del testador, estamos ante un supuesto de indignidad. Si se trata de adulterio con el testador de incapacidad relativa para suceder. En el primer caso la acción caducará transcurridos cinco años. En el segundo, «*al ser insubsanable* no puede estar sujeta a la caducidad prevista en el último párrafo del artículo 255».

Este razonamiento, en principio, vale igualmente para el número 1 del artículo 252, que recoge causas de incapacidad tomadas del Código civil, entre ellas la contenida en el artículo 752. De esta forma se establece un interesante contraste entre las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1910 y esta de 22 de junio de 1981. Ciertamente una se ocupa del artículo 762, dentro del

(44) BORREL Y SOLER, Antonio Derecho Civil vigente en Cataluña (2.ª edición). Tomo V. Barcelona, 1944, pág. 80.

(45) Ob. cit., pág. cit.

(46) Vid. ROCA TRÍAS. La reforma de la Compilación Catalana. Comunicación al I Congreso de Derecho Vasco. San Sebastián. Diciembre, 1982, páginas 6 y 7.

área de aplicación del Código civil, y la segunda del último párrafo del artículo 255 de la Compilación Catalana, en un problema —específico de aquel derecho— y que surge en dicho territorio. Por otro lado, la diferencia de redacción entre uno y otro precepto parece independizar la doctrina.

Pero conviene retener lo siguiente —y aquí sí que convergen, por discrepancia, la doctrina de ambas sentencias—, el artículo 752, p. e., es objeto de distinto tratamiento en el área de aplicación del Código civil y de la Compilación. En un caso, al margen de la disputa doctrinal, parece que en Cataluña la incapacidad relativa acarea la nulidad radical, «insubsanable»; por el contrario, en el área de influencia del Código civil se trataría de una simple anulabilidad, impugnabilidad, sujeta a caducidad. Esto se agrava, teniendo en cuenta, que en Cataluña la institución de heredero es necesaria y en el Código civil no. ¿Podría pensarse que a través del número 1 del artículo 252 de la Compilación, no sólo se recogiesen preceptos del Código civil, sino también el régimen que al mismo les atribuye dicho cuerpo legal: es decir el artículo 762? Parece difícil.

En cualquier caso, con esta doctrina lo que se refuerza es la distinción entre nulidad radical y anulabilidad, dentro del capítulo de la ineficacia del negocio jurídico testamentario.

## VI. ¿A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA DE 13 DE MAYO DE 1981 HAY EN ESPAÑA HIJOS ADULTERINOS?

Dicha Ley fue publicada en el «B. O. E.» número 119, de 19 de mayo de 1981. Como la misma no dispone nada especial acerca de su entrada en vigor, hemos de entender que es de aplicación el artículo 2 del Código civil cuando establece que en estos casos, «las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado». Es decir, el 8 de junio de 1981.

El plazo no había transcurrido el día 1 de junio de 1981, sí, en cambio, el 22 de junio de 1981 y por supuesto, el 3 de diciembre de 1981. En todo caso, hace ya tiempo que está en vigor.

El 1 de junio de 1981 el Tribunal Constitucional dictó la sentencia antes analizada. Tanto por el tipo de función —no estrictamente jurisdiccional— como por la fecha, en principio poco afectaba la reforma a la cuestión de inconstitucionalidad planteada. El Tribunal Constitucional interpreta la Constitución: pero no es menos cierto que en este caso establece un juicio de compatibilidad entre la Constitución y un precepto que habla de «trato adulterino», número 2 del artículo 252 de la Compilación y de las consecuencias «adulterinas» de dicho trato, número 3 del mismo. Pero ciertamente esto no alcanza —parece ser— al Tribunal Constitucional, que se enfrenta con el precepto con otra óptica.

El 22 de junio el Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida y da el alcance previsto a los números 2 y 3 del artículo 252 de la Compilación, y el 3 de diciembre de ese año el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (número 7) no entra en el fondo por entender que la «litis» no está bien constituida, sin que el fallo prejuzgue el fondo. Sabemos que, básicamente, el conflicto de interés coincide con la cuestión de inconstitucionalidad, resuelta por sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1981.

Por último, a partir de su entrada en vigor, la reforma coexiste con los números 2 y 3 del tan mentado artículo 252 de la Compilación Catalana, que si bien tiene su muerte «anunciada», aún está por llegar.

Ello plantea dos interesantes problemas. Primero, proceso y entrada en vigor de las leyes. Segundo, ¿la reforma de 13 de mayo de 1981 —al margen de la Constitución— no habrá privado de contenido a los números 2 y 3 del artículo 252 de la Compilación Catalana?

1. *Los artículos 14 y 39.2 de la Constitución y su relación con el 53 de la misma.*

La Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 8 de mayo de 1981 recuerda que según el número 3 del artículo 53 de la Constitución «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» y que «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», y dado que el artículo 39, número 2, está comprendido en el aludido capítulo tercero y en la consiguiente *prohibición de aplicación directa*, es obvio que esta Sala no puede tomarlo en consideración para, al socaire de *una interpretación que sería más bien un desarrollo modificativo de una norma*, adelantarse a una precisión legislativa que la propia Constitución prohíbe, para remitirla al legislador ordinario, como en efecto éste ya lo ha hecho con el proyecto, hoy en trámite, de modificación del Código civil en la materia objeto del motivo, todo lo cual, además, obvia el problema que pudiera plantearse sobre la derogación constitucional de los preceptos del Código civil afectados y aplicados correctamente por la Sala de Instancia, cuya sentencia, por tanto, hay que mantener».

Esta sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1981 —anterior en cinco días al 13 de mayo y en once días al 19 de mayo, fechas respectivas de la Ley de reforma de la filiación y de su publicación en el «B.O.E.»— declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 11 de marzo de 1980 de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, a su vez confirmatoria de la sentencia del Juez de Primera Instancia (n. 3) de Madrid de 7 de junio de 1978.

La sentencia de instancia estima la demanda de las dos hijas legítimas —del causante testador— instituidas herederas en testamento otorgado ante notario el 14 de julio de 1948 y no mencionadas en el testamento otorgado por el fallecido —en 29 de septiembre de 1975— en el que como soltero, siendo así que no era viudo, ni separado, ni su matrimonio había sido declarado nulo, reconoce como naturales dos hijos adulterinos —según la anterior legislación, ilegítimos no naturales— e instituye a ambos herederos. En la demanda se pide la nulidad del testamento y de las inscripciones practicadas en base al mismo en el Registro Civil.

En la contestación a la demanda se pide, fundamentalmente, que se mantenga la constancia de hijos ilegítimos no naturales y el correspondiente derecho a alimentos.

En base a «la falta de necesidad de la hija menor postulante (ilegítima no natural, menor de edad, demandada a través de la representación legal de su madre), que es supuesto inexcusable y primario para la exigencia de alimentos y auxilio necesario para la subsistencia», no se admite la reconvencción. Con ello, los hijos instituidos en el segundo testamento no sólo pierden lo que a su favor se dispuso en dicho testamento, sino que incluso no se les reconoce los alimentos a que se refería el artículo 139 del Código civil en su redacción originaria.

En el recurso de casación, en su segundo motivo, se recuerda la vigencia, a partir del 26 de diciembre de 1978, del artículo 39.2 de la Constitución. Motivo que da lugar al considerando sexto de la sentencia del Tribunal Supremo, que en parte hemos transcrito.

El razonamiento de dicho considerando es tajantemente claro. Sobre todo teniendo en cuenta que en esta ocasión sólo se alegó el artículo 39.2 de la Constitución, en este punto coincidente con la contestación a la demanda a que dio lugar la cuestión de inconstitucionalidad —planteada en el momento procesal oportuno— resuelta por sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1981. En esto coinciden plenamente el recurso de casación y la cuestión de inconstitucionalidad: su limitación al artículo 39.2 de la Constitución.

No estará por ello de más recordar las alegaciones del Fiscal General del Estado en la aludida cuestión de inconstitucionalidad. En primer lugar, solicita que se dicte —por una serie de razones— no haber lugar a pronunciarse sobre la cuestión planteada. Pero para el caso de que este pedimento no sea atendido, pide que se declare la inconstitucionalidad de la norma (art. 252 Compilación Catalana, número 2 y 3). Y ello, «porque, aunque pueda sostenerse que el artículo 39.2 no es norma que genere inmediatamente derechos y obligaciones, sino sólo en la medida en que sea objeto de desarrollo legislativo en cuanto dicho artículo aplica a casos concretos el principio de igualdad que consagra el artícu-

lo 14 de la Constitución y que el artículo 1 de la misma erige en uno de los valores superiores del ordenamiento, sí tiene evidentemente eficacia derogatoria frente a las leyes anteriores que se le opongan» (47).

Efectivamente, el artículo 14 de la Constitución, se encuentra en el capítulo segundo del título I. Por ello, de ser inseparable —como concreción— el artículo 39.2 del artículo 14, este último arrastraría el razonamiento al ámbito del número primero del artículo 53, sacándolo del número tercero de dicho artículo; que es el que da pie, en su inciso último, al rotundo considerando sexto de la sentencia de 8 de mayo de 1981, tal vez explicable por el rigor formal del recurso de casación. Pero no sabemos si dicho rigorismo suple el conocimiento de los jueces, que, tal vez, ya en la Audiencia Territorial de Madrid debió producirse —11 de marzo de 1980— aunque no, claro está, en el Juzgado de Primera Instancia —7 de junio de 1978—.

De todas formas, se trata de un problema de interpretación de la Constitución, en orden al problema tantas veces aludido. Solamente hemos pretendido con ello —sin volver a insistir en cosas ya dichas— relativizar el carácter, un tanto dogmático, del considerando sexto de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1981.

En cualquier caso, todo el pleito —en todas sus instancias y recurso de casación— es anterior a la publicación de la reforma. Igualmente la sentencia del Tribunal Constitucional es —aunque posterior a la publicación de la misma— anterior a su vigencia: la publicación —como vimos— es de 19 de mayo de 1981 y la sentencia de 1 de junio del mismo año. No habían pasado los veinte días, que establece el artículo 2 del Código civil.

## 2. *La Ley de 13 de mayo de 1981 como desarrollo de preceptos constitucionales.*

Con la entrada en vigor de la reforma, ya no es preciso mantenerse en el difícil terreno de la técnica constitucional. Simplemente ha cambiado el derecho de filiación. Es otra su configuración a nivel de Código civil, son otras las normas aplicables. Una aspiración largamente sentida tiene ya una institucionalización adecuada.

El 22 de junio de 1981 —fecha de la sentencia del Tribunal Supremo que da lugar al apartado III de este trabajo —la reforma había entrado en vigor—, era derecho aplicable. Y claro está, el 3 de diciembre de 1981, fecha en la que el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia (n. 7) de Barcelona, dictó sentencia en el pleito que originó la cuestión de inconstitucionalidad.

(47) Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1981. «B. O. E.» 18 junio 1981. Suplemento al número 143, pág. 5.

Ponderando solamente la novedad legislativa —ley de 13 de mayo de 1981— y no el marco constitucional en su conjunto, ¿qué decir de este matiz que plantea semejante novedad legislativa? Caben dos posibilidades. Primera, considerarlo como un dato más que ayude a un juicio de tipo constitucional: es decir, un dato en el contexto, un argumento a mayor abundamiento. Segunda, entender que «la casación no constituye una tercera instancia» (48). Como así es. No sólo porque el artículo 39.2 por sí solo «nada dice», sino también porque en casación se verifica un juicio de pretérito: cómo aplicó en la sentencia recurrida el juez el derecho *aplicable*. Naturalmente aplicable en instancia. En ese sentido la entrada en vigor de la reforma nada añade al juicio sobre la sentencia recurrida. Probablemente así sean las cosas. Probablemente así se explica la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1981.

¿Y la sentencia de 3 de diciembre de 1981? Aquí las fechas pueden desorientar algo. Si se dictó sentencia en esa fecha es porque hubo que esperar a que el Tribunal Constitucional resolviese la cuestión de inconstitucionalidad, mediante sentencia de 1 de junio de 1981. Lo cual supone que dicha cuestión se planteó formalmente antes. ¿Cuándo? El artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es claro: «El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia». El órgano judicial dictó auto, acordando plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el 7 de noviembre de 1980. Es decir, de no mediar dicho auto, y estando dentro del plazo para dictar sentencia, ésta «naturalmente» por así decirlo, hubiese sido anterior al 13 de mayo de 1981. Es más, el procedimiento se hallaba concluido de acuerdo con el derecho anterior: demandada, contestación a la demanda, réplica, dúplica, prueba, etc.

Sin embargo, al resolverse la cuestión de inconstitucionalidad por sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 1 de junio de 1981, y publicada en el suplemento al número 143 del «B.O.E.» de 16 de junio de 1981, más las dilaciones propias y explicables de la organización judicial, el fallo necesariamente había de producirse dentro del nuevo marco jurídico de la filiación, consecuencia de la reforma de 13 de mayo de 1981 («B.O.E.» 19 de mayo). Qué norma debería aplicar el órgano judicial, puesto que, por así decirlo, el Tribunal Constitucional no le resolvió el problema al entender que no había lugar a pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la norma cuestionada.

Como se ve se trata de un problema de derecho transitorio.

---

(48) GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Madrid, 1967, pág. 480.

### 3. *Las disposiciones transitorias de la ley de 13 de mayo de 1981.*

Una disposición normativa que introducía un cambio de tanta entidad en una faceta de la vida social extremadamente delicada, cuidó este aspecto. La Ley contiene 11 disposiciones transitorias.

Aparentemente, hay una que ostenta una cierta primacía para regular el conflicto. La octava: «Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación».

«Prima facie» tanto la subsunción del caso en el supuesto de la previsión transitoria, como la consecuencia que ésta establece son claras. El juez deberá aplicar la legislación anterior.

Sin embargo, en las alegaciones hechas en el procedimiento que determinó con sentencia del Tribunal Constitucional de 1981, encontramos puntos de vista contrapuestos en orden a este punto.

El representante del Consejo Ejecutivo de la Generalidad, a mayor abundamiento, se hace eco de la disposición transitoria octava contenida en el entonces Proyecto de Ley de Modificación del Código civil, en tramitación —en aquel momento— ante el Senado. «Sería absurdo —señala— que si la Ley que desarrolle el artículo 39.2 no declara para sí misma retroactividad alguna, ni siquiera llevada hasta el momento de entrada en vigor de la Constitución, se atribuyera una retroactividad indefinida en el tiempo al simple "principio" que la Constitución proclama» (49).

Con lo cual, ya sea porque el artículo 39.2 se halla en el capítulo III del título I de la Constitución, y no en el capítulo I, y por tanto le alcanza la necesidad de desarrollo legislativo, proclamada en el párrafo tercero del artículo 53 de la misma, ya sea porque una vez producido dicho desarrollo legislativo y establecer éste lo que establece en su disposición octava, en ningún momento, según esto, la discusión tuvo sentido. Primero, Sentencia Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1981, y párrafo 3, artículo 53 de la Constitución. Segundo, disposición transitoria octava. Un razonamiento cerrado para que el artículo 14 de la misma sea inviable, y la disposición final derogatoria, párrafo tercero, sea prácticamente inútil.

Otro es el parecer del Fiscal General del Estado. Entiende que el Tribunal Constitucional no debe pronunciarse. Pero de hacerlo, debe declarar la inconstitucionalidad de la norma (art. 252, 2 y 3 Compilación Catalana). En concreto, expresamente, entiende que no ha de seguirse el criterio de la transitoria octava, sino que «la interpretación de los preceptos legales ha de hacerse desde la afirmación de los principios constitucionales» (50).

(49) Suplemento al número 143. «B.O.E.» 16 junio 1981, pág. 5. Por cierto, pone como ejemplo de no retroactividad la transitoria 12 del Código Civil, que aplica el nuevo sistema legitimario a los testamentos anteriores al C. C. y que según Manresa es «excepcional».

(50) Suplemento al número 143. «B.O.E.» 16 junio 1981, pág. 5.

¿Es cierto que la Ley de 13 de mayo de 1981 que desarrolla el artículo 39.2 de la Constitución, no declara para sí misma retroactividad *alguna*? La disposición transitoria primera establece que «la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada».

Parece, que «alguna» retroactividad sí que se atribuye la Ley de reforma del Código civil. Con «independencia», dice la transitoria primera. Se desliga del nacimiento y de la determinación de la filiación para aplicar a toda filiación el nuevo régimen. Y no podía ser de otra forma. Una transformación institucional, que responda a un principio constitucional, es tácitamente retroactiva. Desde su entrada en vigor no hay hijos ilegítimos: no es que en el futuro no los vaya a haber, es que no existe la categoría. Es una innovación esencialmente retroactiva. En cierto sentido la transitoria primera sobra.

Aceptado esto, la objeción es «in mente» inmediata: una cosa es la filiación y otra cosa es la sucesión. Obviamente. Y también, obviamente, se desprende del análisis de las transitorias que junto a la muy clara octava, la primera explícita que el alcance retroactivo alcanza a la filiación «así como a los efectos que haya de producir». Y sólo establece un límite: su entrada en vigor, «a partir de...».

Ocurre que el alcance sucesorio de los «efectos sucesorios» de la filiación quedan matizados por la transitoria octava.

Aclarado este punto —apresuradamente expuesto en otro sentido— conviene preguntarse si el problema analizado bascula sobre los efectos sucesorios de la filiación o sobre la filiación misma y sus efectos propios.

#### 4. *La capacidad para suceder y la filiación.*

La filiación tiene una importante vertiente sucesoria. De la misma se hace eco la Ley de 13 de mayo de 1981, que no *sólo* reforma los títulos V y VII del libro primero y tercero, del libro IV, sino que también, en el artículo 4 de dicha ley, establece una nueva redacción para una serie de artículos que numera. Por ejemplo, el artículo 807, que nos dice quienes son herederos forzosos; en concreto, en su número primero, «hijos y descendientes». Pero ya sin la antigua apostilla de legítimos. Los hijos extramatrimoniales son legitimarios. La reforma se ocupa directamente de los efectos sucesorios reflejos, de la reforma de la filiación. Aquí es, por ejemplo, donde tiene estricta aplicación la transitoria octava. Para sucesiones abiertas antes de entrar en vigor la ley, sigue habiendo sucesoriamente, por así decirlo, hijos ilegítimos: sigue rigiendo la antigua redacción del artículo 807.

Pero un mismo dato puede concurrir en un único fenómeno bajo diversas ópticas. Un hijo adulterino, después de la reforma, y aún instituido en testamento sigue siendo «sucesoriamente ilegítimo», lo que no quiere decir, en modo alguno, que sea ilegítimo, porque la categoría no existe.

En la cuestión de inconstitucionalidad, en el pleito que la motivó, no nos preguntamos por la legítima —peculiar catalana— del hijo adulterino instituido. Simplemente nos preguntamos si es ilegítimo. Pues es muy sencillo: después de la reforma no. No por nada, simplemente es imposible que lo sea. Se me dirá, pero en 1975 sí, y el artículo 657 establece lo que establece y a él se refiere el artículo 758. De ello ya hablamos anteriormente. Lo que es claro, es que el 22 de junio de 1981 en España no hay hijos ilegítimos, tampoco el 3 de diciembre del mismo año y es de esperar que no vuelva a haberlos.

Y si no existe la categoría —hijo ilegítimo— tampoco una incapacidad relativa para suceder cuyo contenido no es otro que ese que ha dejado de ser. Y si no hay hijos adulterinos, es porque no hay trato adulterino, sino extramatrimonial. ¿Puede a este razonamiento aplicarse la disposición transitoria octava? Repito, un mismo dato puede concurrir en un mismo fenómeno bajo diversas ópticas. Óptica legitimaria: transitoria octava. Óptica incapacidad relativa para suceder: transitoria primera.

Al margen de las normas que el título preliminar establece para la aplicación del derecho, es claro que el juez no puede aplicar una norma inexistente, por mucho que se empeñe el artículo 758. Y es curioso advertir que no es un problema de aplicación, ni de interpretación, porque ni se aplica ni se interpreta lo inexistente. Se dirá que todo esto es una interpretación. No lo es: es el razonamiento de la inexistencia de una norma.

## VII. CONCLUSION

¿Dependía el fallo de la norma cuestionada? Sí. Pero vayamos por partes.

A) Después de la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 y con independencia del momento del fallecimiento del testador; es decir, incluso antes del 29 de diciembre de 1978, los números 2 y 3 del artículo 252 de la Compilación Catalana no son aplicables por falta de contenido. Su subsistencia es meramente formal. El que el obstáculo —incapacidad para suceder— haya que referirlo a un momento anterior, hace esa operación de referencia imposible y contraria al orden público. No hay hijos ilegítimos con una retroactividad, que no puede dejar de ser advertida al plantearse el problema. Por un designio de presente no los ha habido nunca, aunque sucesoriamente —art. 807 p. e.— sigue habiéndolos por un criterio excepcional (transitoria octava) respecto

de lo que, en línea de principio, es regla (transitoria primera). Obsérvese de paso, cómo la transitoria octava, nada tiene que ver con la transitoria doce del Código civil, que es legitimariamente retroactiva, amparando la legítima que —en su redacción originaria— estableció el Código para los hijos naturales.

B) Antes de la reforma del Código civil y después de la promulgación de la Constitución.

El fallo depende la norma cuestionada. Ocurre que este interrogante admite una triple respuesta.

Primera: establecer su inconstitucionalidad por entender que el artículo 39.2 de la Constitución es una concreción del 14 de la misma.

Segunda: Independizar ambos preceptos y someter el 39.2 al dictado del párrafo tercero del artículo 53. Esta solución por sí misma no veda un juicio de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, aunque sí una inaplicación por parte de la jurisdicción ordinaria, que debe esperar el oportuno desarrollo legislativo. Si el Tribunal Constitucional no lo hizo, fue por las razones antes vistas que nos parece indiscutibles. Pero esta opción en cambio legitima el parecer del Tribunal Supremo en sentencia de 8 de mayo de 1981. En conjunto es esta la visión del problema que nos resulta más difícil de admitir, y que parece que prevaleció en todos los órdenes: jurisdicción constitucional y ordinaria.

Tercera: entender que el problema se mueve dentro del área del artículo 14 de la Constitución, y por tanto debe ser referida al párrafo primero del artículo 53 y a la disposición final derogatoria, párrafo tercero, de la Constitución. Esta parece ser la vía que sugiere el Tribunal Constitucional al Juez ordinario, cuando advierte que cosa distinta es una interpretación de la norma que lleve a su inaplicación. Pero conviene no olvidarlo, el Tribunal Supremo veintitún días más tarde la aplica. Tal vez porque la casación no es una tercera instancia. Pero sí, tal vez, una oportunidad. En definitiva, «es el mismo constituyente quien atribuye al Juez ordinario este poder». (51).

## VIII. ADDENDA

La Ley 153 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra establece que «pueden adquirir a título lucrativo, inter vivos o mortis causa, todas las personas, sin más prohibiciones que las siguientes:

1. Los descendientes adulterinos no podrán adquirir de sus ascendientes, siempre que éstos tengan descendencia legítima o natural reconocida (52).

(51) PERLINGIERI. Por un Derecho Civil Constitucional español. A.D.C. Tomo XXXVI, fascículo I (1983), pág. 1 y ss. En concreto, pg. 14.

(52) En las notas a la Ley 153 se dice: El número 1) recoge doctrina de

Cómo fácilmente se deduce se trata de una incapacidad relativa, de menor alcance que el número 3 del artículo 252 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña. Según el número 1 de la Ley 153, no habiendo descendientes legítimos o naturales reconocidos, el hijo adulterino es capaz de recibir a título lucrativo, mortis causa o inter vivos.

El «Diario de Navarra» de 17 de mayo de 1983, publicó el Proyecto de Amejoramiento del Fuero Nuevo de Navarra. En el preámbulo del Proyecto se señala que «para dar coherencia al conjunto del Cuerpo Foral con la reforma parcial en cuanto a filiación, patria potestad y régimen de bienes del matrimonio, la Comisión ha tenido que estudiar otras materias no menos importantes del Derecho de Familia; y, como consecuencia, ha considerado obligada la modificación de las leyes... 153... relativa a la... capacidad para adquirir a título lucrativo...».

La Modificación de la Ley 153 consiste simplemente en la supresión del número 1 de la misma, y la lógica rectificación numérica del resto del precepto.

Así mismo el proyecto establece cinco disposiciones transitorias. La segunda de ellas relativa a las sucesiones: «Las sucesiones causadas antes de entrar en vigor este Amejoramiento se regirán por la legislación anterior en vigor; y las causadas después, quedarán sometidas al presente Amejoramiento, sin perjuicio de lo que establece la disposición transitoria primera».

Acerca de la repercusión de esta transitoria, con relación al problema de la capacidad para suceder, téngase por reproducido lo dicho antes, acerca de la transitoria octava en relación con la primera, de la Ley de 13 de mayo de 1981 reformadora del Código civil.

Por lo demás, es de notar cómo este precepto recoge unitariamente, como incapacidades, tanto las que se entienden como tal en sentido estricto, como lo que en el Código civil son causas de indignidad. Así el número 3 cuando entre en vigor el Amejoramiento, ahora número 4, añade al inicio de la ley 153 antes transcrito lo siguiente: «Las personas incapaces para suceder por las causas previstas en el artículo 756 del Código civil, salvo que se pruebe que el disponente conocía la causa al tiempo de ordenar la liberalidad».

Es curioso comprobar cómo un texto legal de buena factura técnica y con una raíz romana conocida incurre, en mayor grado, en lo que Roca Sastre, refiriéndose al Código civil calificó de «mescolanza fuente de confusiones» (53). Porque el precepto —Ley 153— en ningún momento utiliza la palabra indignidad. Es decir, no es, que como en el Código civil, se utilice el término incapaci-

F. G. 4, 3, 11. Vid. Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado (recopilación privada). Pamplona, 1971, pág. 172.

(53) ROCA SASTRE, *Anotaciones a Kipp. Derecho de Sucesiones*. V. II. Barcelona, 1951, pág. 377.

dad unas veces en sentido genérico (presumiblemente artículo 762) y otras en sentido específico (claramente artículos 752, 753 y 754) junto a la expresión incapaz por causa de indignidad (inciso inicial artículo 756); es que el término incapaz es utilizado en el número 4 de la Ley 153, junto a las tradicionales incapacidades, que se enumeran, pero no se califican tal, y todas quedan absorbidas en el término prohibiciones. «Pueden adquirir todas las personas, sin más *prohibiciones* que las siguientes».

Esta variedad de enfoque, puede deberse a la dificultad para establecer un régimen unitario acerca de la indignidad (54). Dificultad conocida entre los especialistas en Derecho Romano.

No siendo, entre ellos, la cuestión pacífica puede ser arriesgado dotar de una sistematización moderna a lo que en su raíz es un fenómeno muy atomizado. No falta sin embargo, en la romanística actual, loables intentos de lograr dicha sistematización (55).

---

(54) Así, NARDI, *I casi di indegnita nel Diritto sucesorio romano*. Milano, 1937. El propio título da una idea del planeamiento global del tema.

(55) Benito M.<sup>a</sup> REIMUNDO, *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho Romano clásico*. I. Universidad de Oviedo, 1983. En el prólogo de esta obra el profesor Torrent señala, como punto importante, una ponderación de la Tesis de Nardi. Falta por conocer la II Parte de la publicación de Reimundo.

