



Roj: **STS 4327/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4327**

Id Cendoj: **28079110012021100793**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/11/2021**

Nº de Recurso: **2687/2019**

Nº de Resolución: **781/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 3418/2019,**
STS 4327/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 781/2021

Fecha de sentencia: 15/11/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2687/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/11/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 21.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 2687/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 781/2021

Excm. Sra. y Excmos. Sres.

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 15 de noviembre de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Luis Pedro , representado por la procuradora D.ª Margarita López Jiménez y bajo la dirección letrada de D.ª Eva Solivella Moneva, contra la sentencia de fecha 13 de marzo de 2019, dictada por la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 171/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 25/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 73 de Madrid, sobre derechos sucesorios. Ha sido parte recurrida D. Juan Luis , representado por la procuradora D.ª M.ª Ángeles González Rivero y bajo la dirección letrada de D.ª M.ª Teresa Martín García; y D.ª Sonia y D.ª Tamara , representadas por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y bajo la dirección letrada de D. Fernando Pantaleón Prieto. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D. Luis Pedro interpuso demanda de juicio ordinario sobre declaración de existencia de derechos sucesorios del actor respecto a la herencia de su padre biológico D. Juan Luis , contra D.ª Alejandra , D. Candido , D. Tamara y D.ª Sonia , en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declare:

"la existencia de los derechos sucesorios de D. Luis Pedro respecto a la herencia de su padre, D. Juan Luis , y a cuantos otros derechos sucesorios traigan causa de ésta, condenando a los codemandados a estar y pasar por tales declaraciones, con expresa condena en costas a aquel o aquellos de los demandados que se opusieren".

2. La demanda fue presentada el 29 de diciembre de 2014 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 73 de Madrid, fue registrada con el n.º 25/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3. D.ª Tamara y D.ª Sonia , y D.ª Alejandra , a través de sus respectivas representaciones procesales, contestaron a la demanda mediante escritos por los que solicitaban la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la parte demandante.

D. Candido no contestó a la demanda.

4. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y se opuso a la demanda.

5. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 73 de Madrid dictó sentencia de fecha 26 de octubre de 2017, con el siguiente fallo:

"Se DESESTIMA LA DEMANDA formulada por D. Luis Pedro representado por el procurador Sr. López Jiménez y asistido de la letrada Sra. Solivella Moneva contra D. Candido representado por la procuradora Sra. González Rivero y asistida de la letrada Sra. Martín García, D.ª Alejandra representada por el procurador Sr. Caballero Aguado y asistida del letrado Sr. Pla Barniol, D.ª Sonia y D.ª Tamara representadas por el procurador Sr. Rodríguez Nogueira y asistidas del letrado Sr. Pantaleón y Sra. Garrote, con intervención del Ministerio Fiscal absolviendo a los demandados de los pedimentos efectuados en su contra, sin imposición de costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Luis Pedro .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 171/2018 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 13 de marzo de 2019, con el siguiente fallo:

"Que desestimando el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales Sra. López Jiménez, en nombre y representación de D. Luis Pedro , contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de 1.ª Instancia número 73 de los de Madrid, con fecha veintiséis de octubre de dos mil diecisiete, debemos confirmar y confirmamos la mencionada resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales devengadas en esta alzada".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. D. Luis Pedro interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

Único.- Al amparo del artículo 477.2.1.º LEC por infracción del art. 14 CE, derecho constitucional a la igualdad, en relación con el art. 39.2 CE sobre protección íntegra de los hijos y su igualdad ante la ley con independencia de su filiación.



2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 16 de junio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Pedro , contra la sentencia dictada, con fecha 13 de marzo de 2019, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.^a), en el rollo de apelación n.º 171/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 25/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 73 de Madrid".

3. Se dio traslado a las partes recurridas y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4. Por providencia de 8 de octubre de 2021 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 2 de noviembre de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tras haber quedado establecida por sentencia firme dictada en el año 2013 la filiación respecto del progenitor fallecido en 1962, el actor interesa que se declaren sus derechos sucesorios en la herencia del padre. La herencia fue aceptada en 1962 por todos los herederos y legitimarios conforme al derecho vigente entonces, y la partición concluyó en 1965 con la protocolización notarial de la partición y adjudicación de los bienes del caudal relicto.

La sentencia recurrida establece como hechos probados:

"D. Luis Pedro , nacido el día NUM000 de 1961, es hijo biológico de D.^a Milagros y de D. Juan Luis , tal y como se reconoció en relación con la paternidad de este último en sentencia firme dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 49 de los de Madrid, con fecha 24 de enero de 2013, recaída en el procedimiento ordinario 854/11 de los seguidos en el mismo, se encontraba casada su madre, D.^a Milagros , con D. Nemesio (sic).

"Tal y como se desprende del documento unido al folio 34 de las actuaciones, D. Juan Luis falleció el día 6 de mayo de 1962, habiendo otorgado testamento con fecha 31 de marzo de 1955. En este testamento, unido al folio 46, instituyó herederos por partes iguales a sus dos hijas legítimas D.^a Rocío y D.^a Tamara , así como a los demás hijos que pudiera tener de su matrimonio, y en el tercio de libre disposición instituyó herederos a sus dos hijos naturales D.^a Alejandra y D. Candido por iguales partes, y en sustitución de éstos en su caso a sus descendientes.

"Al fallecimiento del Sr. Juan Luis se procedieron a efectuar las correspondientes operaciones particionales, que fueron aprobadas por Auto dictado por el Juzgado de 1.^a Instancia número 16 de los de Madrid, de fecha 7 de junio de 1965, protocolizándose debidamente las operaciones referidas con fecha 9 de diciembre de 1965 (folio 85)".

El 29 de diciembre de 2014, D. Luis Pedro presenta demanda contra D.^a Alejandra y D. Candido , y contra D.^a Rocío y D.^a Tamara . Solicita que se declare la existencia de derechos sucesorios del demandante en la herencia de su padre, D. Juan Luis .

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por aplicación de la disp. transitoria 8.^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. La sentencia, tras un análisis de la jurisprudencia de esta sala, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluye que en el caso no concurre ninguna de las circunstancias por las que sería admisible aplicar retroactivamente el principio de igualdad de los hijos en una sucesión hereditaria. El juzgado, además de mencionar que la sucesión tuvo lugar antes de que España ratificara (el 10 de octubre de 1979) el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), tiene en cuenta, de una parte, que se trata de una sucesión abierta en 1962 que se agotó en 1965 con la aprobación judicial de la partición y posterior protocolización notarial y, de otra parte, que la filiación del demandante respecto del causante no quedó establecida hasta 2013, años después de la apertura de la sucesión.

El demandante interpone recurso de apelación. En síntesis, argumenta: que, al no reconocerle los derechos sucesorios en la herencia de su padre, la sentencia vulnera el principio de igualdad del art. 14 CE y es contraria a los arts. 39 y 53.3 CE, en relación con el art. 33.1 CE y art. 8 CEDH, al perpetuar después de la Constitución una discriminación por razón de nacimiento; que, nacido el menor de los hijos del causante -con quien se



halla acreditado que este mantuvo, desde antes de su nacimiento y hasta su propio fallecimiento, ocho meses después, un vínculo de afecto paterno que implica la existencia de vida familiar en el sentido del art. 8 del CEDH- al tiempo de practicarse las operaciones particionales y su protocolización, con omisión del menor de los hijos (que no podía siquiera podía reclamar su reconocimiento de su condición de hijo) la sucesión no está "agotada" o "fenecida" al haberse producido su aparente agotamiento "en falso" al no haber operado la vocación y delación hereditaria; que prestan cobertura también a su pretensión los arts. 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la resolución de la Asamblea General de 10 de diciembre de 1948, a la que directa y expresamente se refiere el art. 10.2 CE; que su preterición en el testamento no fue intencional, pues fue concebido después del otorgamiento del testamento; que en el momento de su nacimiento no era posible el reconocimiento por el padre de un hijo "adulterino" y persistió la imposibilidad de reclamar por sí mismo antes de la Constitución de 1978 por ser menor de edad; que solo después de su mayoría de edad fue posible la determinación biológica de su filiación; que la filiación produce efectos desde que tuvo lugar (art. 112 CC) y los derechos a la sucesión de los herederos se vinculan con el hecho de la muerte (art. 657 CC); que, aunque la sentencia no se pronuncia sobre la excepción de prescripción invocada por los demandados, no hay prescripción porque no se reclama la herencia, ni parte de la herencia ni bienes de la misma, lo que eventualmente reclamaría en otro procedimiento, sino que solicita la declaración judicial de la existencia de derechos sucesorios como proyección del derecho de igualdad y de no discriminación por razón de nacimiento.

La Audiencia desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia del juzgado, haciendo suyos sus razonamientos. La sentencia de apelación parte de la interpretación efectuada por esta sala y por el Tribunal Constitucional de la disp. transitoria 8.ª de la Ley 11/1981 y razona que, en el caso, la sucesión se abrió antes de la Constitución, por lo que debía regirse por las normas vigentes en el momento del fallecimiento del causante (que solo reconocía a los hijos de padres que no podían contraer matrimonio entre sí un derecho de alimentos), sin que la determinación de la filiación del actor después de la Constitución permita su aplicación retroactiva en relación con actos que habían agotado ya sus efectos en el momento de la entrada en vigor de la Constitución.

El demandante ha interpuesto recurso de casación.

SEGUNDO.- El recurso de casación se funda en un motivo en el que, al amparo del art. 477.2.1.º LEC, denuncia la infracción del art. 14 CE (derecho constitucional a la igualdad) en relación con el art. 39.2 CE, sobre protección íntegra de los hijos y su igualdad ante la ley con independencia de su filiación.

En su desarrollo alega que la base del reconocimiento de los derechos sucesorios del actor como hijo de D. Juan Luis , fallecido el 6 de mayo de 1962, es el respeto al derecho constitucional y principio de no discriminación por razón de nacimiento. Argumenta que su filiación no pudo quedar establecida en el momento de su nacimiento, a pesar de las muestras de reconocimiento y afecto del padre hacia el hijo; que solo después de la Constitución y de la posibilidad de la práctica de pruebas biológicas quedó determinada la filiación del actor en virtud de sentencia, por lo que no puede hablarse de que la sucesión del padre hubiera agotado sus efectos, dado que en el momento del fallecimiento del padre no se produjo la vocación y delación hereditaria a favor del actor. Razona que la sentencia recurrida le niega sus derechos en contra de los arts. 14 y 39.2 CE, y que debe prevalecer el reconocimiento de su filiación, producido en 2013, tras la vigencia de la Constitución. Añade que la aplicación de las normas sucesorias preconstitucionales es contraria a los arts. 14 y 8 del CEDH y a los arts. 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, para cuyo reconocimiento, añade, se realiza el citado Convenio.

TERCERO.- Las dos sentencias de instancia se apoyan para desestimar la demanda en la jurisprudencia reiterada de la sala que, para casos semejantes al litigioso, interpretando la disp. transitoria 8.ª de la Ley 11/1981, de 11 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, ha concluido que las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución se rigen por las normas anteriores a la Ley 11/1981. Así, en la sentencia 896/2007, de 31 de julio (con cita de otras anteriores), seguida por la sentencia 733/2014, de 29 de abril de 2015.

La sentencia 357/2016, de 1 de junio, con cita de la sentencia 79/2013, de 1 de marzo, declaró que, sin alterar el carácter general de la doctrina expuesta, debía precisarse la jurisprudencia respecto de las relaciones jurídicas no agotadas o pendientes de ejecución. La sentencia 357/2016 entendió que, en el caso, la aplicación retroactiva del principio de igualdad encontraba su fundamento en el hecho de que las relaciones sucesorias no se encontraban consolidadas o agotadas antes de la entrada en vigor de la Constitución. Se trataba de un supuesto en el que, si bien la causante falleció antes de la Constitución, después de la misma se declaró judicialmente la ineficacia del nombramiento de heredero por incumplimiento de la carga impuesta en el testamento y se discutía si después de la Constitución podía recibir los bienes una prima hermana de la causante, que con arreglo al Derecho vigente en el momento de la apertura de la sucesión, por ser hija "natural" no podría heredar a la familia "legítima" de su padre.



CUARTO.- El recurrente dice conocer esta jurisprudencia pero razona que, frente a lo que entendió la sentencia recurrida, en el presente caso la sucesión no está agotada o cerrada porque cuando falleció el causante no se produjo la vocación y delación hereditaria a favor del hijo, dado que carecía de derechos sucesorios y dado que su filiación no podía determinarse en ese momento con arreglo al régimen de filiación preconstitucional. La singularidad del caso, según el recurrente, consistiría en que su filiación solo pudo quedar determinada después de la vigencia de la Constitución, lo que daría lugar a que la sucesión estuviera "en curso" después de la Constitución.

El argumento no puede ser aceptado.

Cabe observar, en primer lugar, que la especificidad que el recurrente quiere atribuir a su caso no es tal. Respecto de los supuestos decididos por esta sala en los que la filiación pudo quedar determinada conforme al Derecho anterior (así, respecto de los llamados "ilegítimos naturales"), porque lo relevante sería la discriminación que se producía a efectos sucesorios (en el caso litigioso, por lo demás, dos de los demandados se encontrarían en esa situación). Pero, además, porque no es la primera vez que se plantea un supuesto en el que la sucesión se abrió antes de la Constitución y la filiación del demandante se estableció por sentencia con posterioridad a la Constitución. En esas circunstancias, la sentencia 733/2014, de 29 de abril de 2015, declaró la improcedencia de la aplicación retroactiva del principio constitucional de no discriminación respecto de relaciones sucesorias que se consideraron agotadas o consumadas, y la STC 105/2017, de 18 de septiembre, desestimó el recurso de amparo interpuesto.

Por otra parte, el dato de que la filiación no pudiera determinarse antes de la Constitución, por ser el actor "hijo ilegítimo no natural" en la terminología preconstitucional, por sí solo, no justificaría la inaplicación de la norma recogida por el legislador en la disp. transitoria 8.ª de la Ley 11/1981, fundada en el respeto a los derechos adquiridos y en el principio de seguridad jurídica, que es también un principio constitucional (art. 9.3 CE). La negativa por parte de las sentencias de instancia al reconocimiento de derechos sucesorios instado ahora por el actor no deriva de la aplicación de las normas discriminatorias que quedaron derogadas por la Constitución, sino de la valoración de la imposibilidad de remover ese resultado en atención al conjunto de circunstancias concurrentes en el caso, como son el tiempo transcurrido desde la apertura de la sucesión y la adquisición de los derechos por quienes fueron llamados a la herencia conforme al régimen legal vigente en ese momento.

Las anteriores consideraciones, como vamos a explicar a continuación, son además coherentes con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) elaborada en torno al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

QUINTO.- En el caso que juzgamos, la determinación de la filiación del actor en el año 2013 y el planteamiento del presente procedimiento judicial, todo ello después de la ratificación por España del Convenio (el 4 de octubre de 1979, instrumento de ratificación publicado en el BOE del 10 de octubre), no convierte a la sucesión del causante en una sucesión abierta, ni la negativa a remediarlo ahora puede comportar a efectos del Convenio una nueva discriminación que, de producirse ahora, sí estaría proscrita por el Convenio. No solo es que la apertura de la sucesión se produjera en 1962 sino que en 1965 se realizó la partición de todos los bienes del caudal relicto. La discriminación del recurrente tuvo lugar tras el fallecimiento del causante, pues la partición de la herencia entre todos los herederos y legitimarios conforme al derecho vigente entonces lo excluyó de la herencia de su padre. Por ello, la corrección en este momento de la discriminación sufrida por el recurrente con anterioridad a la vigencia del Convenio comportaría una aplicación retroactiva de la misma, lo que ha sido rechazado por el TEDH por aplicación del art. 28 del Convenio de Viena del Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1968, que establece el principio de no retroactividad (así, con cita de su propia jurisprudencia, STEDH, Gran Sala, de 8 de marzo de 2006, caso Blečić c. Croacia).

A la misma conclusión desestimatoria de la demanda, y ahora del recurso de casación, llegaríamos aun de considerar que la determinación de su filiación en 2013 permitía analizar la pretensión del recurrente de que se reconozcan derechos hereditarios en la herencia de su padre desde el punto de vista de los arts. 14 (prohibición de discriminación) y 8 (respeto a la vida privada y familiar) del CEDH (y el protocolo adicional 1, respeto a la propiedad). En efecto, a tal conclusión se llega a la vista de los criterios establecidos por la jurisprudencia del TEDH al interpretar estos artículos cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación por los tribunales nacionales de las normas transitorias de las legislaciones que, al mismo tiempo que introdujeron el principio de no discriminación de los hijos en materia sucesoria, establecieron fechas de corte para aplicar el principio de igualdad.

SEXTO.- Debemos comenzar destacando que el propio TEDH se ha cuidado de fijar los límites temporales de su jurisprudencia. Así, en la célebre STEDH de 13 de junio de 1979, caso Marckx c. Bélgica (en donde no llegó a haber actos particulares de ejecución de las normas que discriminaban por razón de filiación en materia hereditaria), la Gran Sala, que apreció vulneración de los arts. 8 y 14 del Convenio en las normas belgas que



discriminaban a los hijos de madres solteras, advirtió que el principio de seguridad jurídica, necesariamente inherente tanto al derecho del Convenio como al comunitario, dispensaba al Estado belga de volver sobre aquellos actos o situaciones jurídicas anteriores a la sentencia del TEDH. Esta doctrina fue seguida por la STEDH de 29 de noviembre de 1991, caso Vermeire c. Bélgica, que consideró que el Estado belga había violado el art. 14 combinado con el art. 8 al excluir a la nieta, hija natural de un hijo premuerto, de la herencia del abuelo (fallecido en 1980, después de la sentencia Marckx), pero no en cambio en la de su abuela (fallecida en 1975, antes de la sentencia Marckx, a pesar de que la partición se hizo, juntamente con la herencia del abuelo, después de dicha sentencia).

Por otra parte, en la decisión de los casos concretos de que se ocupa, el TEDH valora si, por las circunstancias concretas de cada caso, la diferencia de trato sucesorio puede considerarse razonable y proporcionada a los fines que se persiguen con la norma de derecho transitorio que la establece o si, por el contrario, carece de justificación razonable y deriva exclusivamente del origen de la filiación.

Sintetizaremos en lo esencial dicha jurisprudencia limitándonos a destacar lo que interesa a efectos de este recurso:

- La STEDH de 1 de febrero de 2000, caso Mazurek c. Francia, considera que la única razón que explica que el demandante se viera penalizado en el reparto de la herencia de su madre fue su condición de adulterino, de acuerdo con el derecho entonces aplicable; el Tribunal considera aplicable el Protocolo adicional 1, que garantiza el derecho de propiedad (en la medida en que la madre del demandante había muerto en 1990 y el demandante había adquirido automáticamente derechos hereditarios sobre su sucesión en ese momento conforme al derecho aplicable) y carece de justificación objetiva y razonable la diferencia de trato recibida en el reparto en 1993, por lo que es discriminatoria y conculca el art. 14. El mismo criterio es seguido en la STEDH de 22 de diciembre de 2004, caso Merger y Cros c. Francia.

- La STEDH de 21 de octubre de 2008, caso Alboize-Barthes y Alboize-Montezume c. Francia, tiene en cuenta que el fallecimiento del padre de los demandantes antes de haberse establecido su filiación les impedía disponer de los derechos hereditarios sobre los bienes del difunto y reclamar su titularidad. El Tribunal rechaza la demanda de las hijas (cuya filiación quedó establecida en 1997) dirigida a que se les reconozcan derechos en la herencia del padre, fallecido en 1955, año en el que la herencia fue liquidada, partida y adjudicada a la viuda y a una hermana del causante. Al no ser aplicable el Protocolo adicional 1 (que se refiere al respeto a la propiedad de los bienes actuales y no garantiza el derecho a adquirir por vía sucesoria), no hay vulneración del art. 14, y las demandantes no invocaron ante el Tribunal de manera adecuada ni la discriminación operada por la ley francesa respecto al derecho al respeto de su vida familiar (art. 8), ni Francia había ratificado el Protocolo número 12 al Convenio, hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000, que prohíbe la discriminación en cualquier ámbito (y, por lo que se refiere al caso que juzgamos, este Protocolo no entró en vigor en España hasta el 1 de junio de 2008, de acuerdo con el Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 14 de marzo de 2008, es decir, cuando la herencia estaba totalmente liquidada).

- La STEDH de 7 de febrero de 2013, caso Fabris c. Francia, pone de relieve que, al igual que sucedió en los asuntos Mazurek y Merger y Cros, y a diferencia del asunto Alboize-Barthes y Alboize-Montezume, los intereses del demandante entran en el ámbito del Protocolo adicional 1 y del derecho al respeto de los bienes que garantiza, lo que es suficiente para hacer aplicable el art. 14. En un caso en el que al demandante se le impidió obtener la reducción de la donación-partición de la que había sido excluido en razón de su condición de hijo adulterino, el Tribunal reconoce que la estabilidad de las sucesiones completadas constituye un fin legítimo susceptible de justificar una diferencia de trato, pero siempre que exista proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Proporcionalidad razonable que, en el caso, en atención a las circunstancias, no se da: los hermanos demandados adquirieron bajo reserva de la acción de reducción prevista en la ley los derechos patrimoniales a raíz de la donación-partición de 1979, que actuó como reparto sucesorio en el momento del fallecimiento de la madre en el año 1994, y el demandante ejerció en plazo la acción en defensa de su derecho:

"68. Por tanto, el Tribunal recuerda que "la protección de la "confianza" debida del finado y de su familia debe desvanecerse ante el imperativo de la igualdad de trato entre hijos nacidos dentro el matrimonio e hijos nacidos fuera de éste (Brauer, ap. 43). Al respecto, considera que el hermanastro y la hermanastra del demandante sabían -o deberían haber sabido- que sus derechos podían ser atacados. En efecto, cuando tuvo lugar el fallecimiento de la madre, en 1994, la Ley preveía un plazo de cinco años para ejercer una acción en reducción de la donación-repartición. Los legítimos herederos debían por tanto saber que su hermanastro podía solicitar su parte hereditaria hasta 1999, y que dicha acción era susceptible de reabrir el proceso, no el reparto como tal, sino la dimensión de los derechos de cada uno de los descendientes. Además, la acción en reducción que el demandante finalmente puso en marcha en 1998 se encontraba pendiente ante las jurisdicciones nacionales en el momento en el que se pronunció la sentencia del asunto Mazurek, que declaraba incompatible con el



Convenio una desigualdad sucesoria basada en el nacimiento fuera del matrimonio, y de la publicación de la Ley de 2001, que daba curso legal a dicha sentencia al incorporar en el derecho francés los principios allí afirmados. Por tanto, el demandante no era un descendiente cuya existencia ignorasen, ya que había sido reconocido como hijo ilegítimo de la madre a través de una sentencia dictada en 1983 (apartado 12 supra; mutatis mutandis Camp y Bourimi, ap. 39). Ello basta para albergar dudas justificadas sobre la realidad del reparto sucesorio realizado al fallecimiento de la Señora Estefanía . en 1994 (conclusiones del abogado general, apartado 22 supra).

"69. Sobre este último punto, el Tribunal subraya que, según el Gobierno, la especificidad de la donación-repartición impedía poner en duda una situación jurídica existente, puesto que en su virtud, en el presente asunto el reparto de los bienes se realizó en 1970 y devino definitivo al fallecimiento del finado, a pesar del recurso jurisdiccional en curso (apartados 40 y 41 supra). El demandante se opone a dicha tesis (apartado 46 supra). En las circunstancias particulares de este asunto, en el que la jurisprudencia europea y las reformas legislativas nacionales muestran una clara tendencia hacia la supresión de toda discriminación de los niños nacidos fuera del matrimonio con relación a sus derechos hereditarios, el Tribunal considera que el recurso interpuesto por el demandante en 1998 ante el juez nacional y desestimado por este en 2007, tiene un gran peso en el examen de la proporcionalidad de la diferencia de trato (apartados 22 y 68 supra, y el apartado 72 infra). El hecho de que este recurso siga todavía pendiente en 2001 no puede sino relativizar las expectativas de los otros herederos de la Señora Estefanía . para ver reconocidos los derechos inconclusos sobre la sucesión de ésta.

"70. También, a la vista de lo que precede, el Tribunal considera que el fin legítimo de protección de los derechos sucesorios del hermanastro y de la hermanastra del demandante, no tiene un peso tal que deba predominar sobre la pretensión del demandante de obtener una parte de la herencia de su madre.

"71. Por otra parte, parece que, incluso a los ojos de las autoridades nacionales, las expectativas de los herederos que se han beneficiado de una donación-repartición no deben ser protegidos en todo caso. En efecto, si la propia acción en reducción de la donación-repartición hubiera sido ejercida en el mismo momento por otro hijo legítimo, nacido después o excluido voluntariamente del reparto, este fin de la no-recepción no se hubiera esgrimido en su contra.

"72. Al respecto, el Tribunal considera discutible que en 2007, años después de las mencionadas sentencias Marcks y Mazurek, el juez nacional haya podido modular de forma diferente la protección de la seguridad jurídica según afecte a un hijo legítimo o a un hijo adulterino. Señala también que el Tribunal de Casación no ha respondido al medio principal invocado por el demandante y que hace referencia al desprecio por el principio de no discriminación tal como lo garantiza el artículo 14 del Convenio. Además, ya ha considerado que los tribunales deben examinar con rigor los medios que hacen referencia a los "derechos y libertades" garantizados por el Convenio a los que se acogen y que se trata de un corolario del principio de subsidiariedad (Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo, núm. 76240/01, ap. 96, 28 de junio de 2007, y Magnin contra Francia (dec.), núm. 26219/08, 10 de mayo de 2012)".

- La STEDH de 14 de marzo de 2019, caso Quilichini c. Francia concluye que en el caso hubo violación del art. 14 del Convenio junto con el Protocolo adicional 1 y no existió una relación de razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo legítimo perseguido, de modo que la diferencia de trato de la que fue objeto la demandante no tenía una justificación objetiva y razonable. Ello por cuanto el tribunal francés, al aplicar las disposiciones transitorias de su reforma del año 2001, no explicó las razones por las que, conforme al derecho interno, los derechos indivisos del padre de la demandante sobre un inmueble que formaba parte de la herencia de su abuelo y que se dividía en 2005, ya habían sido repartidos mediante la anterior partición otorgada en 1992 y en la que la demandante, nacida fuera de matrimonio, aceptó menor parte a la percibida por sus hermanos. El TEDH considera que la partición del inmueble litigioso no se ha podido practicar concretamente hasta 2005, en fecha posterior a su jurisprudencia y también tiene en cuenta que la demandante impugnó la partición de 2005 en el plazo previsto, por lo que la diferencia de trato recibida no tenía otra justificación que el haber nacido fuera de matrimonio, a pesar de que los herederos legítimos eran plenamente conscientes de la existencia de la demandante y no podían excluir que aprovechara un nuevo acto para cuestionar el porcentaje de derechos de cada uno de los hijos.

- Desde otro punto de vista, en atención al Derecho nacional aplicado (la disposición transitoria de una norma de la RDA que excluyó de la sucesión a los nacidos habidos fuera de matrimonio que hubieran nacido antes del 1 de julio de 1949), y las circunstancias concurrentes, la STEDH de 28 de mayo de 2009, caso Brauer c. Alemania, apreció discriminación en la exclusión de la demandante, nacida en 1948, de la herencia de su padre, fallecido en 1998. El Tribunal reconoce que, en atención a la mentalidad de la época, la finalidad de la excepción al principio de igualdad trataba de garantizar de manera legítima la seguridad jurídica y la confianza del causante y su familia, pero no aprecia proporcionalidad con el fin perseguido en atención a



las circunstancias concurrentes (la demandante fue reconocida por el padre al poco de nacer y mantuvieron correspondencia durante el tiempo en que él vivía en la RFA y ella en la RDA; el padre solo tenía descendientes de tercer grado con los que apenas mantenía relación; la demandante vivió en un contexto social de igualdad de los hijos pero no pudo aprovecharse de la equiparación de los hijos porque el padre no vivía en la RDA en el momento de la unificación).

- El mismo criterio es reiterado por la STEDH de 9 de febrero de 2017, caso *Mitzinger c. Alemania*, que consideró relevante que la hija (reconocida en 1951) visitara durante años al padre y a su mujer, quien no podía desconocer su existencia; también que el padre falleció en 2009, momento en el que por los cambios legislativos y sociales y la propia jurisprudencia del Tribunal cabía pensar que la hija haría valer sus derechos, por lo que las expectativas de la viuda no se pudieron ver sorprendidas cuando la demandante reclamó ante los tribunales nacionales inmediatamente después del fallecimiento del padre.

- La STEDH, de 23 de marzo de 2017, caso *Wolter y Sarfert c. Alemania* (respecto de las nuevas transitorias introducidas en la ley alemana de 2011, que mantuvieron la exclusión de los derechos sucesorios de los hijos nacidos antes del 1 de julio de 1949, añadiendo que el fallecimiento del padre debía haberse producido antes de la sentencia del caso *Bauer*), con cita de la doctrina del caso *Fabris* y del caso *Markx*, declara que el Tribunal puede aceptar que si los derechos sobre la herencia de la familia han adquirido fuerza legal y no pueden ser impugnados conforme al derecho nacional en función de los plazos de caducidad o prescripción no será necesario anular una decisión firme, pero si esos derechos todavía pueden ser impugnados con arreglo al derecho nacional y la posición legal protegible es solo "relativa", los derechos de los hijos no matrimoniales deben ser exigibles como cualquier otro derecho de tercero. Por ello, el resultado de la ponderación de los intereses en juego en cada caso no debería ser distinto en función de si el demandante es un hijo "ilegítimo" privado de sus derechos sucesorios conforme al derecho nacional u otro heredero privado presuntamente de sus derechos.

La sentencia precisa que, entre las circunstancias que deben tomarse en consideración para valorar si la diferencia de trato sucesorio dada a los hijos por razón de su origen es desproporcionada respecto del fin de preservar la seguridad jurídica, la protección de la voluntad del fallecido, y las expectativas razonables de su familia, se encuentran: el conocimiento de las personas interesadas, la situación de los derechos sucesorios involucrados, y el paso del tiempo en la presentación de las reclamaciones. Es decir, si quien recibió los bienes de la herencia conocía la existencia de los hijos no matrimoniales, la posibilidad de que estos ejercieran su reclamación con arreglo al derecho interno en función de los plazos de ejercicio de las acciones y el tiempo que dejaron pasar antes de hacerlo. Desde ese punto de vista, en los dos casos acumulados de que se ocupa, el TEDH concluye que, a la vista de las concretas circunstancias de cada uno de ellos, no se aprecia una razonable relación de proporcionalidad entre el medio empleado y el objetivo perseguido.

SÉPTIMO.- Como hemos anticipado, y resulta de la síntesis expuesta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la sentencia recurrida no es contraria a la interpretación que ese Tribunal ha venido haciendo de la prohibición de discriminación por razones de filiación respecto de derechos sucesorios en atención al momento en que se han producido los hechos y sus efectos.

El TEDH parte de que se necesitan razones muy poderosas para que sea compatible con el Convenio una diferencia de trato en los derechos sucesorios de los hijos en función del carácter matrimonial o no de su filiación. Pero también reconoce la legitimidad de las disposiciones transitorias que delimitan la aplicación temporal de las leyes nacionales de equiparación de los derechos sucesorios de los hijos y admite que la protección de los derechos adquiridos y la estabilidad de las situaciones derivadas de particiones consumadas están al servicio de la seguridad jurídica, que es un valor inherente al Convenio.

No se aplica el Convenio cuando la vulneración de los derechos del demandante se produjo antes de su vigencia y, para los supuestos en los que la vulneración se produce vigente el Convenio, en cada caso, en función de las circunstancias concurrentes, el TEDH pondera si la desigualdad se basa exclusivamente en el carácter no matrimonial de la filiación o si se funda en una justificación objetiva y razonable, llegando a plantear como elemento esencialmente valorativo si, por las circunstancias, la protección de la seguridad jurídica aplicada por el tribunal nacional se hubiera podido modular de un modo diferente si quien reclamara fuera un hijo matrimonial (caso *Fabris*, párrafos 59, 62, 66, 68, 69, 71-74; caso *Wolter y Sarfert*, párrafos 58-66, 72 ss.; caso *Quilichini*, párrafos 36-45).

En el caso que juzgamos, el recurrente pretende que se declaren sus derechos sucesorios porque la filiación no pudo quedar determinada en el momento del nacimiento y considera que, por esta razón, la sucesión no puede estar "agotada y cerrada". Estos argumentos no pueden admitirse, como ya hemos dicho en el fundamento jurídico cuarto y reiteramos ahora a la vista de la jurisprudencia del TEDH.



El recurrente considera una exigencia del principio de igualdad proclamado por la Constitución de 1978 que se reconozcan ahora los derechos sucesorios a partir de una filiación determinada por sentencia en 2013 (en virtud de una demanda presentada en 2011), ignorando los derechos adquiridos por los demandados conforme a la legalidad vigente en un momento en el que no estaba determinada la filiación del demandante.

La sucesión se abrió en 1962, fue aceptada ese mismo año por todos los herederos y legitimarios conforme al derecho vigente entonces, y la partición concluyó en 1965 con la protocolización notarial de la partición y adjudicación de los bienes del caudal relicto. No se ha producido posteriormente un nuevo acto, una nueva partición, un nuevo llamamiento a la herencia del padre en el que el demandante pretenda hacer valer su condición de hijo y que permita valorar si, por aplicación del principio de igualdad, debería beneficiarse ahora.

Lo que el recurrente pretende, en definitiva, es que se actúe como si él hubiera sido llamado a la herencia cuando murió el padre, cosa que no sucedió, de acuerdo con el derecho entonces vigente. Entender otra cosa a partir de la determinación de su filiación en 2013 no solo sería contrario a las normas del derecho de sucesiones y a la disp. transitoria 8.ª de la Ley 11/1981, sino que supondría la aplicación retroactiva de la Constitución a unas relaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la vigencia de la legalidad anterior, conculcando el razonable respeto a los derechos adquiridos por los demandados, en contra de la jurisprudencia del TEDH.

Por lo demás, aunque es evidente que los derechos de los demandados son derechos adquiridos y no meras expectativas, por lo cual lo que se va a decir a continuación no es determinante, lo cierto es: que la escueta referencia que hace el recurrente a las muestras de afecto del padre antes de su fallecimiento hacia el recién nacido apenas podría fundar la existencia de "vida familiar" en el sentido del art. 8 del Convenio; desde luego, no permite deducir que en el momento de la apertura de la sucesión y de la liquidación y partición fuera conocida por los demás herederos la existencia del demandante; tampoco se aprecia que hubiera razones para que en aquel momento los demandados pudieran pensar que los derechos que adquirirían estaban expuestos a una reclamación, por ser perfectamente ajustados a la legislación vigente y a las concepciones sociales de la época. Es decir, que en la ponderación de los intereses en juego, de acuerdo con los criterios establecidos por la jurisprudencia del TEDH, no se advierte ninguna circunstancia que avale la tesis del recurrente.

En última instancia, y puesto que en la jurisprudencia del TEDH la piedra de toque es que el resultado al que se llegue en cada caso en la ponderación de los intereses en juego no debería ser distinto en función de si el demandante es un hijo "ilegítimo" privado de sus derechos sucesorios conforme al derecho nacional u otro heredero privado presuntamente de sus derechos (caso Fabris, parágrafo 72, caso Wolter y Sarfert, parágrafo 65), cabe añadir lo siguiente.

Manteniendo los demás hechos del caso que juzgamos, un hipotético hijo matrimonial del causante y cuya filiación, por error, no hubiera quedado inicialmente determinada (o un hijo matrimonial que hubiera sido preterido en el testamento del padre), que pretendiera el reconocimiento de sus derechos sucesorios mediante la interposición de una demanda en el año 2014 tampoco obtendría una respuesta diferente a la que se da al aquí demandante, pues además de todas las razones expuestas, por los años transcurridos desde la posesión de los bienes (la sucesión se abrió en 1962 y el 9 de diciembre de 1965 se otorgó el acta de protocolización de la herencia) jugaría a favor de los demandados la usucapión extraordinaria.

Ello sin que resulte necesario ya en este caso, en atención a todo lo expuesto, entrar en el análisis del transcurso del plazo de prescripción de la acción ejercitada (sobre lo que la sentencia recurrida no se pronuncia), cuestión que el demandante ha tratado de obviar reiterando que solo pide que se declare judicialmente la existencia de su derecho sucesorio pero que no reclama la herencia, o parte de la herencia o bienes concretos de la herencia.

OCTAVO.- Por todo lo anterior, el recurso de casación se desestima, pues la sentencia recurrida, al aplicar al caso la disp. transitoria 8.ª de la Ley 11/1981, de 11 de mayo, no solo es conforme a la doctrina de esta sala, avalada por el Tribunal Constitucional, sino que además es respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues la desestimación de la pretensión del actor de que se reconozcan sus derechos sucesorios, por las circunstancias del caso, es razonablemente proporcional al objetivo legítimo perseguido por la norma de respeto a los derechos adquiridos de los demandados.

NOVENO.- Dada la desestimación del recurso, procede condenar a la parte recurrente al pago de las costas devengadas por el mismo y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Luis Pedro , contra la sentencia dictada, con fecha 13 de marzo de 2019, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª), en el rollo de apelación n.º 171/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 25/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 73 de Madrid.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación.

3.º- Acordar la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ