



Roj: **SAP C 1480/2016** - ECLI: **ES:APC:2016:1480**

Id Cendoj: **15030370032016100229**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **01/06/2016**

Nº de Recurso: **180/2016**

Nº de Resolución: **219/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSEFA RUIZ TOVAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00219/2016**

**ROLLO: RECURSO DE APELACIÓN (LECN) -RPL Nº 180/2016-**

**SENTENCIA**

AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN TERCERA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DÑA. MARÍA JOSEFA RUÍZ TOVAR, PTA.

DÑA. MARÍA JOSÉ PÉREZ PENA.

D. RAFAEL JESÚS FERNÁNDEZ PORTO GARCÍA

En A CORUÑA, a uno de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS en grado de apelación ante esta **Sección 3ª** de la Audiencia Provincial de **A CORUÑA**, los autos de **juicio ordinario núm. 268/2015**, procedentes del **juzgado de primera instancia núm. 1 de Negreira**, a los que ha correspondido el **Rollo RPL núm. 180/2016**, en los que es parte **apelante**, la demandante, **DOÑA Ascension**, provista del documento nacional de identidad nº NUM000, con domicilio en CALLE000, NUM001 - NUM002, Negreira, representada por la procuradora doña María de los Ángeles Regueiro Muñóz, bajo la dirección del abogado don José María López López; con la preceptiva intervención del **MINISTERIO FISCAL**, en concepto de apelado en calidad de defensor judicial de los menores Fermín y Guillermo; versando los autos sobre preterición intencional.

Y siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Presidenta Dª MARÍA JOSEFA RUÍZ TOVAR.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**ACEPTANDO** los de la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 1 de Negreira, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo desestimar y DESESTIMO la demanda interpuesta por la representación de Ascension contra Fermín y Guillermo, y, en consecuencia, absuelvo a estos últimos de las pretensiones ejercitadas en su contra en méritos del presente procedimiento".

**PRIMERO.**- Interpuesta la apelación por doña Ascension, y admitida, se elevaron los autos a este Tribunal, con emplazamiento de las partes, compareciendo en tiempo y forma para sostener dicho recurso la Procuradora Sra. Regueiro Muñóz.



**SEGUNDO.-** Registradas las actuaciones en esta Audiencia, fueron turnadas a esta Sección. Por diligencia de ordenación de fecha 19 de abril de 2016, se admite el recurso, mandando formar el correspondiente Rollo y designando Ponente. Se tiene por parte a la Procuradora Sra. Regueiro Muñóz, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Ascension , en calidad de apelante; y se tiene por parte como apelado al Ministerio Fiscal, quien actúa en calidad de defensor judicial de los menores Fermín y Guillermo . No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba ni celebración de vista, se dio cuenta a la Sra. Presidenta de la llegada de los autos e incoación del recurso a efectos de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda. Por providencia de fecha 9 de mayo de 2016 se señaló para deliberación, votación y fallo el pasado día 31 de mayo del año en curso.

**TERCERO.-** En la sustanciación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada.

**PRIMERO.** - Se alza la parte demandante frente a la integra desestimación de la demanda, interesando la declaración de que los hijos del causante Fermín y Guillermo son legitimarios del causante y por tanto herederos del mismo. Para en segundo término solicitar que les corresponde la percepción de la # parte del haber hereditario líquido, manteniendo la institución de heredera de la demandante y la validez del testamento.

Pues bien; constituyen antecedentes fácticos de la presente resolución los siguientes: D. Romualdo otorgó testamento ante notario el 26 de febrero de 2.007, instituyendo heredera a su convecina Doña Ascension . Ulteriormente el 23 de septiembre de 2.011 contrajo matrimonio con la misma, teniendo dos hijos Fermín , nacido el NUM003 de 2.011, y Guillermo -póstumo- el NUM004 de 2.015, habiendo fallecido el causante el 11 de febrero de 2.015.

Sin duda los descendientes de D. Romualdo ostentan la condición de legitimarios, pero la perspectiva de análisis de la recurrente es incorrecta, porque no estamos ante una preterición intencional, sino una preterición no intencional. Ello se deduce claramente porque en el momento de otorgarse testamento, se desconocía la existencia de los hijos que el otorgante iba a tener (véanse las sentencias del T.S. de 30.1.1995 , 23.1.2.010 , 12.12.2014 y 28 de octubre de 2.014 ).

Luego la consecuencia no es la que pretende la demandante, como si fuera una preterición intencional, que no afecta a la validez de la disposición testamentaria, teniendo los legitimarios solo la legítima ( art. 259 p.1 de la Ley 2/2006 , de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia), sino que a instancia de cualquier legitimario el efecto sería la nulidad de la disposición testamentaria de contenido patrimonial (p2 del art. 259 aludido, que no producirán los efectos del artículo precedente), si los preteridos concurren a la partición con los instituidos ( art. 266 Ley Gallega ).

En efecto, el art. 260 de la L.G. da reflejo legal a una antigua y reiterada doctrina de la D.G.R.N., también refrendada por la jurisprudencia del T.S., según la cual cabe evitar la impugnación del testamento, la declaración judicial de nulidad y la posterior apertura de la sucesión abintestato, si reconociendo la preterición, los instituidos en el testamento realizan la partición conjuntamente con los preteridos y reservan a éstos la parte que les hubiera correspondido en la sucesión intestada. Pudiendo extinguirse la acción de impugnación todavía viva por renuncia o por caducidad.

Los menores estuvieron defendidos por el Ministerio Fiscal, existiendo una clara contradicción de intereses de aquellos con su madre, que pretende que se mantenga la situación de heredera.

Con lo cual, a la vista de los términos del suplico, solo puede ser estimado el petitum nº 1, pero no el petitum 2, al no ser una preterición intencional.

El informe del Ministerio Fiscal no se comparte, sí existe preterición pero no la intencional que pretende la recurrente, sino la no intencional. Existe también legitimación para el planteamiento del proceso, pero no para obtener el resultado pretendido.

Ahora en el recurso parece indicarse que es indiferente que la preterición sea intencional o no, ya hemos visto que las consecuencias son diferentes, y en el suplico no se pedía la nulidad del testamento e institución de heredero, sino precisamente su *validez*.

No pueden alterarse los términos en que fue planteada la acción, siendo diferentes las consecuencias de la preterición intencional o no, pero incluso en este último caso podrían concurrir a la partición con la instituida.

En consecuencia, el recurso puede solo ser estimado en parte, otorgando la condición de legitimarios a los menores.



**SEGUNDO.** - No se hace una especial imposición de costas en ninguna de ambas instancias ( art. 394 nº 2 y art. 398 nº 2 de la L.E.C .).

**FALLAMOS:**

Estimando en parte el recurso de apelación articulado, se revoca en parte la sentencia dictada por el juzgado de 1ª instancia e Instrucción nº 1 de Negreira, de 30.12.2015 , declarando que los hijos del causante D. Romualdo , Fermín y Guillermo son legitimarios y por tanto herederos del mismo, desestimando el petitum nº 2, sin hacer una especial imposición de costas.

Devuélvase el depósito constituido.

Así, por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Sra. Presidenta Doña MARÍA JOSEFA RUÍZ TOVAR en el mismo día de su fecha, de lo que yo Letrado de la Administración de Justicia. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ