

Roj: **SAP O 8/2014 - ECLI: ES:APO:2014:8**Id Cendoj: **33044370042014100004**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Oviedo**Sección: **4**Fecha: **09/01/2014**Nº de Recurso: **356/2013**Nº de Resolución: **5/2014**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO TUERO ALLER**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4****OVIEDO****SENTENCIA: 00005/2014**Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) **356/2013****NÚMERO 5**

En OVIEDO, a nueve de Enero de dos mil catorce, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña María José Pueyo Mateo y Doña Nuria Zamora Pérez, Magistradas, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número **356/2013**, en autos de JUICIO ORDINARIO N° 37/2012, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número tres de los de Mieres, promovido por D^a. Filomena , demandante en primera instancia, contra D^a. Hortensia y D^a. Julieta , demandadas en primera instancia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Francisco Tuero Aller.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número tres de los de Mieres se dictó Sentencia con fecha treinta de Septiembre de dos mil trece , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "1). Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales, D^a. Ana San Narciso Sosa, en nombre y representación de D^a. Filomena , y en consecuencia, se declara la Nulidad Parcial del Testamento otorgado por D. Cesareo el 31 de julio de 1998, en lo que perjudique la Legítima de Dos Tercios de la Herencia de D^a. Filomena , siendo válido el resto en el Tercio restante que corresponde a D^a. Hortensia y D^a. Julieta , nombradas herederas en dicho testamento.- 2). Cada parte deberá abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.".-

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandante recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día siete de Enero de dos mil catorce.-

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- D. Cesareo falleció el día 23 de abril de 2007, habiendo otorgado testamento el 31 de julio de 1998 en el que, tras declarar que carecía de descendientes, instituyó herederas por iguales partes a sus hermanas Hortensia y Virginia -en realidad Julieta -, aquí demandadas. Con fecha 3 de noviembre de 2008 la sentencia dictada por la Sección Sexta de esta Audiencia, revocatoria de la de primera instancia y luego ratificada por



la del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2011 , declaró que la aquí demandante, Doña Filomena , es hija extramatrimonial del citado D. Cesareo .

A través de la presente demanda Doña Filomena pretende, entre otros pronunciamientos, que se declare que fue preterida erróneamente del testamento otorgado por su fallecido padre; que se declare que es ella su única heredera abintestato; que se declare la nulidad de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial y se condene a las demandadas a restituir al caudal hereditario los bienes y derechos de los que hubieren podido disponer desde la fecha del fallecimiento del causante.

La sentencia de primer grado sólo accedió a la primera de las peticiones, a la que ya se habían allanado las demandadas, en el sentido de considerar que existió una **preterición** no intencional o errónea de la demandante, como única heredera forzosa de D. Cesareo . Pero declaró sólo la nulidad parcial del testamento por entender que la disposición patrimonial que allí se hacía en favor de las demandadas era válida en la parte que no perjudicara la legítima de Doña Filomena , equivalente a las dos terceras partes del caudal hereditario de acuerdo con lo establecido en el art. 808 C.C . Y remitió a las partes al procedimiento de división de herencia respecto de las demás cuestiones que son objeto de este litigio.

Sólo la demandante mostró disconformidad con dicha decisión, limitando ahora sus peticiones a las aludidas en el segundo párrafo de este fundamento, sin reiterar otras como la petición de nulidad de otros documentos o actos jurídicos o la declaración de inoficiosidad y reintegro de donaciones inoficiosas.

SEGUNDO.- El primer y principal motivo del recurso se refiere a los efectos que han de concederse a la **preterición** no intencional del único descendiente del causante. Sostiene la apelante que ha de procederse a la declaración de nulidad de todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, lo que conlleva la apertura de la sucesión intestada y la declaración de que es ella la única heredera abintestato del causante.

El art. 814 del Código Civil , que regula los efectos de la **preterición** de un heredero forzoso, distingue según ésta sea intencional o no intencional. En la primera se orienta a mantener en lo posible la voluntad del testador, que sabedor de las circunstancias, omitió conscientemente a un legitimario, de tal forma que a éste sólo se le reconoce la legítima estricta: si la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue el privarle del todo, no se puede extender a una parte (legítima larga) que corresponde a su libre disposición y que voluntariamente nunca le quiso atribuir (S.T.S. 9 de julio de 2002).

Tratándose de **preterición** no intencional, como ambas partes están de acuerdo que es el caso aquí analizado, el citado art. 814 establece una sanción de mayor entidad: si resultaren preteridos todos los hijos o descendientes "se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial". La sentencia del T.S. de 22 de junio de 2006 , que cita la recurrente, es igual de terminante en un caso similar al presente: existiendo un único hijo, que fue preterido erróneamente, deben anularse todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, lo que le lleva a dejar sin efecto los dos legados y la institución de heredero que el causante había ordenado en aquel supuesto. En parecidos términos se pronuncia la posterior sentencia de 31 de mayo de 2010 . Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 3 de junio de 2013 , "en el caso de **preterición** no intencionada del único descendiente, o de todos los que pudiera tener, la nulidad de las disposiciones de contenido patrimonial es absoluta y terminante, ya que se parte de un esencial desconocimiento por parte del testador de la existencia de ese único descendiente o de la existencia de descendencia. Al ignorar que existen esos descendientes cualquier disposición de contenido patrimonial se ve afectada ya que no podríamos saber qué hubiera decidido el testador si supiera que tenía hijos o descendientes, y por eso la nulidad de las disposiciones de contenido patrimonial es total".

Es cierto que el último párrafo del art. 814 ("a salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador") introduce cierta confusión. Ahora bien, lo que no cabe es interpretarlo en el sentido de que sólo habrá que respetar éstas en los casos de **preterición** errónea, persistiendo como válidas las demás disposiciones patrimoniales, pues además de que entraría en directa contradicción con lo que se dice anteriormente en el art. 814.1º, privaría de significado a la diferenciación que ese precepto hace entre la **preterición** intencional y la que no lo es, para equiparar sus efectos. La doctrina ha considerado que la citada última frase del art. 814 lo que pretende es destacar que la regulación de la **preterición** es dispositiva y no imperativa, facultando al causante para disponer lo que considere conveniente para el caso de que se de tal supuesto, sin más límite que el que impone el respeto a las legítimas. Pero en este caso, ninguna previsión contempla el testamento acerca de una posible **preterición**.

TERCERO.- Siendo esto así, el recurso debe ser acogido. Anuladas las disposiciones de contenido patrimonial, la demandante deviene heredera abintestato única del causante (arts. 930 y concordantes C.C .), y ninguna necesidad existe de promover un juicio sobre división de herencia al no haber más personas llamadas a la misma. También es clara la obligación de las demandadas de restituir al caudal hereditario los bienes y derechos de los que hubieran podido disponer desde la fecha del fallecimiento del causante. Bienes y



derechos que concreta ahora en sumas de dinero. Ahora bien, esta solicitud se formuló desde el inicio con carácter genérico, sin determinación de cuales fueran los bienes que debían ser objeto de restitución, lo que impedía a las demandadas plantear su defensa respecto a particulares peticiones dentro del ámbito de este pronunciamiento. No cabe, por ello, fijar ahora cuales sean esos bienes, ni tampoco diferir su concreción a la fase de ejecución de sentencia, pues, referida ya a sumas de dinero, comportaría la infracción de lo establecido en el art. 219 LEC, aparte de que, dada su completa indeterminación, desvirtuaría la naturaleza y alcance de lo que propiamente debe ser ese trámite de ejecución. De ahí que considere esta Sala que más bien se está ante una consecuencia automática de los pronunciamientos anteriores, cuya concreción exige de la prosecución de un nuevo proceso, siguiendo en este sentido la pauta señalada en el último inciso del citado art. 219, apartado 3.

CUARTO.- Al estimarse el recurso, no procede hacer expresa imposición de las costas aquí causadas (art. 398 LEC). Tampoco de las de primera instancia, al no reproducirse ya algunas de las peticiones formuladas inicialmente (art. 394 LEC).

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

FALLO

Estimar el recurso de apelación interpuesto por Doña Filomena frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Mieres en autos de juicio ordinario seguidos con el nº 37/12, la que revocamos parcialmente en el sentido de, manteniendo que la citada demandante fue preterida erróneamente en el testamento otorgado por su fallecido padre, D. Cesareo, de fecha 31 de julio de 1998, acordar:

- 1º) Declarar la nulidad de todas las disposiciones de contenido patrimonial del citado testamento.
- 2º) Declarar que Doña Filomena es heredera única abintestato de D. Cesareo. Y
- 3º) Condenar a las demandadas, Doña Julieta y Doña Hortensia, a restituir al caudal hereditario los bienes (sumas de dinero) que formaran parte del mismo de los que hubieran podido disponer desde la fecha de fallecimiento de su hermano, el repetido D. Cesareo.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias.

Devuélvase a la apelante el depósito constituido para recurrir.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss. y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Español de Crédito 3370 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.