

Roj: **STS 5773/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5773**Id Cendoj: **28079110012014100745**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/12/2014**Nº de Recurso: **2491/2012**Nº de Resolución: **695/2014**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 8960/2012,**  
**STS 5773/2014**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 578/2011 por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 787/2005, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Móstoles (Madrid), cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por al procuradora Dª Pilar Moliné López en nombre y representación de Dª Virtudes, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dª Virtudes en calidad de recurrente y el procurador don Antonio Rafael Rodríguez Muñoz en nombre y representación de don Isidoro y otros en calidad de recurrido.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- El procurador D. Aníbal Casamayor Madrigal, en nombre y representación de Dª Brigida interpuso demanda de juicio ordinario, contra Dª Eva, Dª Virtudes y contra D. Raimundo y Dª Noemi y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "... 1. Se declare que D. Isidoro, como hijo y heredero forzoso o legitimario de D. Carlos Ramón, fue preterido por éste en el testamento por el mismo otorgado, el 8 de octubre de 1986, ante el Notario de Madrid D. Francisco Javier Rovira Jaén, bajo el n.º 1.757 del protocolo de éste.

2. Se declare la nulidad, por **preterición**, de la institución que, a favor de su hija, Dª Virtudes, hizo D. Carlos Ramón en el testamento por el mismo otorgado, el 8 de octubre de 1986, ante el Notario de Madrid D. Francisco Javier Rovira Jaén, bajo el n.º 1.757 del protocolo de éste.

3. Se declare, como únicos y universales herederos abintestato, por iguales partes, de D. Carlos Ramón, a sus dos únicos hijos Dª Virtudes y D. Isidoro.

4. Declare la nulidad de los actos de aceptación de herencia, liquidación de sociedad conyugal y adjudicación de bienes realizados por Dªa Virtudes a virtud de escritura otorgada, el 28 de julio de 2003, ante el Notario de Madrid D. Alfonso Ventoso Escribano, bajo el n.º 2.051 de su protocolo; así como los de liquidación de sociedad conyugal y adjudicación de bienes realizados por Dª Eva en el mismo documento público.

5. Declare la nulidad de la enajenación del inmueble identificado como piso NUM000, letra NUM001, del portal NUM002, del edificio sito en Madrid, CALLE000, n.º NUM003 (registral n.º NUM004 del R. de la P. n.º 24 de Madrid), realizada por Dª Eva y Dª Virtudes a favor de D. Raimundo y Dª Noemi a virtud de escritura autorizada, el 28 de julio de 2003, por el Notario de Madrid D. Alfonso Ventoso Escribano.



6. *Declare proceder la cancelación de los asientos registrales que, como consecuencia de los actos referidos en los puntos 4. y 5. anteriores, fueron causados en la finca NUM004 del Registro de la Propiedad n.º 24 de Madrid y en la finca n.º NUM005 del R. de la Propiedad n.º 2 de Pozuelo de Alarcón, Madrid; así como todos los que sean consecuencia de éstos.*

7. *Que, subsidiariamente y para el supuesto de que el inmueble identificado como piso NUM000 , letra NUM001 , del portal NUM002 , del edificio sito en Madrid, CALLE000 , n. NUM003 (registral n.º NUM004 del R. de la P. n.º 24 de Madrid) pasare a ser titularidad de un tercero de buena fe, de suerte que no resultare posible la reintegración "in natura" de aquél a la masa hereditaria, declare la*

*obligación de las codemandadas D<sup>a</sup> Eva y D<sup>a</sup> Virtudes a reintegrar a dicha masa hereditaria el importe económico cuya cuantía deberá determinarse en fase de ejecución de sentencia, tomando como base para la determinación del mismo, el del valor económico que judicialmente se determine, por su valoración real a la fecha de los actos de disposición del bien, o en su caso, a la fecha de los actos de adjudicación y partición de la herencia del causante D. Carlos Ramón , más los intereses legales procedentes.*

8. *Condene a los codemandados a estar y pasar por las declaraciones anteriores; así como al abono de las costas en los términos referidos en el cuerpo del presente".*

**SEGUNDO** .- La procuradora doña Ana María García Orcajo, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Noemi y D. Raimundo , contestó a la demanda planteando cuestión de competencia por declinatoria por falta de competencia territorial del Juzgado, solicitando en el mismo se dicte Auto por cuya virtud: *"... resulte estimada la presente declinatoria, absteniéndose de conocer e inhibiéndose del conocimiento de este asunto en favor de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid capital, remitiendo al mismo los autos, con emplazamiento de las partes para que comparezcan ante él en el plazo de diez días, con expresa imposición a la parte actora de las costas hasta entonces devengadas".*

El procurador D. David Toboso Pizarro, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Virtudes , contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando, se dicte sentencia por la que: *"...se absuelva y se desestime la demanda respecto a mi patrocinada, con expresa condena en costas a la actora".*

El procurador D. Francisco Franco González, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Eva , alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando se dicte sentencia pro la que: *"se desestime la demanda en relación a lo pedido a mi mandante, con expresa imposición de costas a la demandante".*

Por auto de fecha 13 de junio de 2008, se resolvió la declinatoria planteada por el procurador Sra. García Orcajo en nombre y representación de Raimundo y Noemi . Todo ello con expresa condena en costas de Raimundo y Noemi .

D<sup>a</sup> ANA MARÍA GARCÍA ORCAJO, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Noemi y D. Raimundo , presentó escrito contestando a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: *"desestime íntegramente la demanda interpuesta, todo ello con expresa imposición de costas a la demandante".*

**TERCERO** .- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Móstoles (Madrid), dictó sentencia con fecha 25 de noviembre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *"...Que estimando la demanda interpuesta por el/la Procurador(a) SR. CASAMAYOR MADRIGAL en nombre y representación de Brigida contra Virtudes y Eva debo declarar y declaro:*

*Que Isidoro fue preterido de forma no intencional del testamento otorgado por su padre Carlos Ramón en fecha de 8 de octubre de 1.986.*

*La nulidad de la institución de herederos contenida en dicho testamento a favor de Virtudes , declarando como herederos universales ab intestato de Carlos Ramón a Isidoro y Virtudes , sin perjuicio de las mandas y mejoras ordenadas en el testamento por cualquier título.*

*La nulidad de los actos de aceptación de herencia, liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de bienes realizados por Virtudes y Eva mediante escritura pública de fecha de 28 de julio de 2.003, con cancelación de los asientos registrales causados en la finca nº NUM005 del Registro de la Propiedad nº 2 de Pozuelo de Alarcón.*



*Al mismo tiempo que debo condenar y condeno a Virtudes y Eva a que reintegren de forma conjunta y solidaria a la masa hereditaria de Carlos Ramón , el importe actualizado de 372.627 euros. Todo ello con expresa condena en costas de Virtudes y Eva .*

*Y que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador SR. CASAMAYOR MADRIGAL en nombre y representación de Brigida contra Eva y Noemi debo absolver y absuelvo a dichos demandados de todos los pedimentos deducidos contra ellos, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".*

Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de D<sup>a</sup> Virtudes , e interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de D<sup>a</sup> Eva , la Sección 11<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 3 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: "...Que estimando en parte el recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Eva contra la sentencia de fecha veinticinco de noviembre de dos mil diez y auto aclaratorio de fecha diez de marzo de dos mil once, dictadas por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de Móstoles, y estimando asimismo en parte el recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Virtudes , contra la referida resolución, revocamos en parte en el solo particular de declarar que la condena a D<sup>a</sup> Virtudes y D<sup>a</sup> Eva a reintegrar a la masa el importe actualizado de 372.627 euros, no es solidaria sino que cada una deberá reintegrar de la referida cantidad la proporción que hubiera recibido. Se confirma la sentencia en lo demás. No se hace declaración de las costas causadas en ninguna de las instancias".*

**CUARTO** - 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de D<sup>a</sup> Virtudes con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Artículo 477.2.3º LEC 2000 .

Segundo.- Artículo 477.2.3º LEC 2000 .

Tercero.- Artículo 477.2.3º LEC 2000 . .

**QUINTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 4 de junio de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte representación procesal de la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, en nombre y representación de D. Isidoro presentó escrito de impugnación al mismo.

**SEXTO** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de noviembre del 2014, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación normativa del artículo 814 del Código Civil relativa a la **preterición** no intencional del heredero forzoso, particularmente respecto del régimen de ineficacia derivado.

2. De los antecedentes del caso deben destacarse los siguientes hechos:

A) D. Carlos Ramón otorgó testamento abierto el 8 de octubre de 1986 con las siguientes cláusulas: "PRIMERA.- Lega en pleno dominio a su esposa D<sup>a</sup> Eva , el tercio de libre disposición de sus bienes, sin perjuicio y además de la cuota legal usufructuaria, que por Ley la corresponde, o en su caso y a elección de su dicha esposa, el usufructo universal vitalicio y sin fianza del haber hereditario.

SEGUNDA.- En el remanente de todos sus bienes, créditos, derechos y acciones, presentes y futuros, instituye heredera a su citada hija doña Virtudes , y en defecto de ésta a su descendencia".

B) La instituida heredera en el testamento es hija extramatrimonial de don Carlos Ramón nacida el NUM006 de 1975. El 18 de julio de 1977, don Carlos Ramón contrajo matrimonio con doña Eva (instituida legataria), no teniendo descendencia y recayendo sentencia de separación matrimonial el 16 de diciembre de 1994 . Dos años antes de la anterior fecha, el NUM007 de 1992, nació don Isidoro , hijo extramatrimonial de don Carlos Ramón y doña Brigida , no discutiéndose en el presente procedimiento su condición de heredero legitimario del causante.

C) Al fallecimiento del testador, doña Eva (legataria) promueve juicio de testamentaría, dando lugar al procedimiento 53/99 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Móstoles. Virtudes , por su parte, interpone juicio de testamentaría, dando lugar a los autos 309/98 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Móstoles. Entre tanto, en fecha de 12 de mayo de 2000 se acuerda que los autos del Juzgado nº 6 se acumulen a los



del Juzgado nº 4. En el seno del procedimiento doña Brigida , en nombre del menor don Isidoro , solicita que como cuestión incidental se declare la condición de heredero de su hijo. Esta solicitud es desestimada por el Juzgado mediante auto de 7 de julio de 2000, posteriormente confirmado por auto de la Audiencia de 3 de febrero de 2004.

D) En fecha de 28 de julio de 2003, doña Virtudes y doña Eva otorgan escritura pública de aceptación de la herencia, liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación y partición de la herencia. Con idéntica fecha, las anteriormente citadas venden un inmueble adjudicado a D. Raimundo y D<sup>a</sup> Noemi . El 4 de septiembre de 2003, se inscriben en el Registro de la Propiedad las respectivas escrituras de aceptación y de venta del inmueble.

E) Tanto en Primera, como en Segunda Instancia, se declara probada la mala fe de las demandadas en la aceptación y partición de la herencia, con claro conocimiento de la existencia del heredero preterido por el testador.

3. En síntesis, el presente procedimiento se inicia con la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Brigida , como representante legal de su hijo menor, en orden a la acción de **preterición** de heredero no intencional (814 del Código Civil), con la consiguiente anulación de la institución de heredero en el testamento otorgado, y la acumulación de la declaración de herederos abintestato, nulidad de actos de aceptación de herencia, liquidación de sociedad de gananciales y partición y adjudicación de herencia y nulidad de compraventa o subsidiaria de reintegración del importe económico de la vivienda transmitida.

La Sentencia de Primera Instancia califica la acción como de **preterición** no intencional (nacimiento después del testamento): anulación de la institución de heredero y subsistencia del legado de la ex esposa. Considera que tanto la acción se califique de nulidad, como de anulabilidad, se habría ejercitado en plazo, pues aún siguiendo la posición menos favorable, al ser menor el preterido, el plazo no contaría hasta su mayoría de edad y en todo caso "el inequívoco ejercicio del derecho por parte de la madre frente a todos los implicados en la acción en el curso del juicio de testamentaría, impide que pueda entenderse caducada la acción".

En consecuencia, declara la nulidad de la institución de herederos contenida en el testamento, sin perjuicio de las mandas y mejoras ordenadas, y aunque en su argumentación también señala que procede "rescindir", tanto la aceptación como la partición de la herencia, no obstante, en el fallo declara su nulidad, así como respecto de la liquidación de gananciales. Por otro lado, considera terceros hipotecarios del artículo 34 LH a los compradores del inmueble y, por tanto, descarta la nulidad de la compraventa, decretando la devolución del importe de la venta actualizado a cargo de las codemandadas y vendedoras, del que deben responder solidariamente.

Por su parte, la Audiencia Provincial considera que la naturaleza jurídica de la **preterición** no intencional es de **nulidad**, pero aún en el supuesto que se considerara de **anulabilidad**, el ejercicio del derecho en el juicio de testamentaría habría **interrumpido** el plazo de prescripción. No resulta aplicable el principio favor partitionis por ser causa de nulidad que se extiende a la partición por quienes conocían la existencia del hermano preterido. Estima la pretensión relativa al 814 del CC al haberse condenado de manera solidaria, cuando la devolución del precio debe hacerse en proporción a la partición de la herencia.

#### Recurso de casación.

**Ineficacia testamentaria. Preterición no intencional de heredero forzoso ( artículo 814 del Código Civil ). Razón de la ineficacia derivada. Perspectivas, planos de análisis y directrices de interpretación. Doctrina jurisprudencial aplicable. Principio de "favor testamenti".**

**SEGUNDO** .- 1. Al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, la parte demandada, D<sup>a</sup> Virtudes , interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

*En el primero de ellos* se plantea si la acción de **preterición** no intencional es de nulidad, como dice la sentencia recurrida o de anulabilidad, aportando sentencias de esta Sala que apoyarían la calificación de anulabilidad. Así, SSTs de 28 de febrero de 1996 , 22 de junio de 2006 , y 31 de mayo de 2010 que hablan de "anulación" como en el texto legal (814 CC). Las dos sentencias de la instancia también manifiestan que en la doctrina existen posturas divergentes. La parte recurrente en apoyo de su pretensión señala que la acción es renunciable, así como también lo es la legítima, todo ello conforme a la doctrina de la DGRN. Además la parte recurrente señala que la única acción ejercitada en la demanda sería la de nulidad radical, por lo que habría que desestimar la demanda.

*En el segundo motivo* , la parte recurrente considera que la acción se asemeja a la rescisoria del art. 1076 CC , que tiene un plazo de caducidad de 4 años y que, en materia contractual, debe asimilarse a los supuestos



de anulabilidad por error en la persona, con 4 años para su ejercicio. Plazo que entiende de caducidad por seguridad jurídica, porque la acción se produce entre parientes y conforme a derecho foral aragonés y gallego que establecen que es un plazo de caducidad. Cita SSTs de 6 de septiembre de 2006 y 24 de septiembre de 2009 en apoyo de la caducidad del 1301 CC y considera que el hecho de ser menor no obsta para reclamar su derecho, que debe ser ejercitado por sus representantes legales ( SSTs 12 de junio de 1956 y 13 de marzo de 1996 ). A juicio de la parte recurrente, la acción testamentaria habría caducado.

En el tercer motivo se señala que la sentencia ha declarado la nulidad de la partición basándose en una única sentencia (31 de mayo de 2010 ), cuando conforme al art. 1080 CC es una acción de rescisión, con las consecuencias del art. 1077 CC . Cita en apoyo de su pretensión las SSTs de 6 de julio de 2004 , 12 de junio de 2006 y 31 de octubre de 1996 , y 7 de noviembre de 2006 , que afirman que la nulidad de la partición tiene carácter subsidiario y solo cabe cuando no existe otro recurso legal.

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

**2. La ineficacia contractual: consideraciones previas. Perspectivas y plano de análisis. Directrices de interpretación .**

Centrado el presente caso en el supuesto de la **preterición** no intencional del heredero forzoso (814 del Código Civil), las cuestiones doctrinales planteadas en el recurso de casación guardan una estricta relación con la naturaleza y alcance de la acción interpuesta y, en particular, con el régimen concreto de ineficacia testamentaria que de la misma se derive. De ahí que, para la mejor exposición técnica de la fundamentación aplicable al caso, se proceda al examen conjunto y sistematizado de los motivos planteados.

**3.** Con carácter general, debe señalarse que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, contemplada en la STS de 28 de octubre de 2014 (núm. 440/2014 ), ha profundizado en el análisis de la ineficacia de los actos y negocios jurídicos, como fenómeno de especial complejidad y concreción técnica, estableciendo una suerte de perspectivas metodológicas y directrices de interpretación que interesan, sin duda, a la fundamentación jurídica del presente caso.

Así, en primer lugar, y desde la perspectiva metodológica que debe informar el examen de la cuestión planteada, se ha precisado que en los casos, en donde el ordenamiento jurídico no dé una respuesta técnica y concreta acerca de la naturaleza y alcance del régimen de ineficacia derivado, su valoración no puede quedar reconducida a un planteamiento estático y dogmático de la cuestión consistente en la mera adscripción del supuesto tomado en consideración, respecto de las categorías de ineficacia contractual desarrolladas doctrinalmente.

Por el contrario, el método de análisis a emplear es consustancialmente dinámico y flexible conforme a las peculiaridades que presente el caso objeto de examen; de forma que el contenido y alcance de la ineficacia derivada tiende a adaptarse a la naturaleza y función que presente el fenómeno, la figura jurídica en cuestión, y a la relevancia de los bienes e intereses jurídicos que resulten objeto de protección, todo ello conforme a la finalidad perseguida por la misma y, en su caso, en el marco de aplicación de los principios generales del derecho.

Desde esta perspectiva de análisis, por tanto, la valoración del régimen de ineficacia derivado se aleja, prudentemente, de la interpretación meramente literalista que resulte de la norma o precepto en cuestión para recalar, mas bien, en una interpretación sistemática conforme a la metodología señalada. Directriz interpretativa que resulta coherente con el insuficiente tratamiento conceptual y técnico de la cuestión que acompañó a la dogmática codificadora en su momento que, con excepción del apunte técnico del artículo 1290 del Código Civil en materia de rescisión de los contratos: ("Los contratos *válidamente* celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la Ley"), no desarrolló un tratamiento técnico y diferenciado de la ineficacia contractual; ( STS de 7 de septiembre de 2012 (nº 510/2012 ) ).

En segundo lugar, y en la línea de la perspectiva metodológica señalada, también debe puntualizarse en el ámbito de estas directrices de interpretación que, precisamente en atención al desenvolvimiento y proyección de los Principios generales del derecho, la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012 ), conforme, por lo demás, con el desenvolvimiento de los principales textos de armonización y desarrollo del Derecho contractual europeo, ha declarado que "la conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus) se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico patrimonial que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que pueda presentar la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, posibilitando el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica".



Doctrina jurisprudencial que ha resultado de aplicación en relación a supuestos o figuras del derecho contractual que, también recientemente, han sido objeto de definición o de una nueva caracterización aplicativa casos: estos otros, de la contratación seriada y protección del consumidor, STJUE de 30 de abril de 2014 (C 280/2013 ) y SSTs de 18 de junio de 2012, (núm. 406/2012 ) y 8 de septiembre de 2014 (núm. 464/2014 ), o de la cláusula rebus sic stantibus (estando así las cosas), SSTs de 17 de enero de 2013 ( núm. 830/2013), de 30 de junio de 2014 ( núm. 333/2014 ) y de 15 de octubre de 2014 (núm. 591/2014 ). Pero que también, y con idéntica proyección, se ha aplicado sistemáticamente en el ámbito del Derecho de sucesiones como un reforzamiento de los principios entroncados del "favor testamenti" y del "favor partitionis", SSTs de 30 de octubre de 2012 ( núm. 624/2012), de 4 de enero de 2013 ( núm. 785/2013 ) y de 28 de junio de 2013 (núm. 423/2013 ) y de 3 de noviembre de 2014 (núm. 587/2014 ).

#### **4. Régimen de ineficacia testamentaria del artículo 814 del Código Civil . Contexto interpretativo .**

En el presente caso, la cuestión interpretativa que presenta el artículo 814 del Código Civil acerca de la naturaleza de la ineficacia derivada y su relación con los regímenes típicos de la misma, nulidad radical, anulabilidad o rescisión, debe de ser resuelta en favor de este último por razón de su carácter funcional, parcial, relativo y sanable; todo ello de acuerdo con el siguiente marco de interpretación que a continuación se expone en atención al anterior contexto doctrinal señalado.

En primer lugar debe señalarse que la interpretación rectora del artículo 814 en relación con la **preterición** no intencional de hijos y descendientes, sin resultar todos ellos preteridos, caso que nos ocupa, lejos de descansar en la mera literalidad del apartado segundo, esto es, la anulación de la institución de herederos, se apoya en la voluntad testamentaria (voluntas testatoris) como ley suprema de la sucesión, tal y como establece su párrafo final: "A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador" y confirma sistemáticamente el citado apartado segundo, en donde la referida anulación de la institución de heredero se realiza sin perjuicio de "las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título".

Desde la preferencia de este criterio interpretativo, por lo demás, respetuoso tanto con los antecedentes históricos de la figura, esto es, con la "querella inofficiosi testamenti", como con los precedentes más inmediatos, caso de la Reforma de 1981 respecto de la inclusión de las mejoras; el vicio o defecto que presenta la declaración testamentaria no responde a una ineficacia estructural, propia de la nulidad o anulabilidad, sino a una ineficacia funcional que parte, en todo caso, de la validez estructural de lo ordenado por el testador para purgar o ajustar a Derecho los efectos que resulten lesivos de dicha declaración.

En esta línea, y en segundo lugar, también se mueve la interpretación sistemática del precepto y del fenómeno jurídico que lo sustenta. En efecto, el criterio sustentado viene confirmado tanto por la posibilidad de renunciabilidad de la acción de impugnación por **preterición** y su no declaración de oficio, como por la validez de la transacción al respecto; pero, sobre todo, tal y como expresamente destaca la Sentencia citada de 3 de noviembre de 2014 (núm. 587/2014 ), por la interpretación sistemática que a estos efectos cabe establecer entre los artículos 764 y 814 del Código Civil en orden a la preferencia de la validez testamentaria aun en el supuesto de que carezca de institución de heredero o que dicha institución resulte ineficaz.

Por último, y en tercer lugar, en la interpretación del precepto y de la razón de ineficacia derivada, debe tenerse en cuenta lo ya vertido acerca del principio de conservación del testamento y de la partición realizada ("favor testamenti y favor partitionis"), particularmente ejemplificado en la puntualización técnica del artículo 1080 del Código Civil , que alude técnicamente a la no rescindibilidad de la partición, y su encaje sistemático con los citados artículos 764 y 814 del Código Civil . Principio que, entre otros extremos, determina que la voluntad manifestada por el testador (675 del Código Civil) siga siendo el criterio rector para la interpretación de las cuestiones que suscite bien la ineficacia de la institución de heredero, caso de la determinación patrimonial del derecho hereditario del heredero preterido, o bien, supuesto tratado en el presente caso, de la responsabilidad proporcional al llamamiento y cuota hereditaria establecida respecto del valor de reintegración derivado de la indebida venta de un inmueble hereditario por los beneficiarios estatuidos testamentariamente. Si bien, este último aspecto podría haber tenido una distinta solución jurídica con base al artículo 1084 del Código Civil .

#### **Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado.**

##### **5. Caducidad de la acción, plazo de ejercicio y cómputo del mismo. Rescisión de la partición y renuncia a la legítima.**

La doctrina jurisprudencial expuesta, llevada al supuesto de enjuiciamiento, exige realizar las siguientes precisiones que conducen a la desestimación de los motivos planteados.

En este sentido, y aun reconociendo la validez general del planteamiento doctrinal desarrollado en el recurso de casación, no obstante, por el efecto útil de la sentencia recurrida, su fallo debe de ser confirmado al resultar acertado en las cuestiones determinantes del presente caso (motivo primero del recurso).



En efecto, aunque conforme al contexto doctrinal e interpretativo analizado, la acción de impugnación testamentaria por **preterición** no intencional de un heredero forzoso no esté sujeta a un régimen de imprescriptibilidad, sino de caducidad y, a su vez, tampoco esté sujeta a la posible interrupción prescriptiva, propia del régimen de la anulabilidad de los contratos, hay que puntualizar que, de acuerdo con las circunstancias del presente caso, dicho plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de la acción no se encuentra consumado o transcurrido. La razón de fondo, que la parte recurrente se cuida de no abordar, dado que en este punto sigue la autoridad doctrinal de Vallet de Goytisolo, radica precisamente en el cómputo del plazo, pues conforme al tronco común de la rescisión ( artículo 1299 del Código Civil ) dicho plazo no comienza a transcurrir para las personas sujetas a tutela hasta que cesa la incapacidad; extremo que trasladado a la esfera de los menores de edad, caso que nos ocupa, nos lleva a su mayoría de edad como fecha de inicio del cómputo del plazo, con arreglo, por lo demás, con el principio o máxima por el que la prescripción no corre contra aquellos que son incapaces de ejercitar acciones ("contra non valentem agere no currit praescriptio"). Conclusión que, en el presente caso, tal y como señala la sentencia de Primera Instancia, también se obtendría de los antecedentes del caso si situáramos el foco de atención en D<sup>a</sup> Brigida , como representante legal del menor, ya que interesa judicialmente la declaración de heredero preterido antes del 31 de mayo de 2000, siendo resuelta la cuestión mediante auto de la Audiencia de 3 de febrero de 2004, periodo en el que quedaría en suspenso el plazo de caducidad. De forma que cuando la actora interpone la presente demanda, en fecha de 13 de julio de 2005, dicho plazo que comenzaría correr desde el fallecimiento del causante, 30 de marzo de 1988, tras la suspensión y posterior ejercicio de la acción, tampoco ha resultado agotado (motivos segundo del recurso).

En parecidos términos debemos pronunciarnos en relación con el tercer motivo del recurso de casación. En este sentido, sin perjuicio de lo ya expuesto respecto del principio del "favor partitionis", así como de la precisión técnica del artículo 1080 del Código Civil respecto de la rescisión, como régimen típico de la ineficacia de la partición en el caso que nos ocupa, esto es, en relación a la **preterición** de alguno de los herederos, y no planteándose, por la vía adecuada del recurso extraordinario por infracción procesal, ni la incongruencia de la sentencia recurrida, ni la impugnación de su base fáctica, particularmente en orden a la declaración como hecho probado de la mala fe de los partícipes de la partición, por razón de su conocimiento (scientia) acerca de la existencia del legitimario preterido, debe señalarse que la ineficacia que contempla la sentencia recurrida concuerda sustancialmente con el citado régimen de rescindibilidad que reclama la parte recurrente y que se desarrolla, en la medida de lo posible, respetando la validez de lo ordenado por el testador. En efecto, en esta línea debe recordarse que la rescindibilidad de la partición no obsta a la vigencia de las mandas o legados ordenados por el testador, en la medida en que no resulten inoficiosas respecto de la salvaguarda de las legítimas que concurren en el presente caso.

Sin embargo, y en contra de lo alegado por la parte recurrente, este ámbito de validez y eficacia parcial del testamento otorgado, con proyección en la futura partición que se realice, no puede extrapolarse al supuesto de la pretendida renuncia a la legítima por parte de la actora, tal y como esgrime la parte recurrente, pues al margen de la falta de autorización judicial al respecto, debe considerarse, conforme a lo declarado por ambas instancias, que dicha renuncia no se produjo ni en el procedimiento de testamentaría previamente tramitado, en donde precisamente se pretendió hacer valer la condición de heredero del preterido, ni tampoco en los tratos preliminares a la partición realizada, en donde sencillamente no se alcanzó ninguna solución transaccional al respecto.

**TERCERO** .- Desestimación del recurso y costas.

1. La desestimación de los motivos planteados comporta la desestimación del recurso de casación interpuesto.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 LEC , las costas del recurso de casación se imponen a la parte recurrente.

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

## FALLAMOS

1. No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Virtudes contra la sentencia dictada, con fecha 3 de julio de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11<sup>a</sup>, en el rollo de apelación nº 578/2011 .
2. No ha lugar a casar por los motivos fundamentados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.
3. Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrida.



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ