



Roj: **SAP O 1313/2008 - ECLI:ES:APO:2008:1313**

Id Cendoj: **33024370072008100152**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **30/05/2008**

Nº de Recurso: **509/2007**

Nº de Resolución: **302/2008**

Procedimiento: **COGNICIÓN**

Ponente: **RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

GIJON

**SENTENCIA: 00302/2008**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS

SECCIÓN SÉPTIMA

GIJÓN

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000509 /2007

SENTENCIA Núm. 302/08

Ilmos. Sres. Magistrados:

PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO

MAGISTRADOS: D. RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE

D. JULIÁN PAVESIO FERNÁNDEZ

En GIJON, a treinta de Mayo de dos mil ocho.

VISTOS, por la Sección 7ª de esta Audiencia Provincial los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 735/06, Rollo núm. 509/07, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gijón ; entre partes, como apelante Dª Claudia representada por el Procurador D. Mateo Moliner González, bajo la dirección letrada de D. Fernando de Reina Tartiere, como apelados D. Jose Miguel , representado por la Procuradora D. Ana Balderraín García, bajo la dirección letrada de Dª. María Frade Hevia y D. Plácido , en situación de rebeldía procesal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gijón dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 17 de Abril de 2007 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Dª Ana Belderraín García, en nombre y representación de D. Jose Miguel , contra Dª Claudia , representada por el Procurador D. Mateo Moliner González (sustituido en el juicio por su oficial habilitado, D. Ignacio Alvarez Rayón), y contra D. Plácido , rebelde, debo acordar y acuerdo lo siguiente:

1ª Se declara que D. Jose Miguel es heredero forzoso de Dª Mariana , al ser hijo de D. Benito , hijo premuerto de Dª Mariana , y que el mismo ha sido preterido en el testamento de su abuela paterna.

2ª Se anula la declaración de herederos que figura en el testamento otorgado por Dª Mariana el día 20 de julio de 1993, declarándose que sus herederos, por partes iguales, son Dª Claudia y D. Jose Miguel , todo ello sin perjuicio del respeto y mantenimiento del legado de usufructo vitalicio dispuesto por la testadora a favor de su viudo, D. Plácido .



3ª No ha lugar a hacer especial pronunciamiento referido a costas."

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de Dª Claudia se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, donde se registró al Rollo nº 509/07, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la celebración de la Votación y Fallo el pasado día 27 de Mayo de 2008.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Versa el recurso sobre una cuestión de carácter jurídico cual es la consideración de que la preterición del nieto de la causante es intencional, tal y como sostiene la demandada apelante, o no lo es según el actor y la sentencia de instancia esgrimen y declaran respectivamente. Son antecedentes a tener en cuenta los siguientes. La testadora otorga testamento notarial en 1993, designando como heredera única y universal a su hija Claudia, afirmando en el testamento que sólo tenía una hija. Sin embargo tenía otro hijo fallecido en 1992, que había tenido descendencia, en concreto a su hijo Iván, nacido en 1981, y que como se reconoce en la demanda, tuvo contacto con su abuela; al menos hasta cumplir 4 años de edad, en que se trasladó con su madre a vivir a Valladolid y después a Almería.

SEGUNDO.- Para diferenciar la preterición intencional de la no intencional, es menester citar la reciente sentencia de esta Sala de 2 mayo de 2008 ".....Es obvio, por tanto, que el testamento de Secundina omite por completo a Luis, e instituye heredero único a Valentín, por lo que resulta también obvio que hubo preterición respecto de Luis, y esto ya no lo pone ni siquiera en duda el apelante.

En consecuencia, ha quedado reducido el debate a la determinación de si dicha preterición fue intencional o no, cuestión importante, pues mientras la preterición intencional no provoca la nulidad de la institución de heredero, y solo obliga a reducirla en la medida necesaria para respetar la legítima del heredero preterido (artículo 814, párrafo primero del Código Civil), la preterición no intencional de un descendiente, que sea heredero forzoso, en beneficio de otro, anula la institución de heredero, aunque no las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

La Sentencia apelada concluye que la preterición no fue intencional, y ello por los siguientes motivos, que aquí resumimos: 1º.- los demandantes, José Luis y Carlos, tenían la condición de legitimarios en el momento de abrirse la sucesión de su abuela Secundina, según lo dispuesto en el artículo 807.1 del Código Civil; 2º.- el concepto de preterición y la forma en que ésta se ha producido (intencional o errónea) ha de referirse al instante de otorgarse testamento, por lo que carece de importancia a estos efectos que al tiempo de morir el causante haya sabido éste o no de la existencia del preterido (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2.006); 3º.- en la demanda se afirmaba que la preterición de los demandantes había tenido una naturaleza errónea o no intencional, dado que al tiempo de otorgar testamento la causante, aún no habían nacido los demandantes, por lo que, con no conocer su existencia, difícilmente podía de manera intencionada omitirlos en aquel, y esa afirmación no mereció en la contestación ningún tipo de oposición ni discrepancia, al no entrar en momento alguno el demandado en la consideración de si había existido o no aquella intención de omitir a los legitimarios, por lo que, siendo ésta una cuestión de hecho, bastaría esa conformidad tácita (artículo 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) para tener por cierta la existencia de una preterición errónea sin necesidad de entrar en mayores consideraciones; 4º.- el carácter erróneo o no intencional de la preterición viene determinado por el hecho de que la causante, al tiempo de otorgar testamento no podía conocer la existencia de quienes al tiempo de su fallecimiento resultan ser sus herederos forzosos, puesto que los demandantes nacieron después de otorgarse aquel, por lo que difícilmente puede buscarse en la intención de la causante el ánimo de preterir en aquel instante a personas que no existían; 5º.- no se entiende posible que una hipotética voluntad de preterir al padre de los actores haya de entenderse transmitida a su estirpe, porque solo cabe hablar de preterición de aquellos que al tiempo de abrirse la sucesión ostentan la condición de legitimarios, por lo que ni siquiera puede sostenerse que el padre de los actores se haya visto afectado en sus derechos legitimarios, pues no llegó a ostentar la condición de heredero forzoso, al haber fallecido antes que la testadora.

Hemos de decir, en primer lugar, que, en contra de lo que se expresa en la Sentencia apelada, no es cierto que en la contestación a la demanda no discutiese el demandado el carácter no intencional de la preterición, que se afirmaba en la demanda. Siendo cierto que el demandado centró su defensa en la negación a los actores del carácter de herederos forzosos, no lo es menos que en el apartado 2.2 del fundamento de derecho tercero de la contestación a la demanda, venía a negar el carácter erróneo de la preterición, puesto que, con cita de una Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1.991, en la que se equiparaba la preterición



intencional con la desheredación, sostenía que la preterición, en este caso, no debía producir la apertura de la sucesión intestada, puesto que la nulidad se produciría hasta donde perjudicase la legítima estricta, por entender que si se aplicase la versión de la actora, «se llegaría a modificar la voluntad de la testadora explícita e inequívocamente recogida en su testamento, para quien ha reservado la totalidad de sus derechos transmisibles al único hijo reconocido, que es el demandado». En consecuencia, no puede sostenerse que la no intencionalidad de la preterición pueda tenerse como implícitamente admitida por el demandado en la contestación a la demanda, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 405-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para resolver el problema de fondo planteado, es necesario partir de que para determinar si ha habido o no preterición de algún heredero forzoso, se ha de atender al momento de la muerte del testador, que es el momento en que se abre la sucesión, de modo que solo habrá preterición si en la fecha en que fallece el testador, le sobrevive algún legitimario al que se omite por completo en el testamento. Así lo expresa con claridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2.005, que sostiene que «la preterición es la omisión de un legitimario en el testamento, sin que el mismo haya recibido atribución alguna en concepto de legítima; lo cual no puede advertirse hasta que haya muerto el causante, con testamento y haya sido examinado éste; no se puede hablar de preterición respecto a un acto producido antes de la apertura de la sucesión». Y, ello aún cuando la Sentencia del mismo Tribunal, de 22 de junio de 2.006 afirme que «estos conceptos» - preterición intencional y no intencional- «vienen referidos al testamento, no a la muerte», pues con ello sólo quiere destacar, como más adelante arguye, en relación con el caso concreto que analiza, que para determinar si la preterición es o no intencional, se ha de tener en consideración si el testador tenía o no conocimiento de la existencia del legitimario al tiempo de otorgar el testamento, sin que importe si lo tuvo o no posteriormente, al tiempo de la muerte.

Se sostiene en la Sentencia apelada que no puede afirmarse que haya habido intencionalidad en la preterición de unos herederos forzosos, los demandantes, cuya existencia ignoraba la testadora al tiempo de otorgar el testamento, puesto que no habían nacido. Sostiene, sin embargo, el demandado, ahora apelante, que era clara la voluntad de la testadora de nombrar único heredero a su hijo Valentín, omitiendo en el testamento cualquier referencia a su otro hijo, Luis, lo que determinaría que la preterición intencional de éste tendría el mismo efecto sobre los descendientes de éste.

Hemos de decir que, en principio, la preterición de herederos cuya existencia desconocía el testador al tiempo de otorgar el testamento, habría de calificarse como no intencional, salvo que el testador hubiese efectuado alguna previsión al respecto en el testamento, pues no puede presumirse la voluntad de omitirlos. Ahora bien, el supuesto que nos ocupa contiene una peculiaridad, pues no cabe duda de que al tiempo de otorgar el testamento D<sup>a</sup> Secundina, sólo existían dos herederos forzosos, sus hijos, y fue clara -nadie lo discute- su voluntad de omitir a uno de ellos en el testamento, puesto que ni siquiera se ha sugerido la posibilidad de que pudiese ignorar la existencia del omitido -que figuraba inscrito como hijo suyo en el Registro Civil, habiéndose practicado la inscripción en virtud de expediente tramitado al efecto- o la posibilidad de que se hubiese olvidado de su existencia. Siendo esto así, debemos preguntarnos -puesto que ninguna previsión contiene el testamento al respecto- si fue voluntad de la testadora o no preterir también a la posible y futura descendencia del hijo preterido, para el caso de prelación de éste.

La peculiaridad del supuesto hace que carezcamos de decisiones jurisprudenciales que hayan tratado casos análogos. En la doctrina, Lledo Yagüe, citando a Vallet, sostiene que el tipo de preterición del padre, condiciona la del hijo. Entiende que la solución que ofrece la Compilación catalana puede aceptarse para el Código Civil por argumentación "a simili". Dispone el párrafo V del artículo 141 de la Compilación Catalana que el descendiente del causante que resulte ser legitimario por derecho de representación y resulte preterido según las normas anteriores, no tendrá derecho a ejercitar la acción por preterición errónea, si no hubiese podido ejercerla su representado de haber sobrevivido al causante. Lo cual quiere decir que si el legitimario preterido lo fue intencionalmente sus descendientes no tendrían derecho a ejercitar la acción de nulidad derivada de la preterición no intencional o errónea, es decir solo tendrían derecho a su cuota legítima y no a su total cuota "abintestato". En otras palabras el carácter de la preterición del legitimario omitido -intencional y/o errónea- estigmatiza o vincula a la estirpe a la que afecta de igual modo. Por tanto, según los referidos autores, si el legitimario ha sido preterido intencionalmente, el descendiente de éste en ningún caso podrá demostrar una preterición errónea en su favor, ya que él no puede argüir error, que por otra parte no podía existir cuando vivía su padre (que fue preterido intencionalmente), y ellos -los descendientes- no eran herederos forzosos. Solamente tendrán derecho a la legítima, y la razón habría que buscarla en el hecho de que a fin de cuentas la preterición no deja de ser una desheredación tácita, y sabido es que los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto de la legítima, luego "mutatis mutandis" en la preterición los descendientes del legitimario preterido ocuparán su lugar respecto de la legítima exclusivamente.



Es evidente que la Compilación catalana no es de aplicación al supuesto que nos ocupa, pero aporta un criterio de interpretación que, como muy bien defiende el referido autor, resulta conciliable con la normativa del Código Civil, que no contiene previsión específica al respecto.

Existen, no obstante, a nuestro juicio, otros motivos que apoyan la tesis de dichos autores, y conducen a la conclusión de que en el presente caso, hubo preterición intencional. En primer lugar, establece el párrafo tercero del artículo 814 del Código Civil que «los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente, y no se consideran preteridos»; es decir, se presume que el testador que no omitió a un hijo suyo -heredero forzoso- que premuere, tampoco quiso preterir a los hijos de éste, y por eso reconoce a los nietos un derecho de representación en la herencia del abuelo. Siguiendo el mismo razonamiento, habrá de presumirse que el testador que omite en el testamento a un hijo suyo -heredero forzoso-, que premuere, quiso también preterir a los hijos y descendientes de éste, ya existentes o por nacer, independientemente, por tanto, de que hayan nacido ya o no en la fecha en que se otorgó el testamento, salvo que éste contenga alguna previsión al respecto, por lo que, en tal caso, no solo habrá preterición de los nietos, sino que, además, ésta será intencional, salvo que se pruebe lo contrario, y dará lugar a que los nietos representen a su padre en la herencia del abuelo, pero sólo en lo que se refiere a la legítima que correspondería a su padre. En segundo lugar, como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª, de 22 de febrero de 2.007, una interpretación conjunta de la Jurisprudencia escasa del Tribunal Supremo recaída sobre tal institución jurídica (Sentencias de Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2.005, 29 de octubre de 2.004, 9 de julio de 2.002, 23 de enero de 2.001, 6 de abril de 1.998, 13 de julio de 1.985, 9 de octubre de 1.975 e incluso más antiguas) conducen a entender que la regla general debe ser la preterición intencional, que además tiene efectos más leves, siendo la excepción, la preterición errónea la que debe probarse. La versión vigente del art. 814 trata en su último inciso, de despejar el campo de acción de la voluntad del testador a la que no opone otro límite que las legítimas. La voluntad del testador es ley prevalente, por lo que al heredero forzoso no hay que reconocerle más de lo que rigurosamente le reconoce la Ley (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1.985), debiendo reducirse la institución de heredero "antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias". Y es que, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, de 10 de marzo de 2.005, «el artículo 814 del Código Civil no establece presunción alguna a favor de una u otra clase de preterición, pero se entiende por la doctrina que ha de ser la regla la preterición intencional, en función de que tiene efectos menos rigurosos, siendo la excepción la preterición errónea y deberá ésta probarse por quien la alega para lo cual serán utilizables los medios demostrativos extrínsecos al testamento (Sentencia del Tribunal Supremo del 09 de julio de 2002)».

En consecuencia, procede calificar la preterición de los actores como intencional, por haberlo sido la de su padre, que premurió a la causante, con la consecuencia de que procede reducir la institución de heredero efectuada en el testamento de Dª Secundina, en la medida suficiente para respetar la legítima de los demandantes, que, en todo caso, será la legítima estricta, pues, como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2.002, el efecto de la preterición intencional se equipara al de la desheredación injusta (artículo 851), de modo que el preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero sólo a la legítima estricta o corta, es decir, un tercio, ya que la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue el privarle del todo y si por ley se le atribuye, no se puede extender a una parte (legítima larga) que corresponde a su libre disposición (entre hijos) y que voluntariamente nunca le quiso atribuir (en el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1.985, 5 de octubre de 1.991, 6 de abril de 1.998, y 9 de julio de 2.002, y Sentencias de esta Audiencia Provincial de Asturias, de 26 de octubre y 7 de diciembre de 2.005 [Sección 5ª], y 6 de noviembre de 1.997 y 19 de diciembre de 2.005 [Sección 6ª]).

TERCERO.- Aplicando tal doctrina al caso enjuiciado se aprecia con mayor razón en el supuesto presente la necesidad de declarar intencional la preterición del nieto del causante al tiempo de otorgar testamento, ya que conocía su existencia y había estado en contacto con él, por lo que no cabe estimar se haya producido un error u omisión involuntario, desprendiéndose del tenor literal del testamento que deliberadamente omite al descendiente de su hijo Roberto, (premuerto), el hoy actor, como heredero, designando como tal a su única hija viva, sin que las alegaciones de su esposo relativas a que "cree" que la omisión del nieto fue debida a un olvido de la testadora (sin duda guiadas por el deseo de que no se impute a la memoria de su cónyuge una acción deliberada en contra del demandante) gocen de eficacia probatoria para desvirtuar este aserto, pues no es dable presumir el olvido de un pariente tan cercano y con el que se ha convivido, como era el nieto de la causante. No puede compartirse el criterio de la sentencia apelada de que se trata de una preterición no intencional imputable a un error de la notaría, que ni aparece acreditado, ni es posible deducir ya que no es el Notario autorizante, sino por el contrario es el causante quien conoce a ciencia cierta o se halla en condiciones de conocer los integrantes de su entorno familiar e interrogar, si tiene alguna duda, al Notario acerca de si sus particulares deseos e intenciones se avienen con la legalidad, dándole información de las personas que forman el elenco de sus familiares que pueden gozar de la cualidad de legitimarios, debiendo prevalecer, como ya



dijimos, en caso de duda la calificación de intencional de la preterición en virtud del principio favor testamenti por tener consecuencias menos gravosas para la eficacia de las disposiciones testamentarias, que son las que el actor propugna con carácter subsidiario en la demanda, a la que desde el primer momento se aviene la parte demandada y comparecida.

CUARTO.- No ha lugar a efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las costas de primera instancia, ya que sobre la pretensión subsidiaria que se acoge, no había contienda, ni sobre las de la alzada puesto que se estima el recurso (artículo 398 Ley de Enjuiciamiento Civil .)

En atención a lo expuesto, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente

## FALLO

Fallamos: Acoger el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Claudia , contra la sentencia de fecha 16 de Abril de 2007 , con revocación de la recurrida, estimar la pretensión subsidiaria de la demanda de Jose Miguel y declarar que el actor, es legitimario y nieto de la causante Doña Mariana y que ha sido preterido de forma intencionada en el testamento notarial otorgado por ésta en fecha 20 de junio de 1993.

2º.- Que la institución de heredero efectuada en el citado testamento se reducirá en la medida necesaria para respetar la legítima estricta del demandante, declarando que Jose Miguel tiene derecho a una participación en el haber que se cifra en la sexta parte de la herencia, todo ello respetando la voluntad de la testadora de legar a su esposo el usufructo universal vitalicio en los términos en que ha sido constituido.

Y condenar a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.