



Roj: **SAP V 6000/2013 - ECLI:ES:APV:2013:6000**

Id Cendoj: **46250370062013100508**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **6**

Fecha: **12/03/2013**

Nº de Recurso: **15/2013**

Nº de Resolución: **152/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **VICENTE ORTEGA LLORCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial de Valencia Sección Sexta ROLLO nº **15/2013** SENTENCIA 12 de marzo de 2013

PODER JUDICIAL

Audiencia Provincial

de Valencia

Sección Sexta

ROLLO nº **15/2013**

SENTENCIA nº 152

Presidente

Don Vicente Ortega Llorca

Magistrada

Doña M^a Eugenia Ferragut Pérez

Magistrado

Don José Francisco Lara Romero

En la ciudad de Valencia, a 12 de marzo de 2013.

La sección sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los señores y la señora del margen, ha visto el presente recurso de apelación, interpuesto contra la sentencia de fecha catorce de septiembre de dos mil doce , y auto aclaratorio de tres de octubre de dos mil doce, recaídos en el juicio ordinario nº 328/2012, del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Valencia , sobre nulidad de cláusula testamentaria de desheredación.

Han sido partes en el recurso, como apelante el demandado don Primitivo , representado por la procuradora doña M^a Luisa Sempere Martínez y defendido por el abogado don José M^a Serrano Yuste, y como apelados los demandantes doña Genoveva , doña Justa y don Victorino , representados por el procurador don Francisco Verdet Climent y asistidos por el abogado don Remigio Edo Cebollada.

Es ponente don Vicente Ortega Llorca, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la sentencia apelada, integrado con el auto aclaratorio, dice:

« Que estimando parcialmente la demanda formulada por DOÑA Genoveva , DOÑA Justa y DON Victorino , representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales D./D.^a Francisco Verdet Climent, contra DON Primitivo , representado/a por el/la Procurador/a D./D.^a M^a Luisa Sempere Martínez, debo:



- 1) Declarar la nulidad de pleno derecho la cláusula primera del testamento otorgado por Susana con fecha 8 de noviembre de 2005, ante el Notario D. Alberto Domingo Puchol, nº 4899 de su protocolo, en cuanto deshereda expresamente a sus nietos Victorino y Genoveva, hijos de su premuerto hijo Fausto.
- 2) Desestimar íntegramente las pretensiones formuladas por Justa, consecuencia de mantener la validez de la disposición testamentaria por la que Susana, en su citado testamento de 8 de noviembre de 2005, la desheredaba.
- 3) Declarar el derecho de los actores Genoveva y Victorino a suceder por derecho de representación a su abuela Susana, con los efectos previstos en el art. 851, CC referidos a los dos tercios de la herencia.
- 4) Declarar el derecho de los actores Genoveva y Victorino a recibir la parte que como herederos les corresponde en la herencia de su abuela, en los términos antes indicados, y a intervenir como tales herederos en las operaciones de partición que hayan de practicarse respecto de dicha herencia.
- 5) Sin hacer expresa imposición de las costas causadas.»

SEGUNDO.- La defensa del demandado interpuso recurso de apelación, en solicitud de que se revoque la sentencia de primera instancia en el punto tercero del fallo de la misma, declarando que, los efectos previstos en el artículo 851 del Código Civil hacen referencia a un tercio de la herencia o legítima estricta o corta, manteniendo el resto de pronunciamientos de la resolución impugnada, y condenando en costas a la parte demandante - apelada en caso de oposición al presente recurso.

TERCERO.- La defensa de los demandantes presentó escrito solicitando resolución por la que desestimando el recurso, confirme íntegramente la sentencia y el auto que forma parte integrante de la misma, y con expresa condena en costas a la apelante.

CUARTO.- Recibidos los autos por este Tribunal, se señaló para la deliberación y votación el día 11 de marzo de 2013, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución impugnada, sólo en cuanto no se opongan a los de ésta.

PRIMERO.- El recurso se dirige exclusivamente contra el punto 3) del fallo, en cuanto declara que el derecho de los actores a suceder a su abuela se refiere a los dos tercios de la herencia, pues el demandado sostiene que los efectos del artículo 851 del Código Civil hacen referencia a un tercio de la herencia o legítima estricta o corta.

SEGUNDO.- Fue en el auto aclaratorio donde el juez a quo razonó e introdujo ese pronunciamiento en el fallo de la sentencia, diciendo:

« **SEGUNDO.-** En la sentencia se omitió un pronunciamiento respecto a una pretensión solicitada por la parte actora, concretamente la contenida en el ordinal 2º de la petición de la demanda y relativa a que el derecho de los actores a suceder, por derecho de representación a su abuela como herederos forzosos en los bienes que integran la legítima "que viene conformada por los dos tercios de la herencia". La sentencia dictada se pronunció únicamente, respecto a esa petición, declarando el derecho de dos de los actores a suceder a su abuela "con los efectos previstos en el art. 851, CC", norma que se transcribía literalmente en el párrafo último del fundamento jurídico cuarto.

La tesis de la parte demandada es que a los demandantes les corresponde la legítima estricta y su cita la STS de 6 de abril de 1998 (que, a su vez, cita otras tres sentencias anteriores). Por el contrario, los actores sostienen que su legítima debe estar integrada por los dos tercios de la herencia.

La cuestión es muy compleja especialmente cuando -como aquí sucede- ha sido desheredado un descendiente y existen otros descendientes a los que no se ha mejorado expresamente discutiéndose -como aquí- si la aplicación del art. 851 CC se refiere a la legítima estricta o a la legítima larga y prueba de la dificultad es que el reiterado criterio jurisprudencial es sometido a crítica por parte de la doctrina. Para resolverla debemos recordar que según el art. 808, CC, párrafo primero, "constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre"; lo que conlleva que la legítima de los descendientes sea una cuota que a éstos les corresponde en su globalidad y que sólo puede ser limitada (legítima estricta) en la medida en que el testador haya dispuesto de la totalidad o en parte del tercio de mejora. La legítima estricta sólo existe si se ha dispuesto de la totalidad del tercio de mejora. Por otro lado, la testadora, en el testamento que contiene la desheredación injusta, no mejoró a ningún heredero, ni estableció disposición alguna para el caso de que fuera impugnada, y prosperase, la desheredación de sus nietos.



La primera sentencia que abordó la cuestión fue la STS de 23 de enero de 1959 , Pte: Eyré Varela, (RJ 125), al resolver un recurso de casación cuyo objeto fue "la interpretación que debe darse al art. 851, CC al determinar que la desheredación legalmente improcedente «anulará la institución de heredero en cuanto perjudica al desheredado; pero valdrán los legados y mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudique a dicha legítima», pues, mientras en la Sentencia recurrida se sostiene que alcanzar a la nulidad absoluta de la institución por no contener el testamento disposición alguna respecto a mejoras y legados, en el recurso, conforme con la sentencia de primera instancia, se sostiene que la nulidad referida es sólo eficaz en cuanto perjudique a los desheredados, perjuicio concretado a la participación en la legítima estricta de la herencia (Considerando primero). Esta Sentencia parte de que no puede identificarse la preterición de un heredero, sancionada con la absoluta nulidad de la institución de heredero con la desheredación que sólo anula la institución cuando perjudique al desheredado, por esto, hay que determinar en qué consiste el perjuicio a que se refiere el art. 851, CC , pero la sentencia recuerda que en la preterición no hay una voluntad declarada del testador, mientras que en la desheredación esa voluntad está declarada; y proclama que al desheredado le corresponde la legítima estricta aunque el testador no haya dispuesto de la mejora expresamente en favor de los otros legitimarios.

La argumentación al respecto se contiene en Considerando último, que dice así: "Que en cuanto a la extensión de la legítima ha de desvanecerse una duda consistente en si para determinar, en el caso concreto de que se trata, el perjuicio del desheredado ha de entenderse la legítima corta o la larga debido a que en el testamento no se contiene declaración expresa de mejora y el Código excluye la tácita, sólo admitida en uno o dos supuestos a que se refiere el artículo 828 y el 782 del repetido Cuerpo legal, duda cuya resolución ya viene prejuzgada en los anteriores considerandos, pues la libre. determinación que al testador corresponde para disponer entre los hijos de la mejora, de la que puede excluir a quien tenga por conveniente, es *indudable que desde el momento en que expresamente le excluye de la herencia, determinando su desheredación, esta voluntad debe prevalecer en cuanto no perjudique el derecho del desheredado, que ninguno tenía a este tercio al margen de la voluntad del testador, existiendo, como existen otros hijos, y, por tanto, expresamente resulta excluido por el testamento de la mejora* entre los coherederos forzosos debe seguir la misma suerte que el tercio de libre disposición, puesto que la institución de herederos prevalece en toda la extensión en que no afecta a una prohibición legal o a la lesión de un derecho necesario o absoluto, y no es posible dudar de que la terminante institución de herederos y la exclusión total de la herencia del recurrido, ha de llegar al límite de las atribuciones del testador, como ya queda anteriormente expuesto, y debe ser respetada parcialmente dentro de los límites de sus atribuciones y la calificación, naturaleza y extensión de los derechos del heredero necesario, frente al testador, reducidos a la legítima estricta, pues *la voluntad expresa de éste de desheredar totalmente a un hijo, incluye la desheredación parcial, en aquella parte cuya atribución a éste depende , conforme a la ley, de su libérrima voluntad , taxativamente contraria a tal atribución en el caso que se resuelve*".

Las siguientes sentencias (STS de 6 de abril de 1998 , Pte: Morales Morales, STS de 9 de octubre de 1975 , Pte: Díez Canseco y de la Puerta, STS de 13 de julio de 1985 , Pte: Fernández Rodríguez) no ofrecen argumentos distintos; se limitan a reproducir la tesis del precedente, y ejemplo de ello es la alegada STS de 6 de abril de 1998 , Pte: Morales Morales, diciendo "cuya legítima que ha de ser respetada es solamente la legítima estricta o corta, según ya tiene declarado esta Sala para supuestos análogos". Y no sólo el Tribunal Supremo, también las Audiencias Provincial se han limitado a reproducir esa tesis sin más argumentación; y como ejemplo se cita la reciente SAP de Valencia, Sec. 8, de 20 de julio de 2010 , Pte: Sánchez Alcaraz.

Por tanto, las razones o argumentos que avalan la tesis de la STS de 23 de enero de 1959 consisten, pues, en que la desheredación injusta supone una desheredación parcial en la mejora, o que la voluntad presunta del testador era limitar al máximo lo que pudiera percibir uno de sus herederos. También un sector doctrinal, encabezado por Vallet de Goytisolo, considera que la voluntad de desheredar implica el deseo de mejorar a los colegitimarios en el caso en que prosperase la desheredación injusta. Dicho autor argumenta que el testador puede privar de la mejora a su descendiente sin alegar causa alguna siempre que sea a favor de otro descendiente, pues para privar al desheredado de ese tercio sólo precisa su voluntad. Por tanto, ante una desheredación injusta el ordenamiento ha de responder restableciendo aquello de lo que el testador no puede disponer: la legítima estricta.

Frente a lo anterior cabe argumentar que la desheredación es una institución que por su propia naturaleza nunca puede ser presumida. Se trata de una institución formal que sólo puede ser realizada en testamento al amparo de una de las causas establecidas en la ley. Además la desheredación tiene un marcado carácter excepcional que implica una admisión restringida. Es cierto que entre la legítima y la mejora existen evidentes diferencias que permiten al testador privar a los descendientes de la mejora sin alegar causa alguna siempre que sea en favor de otros descendientes. Sin embargo, siguiendo a Jose Ángel , para que exista la mejora debe ser dispuesta por el causante y aceptada por el mejorado, y la desheredación injusta no puede suponer



una desheredación en la mejora. No existe otro medio de privar del tercio de mejora, que mejorando a otros descendientes, y si dicha mejora no se ha producido, la mejora no existe, sólo hay legítima.

Aunque partiendo de los artículos 825 y 828 del Código Civil, un sector doctrinal defiende que en nuestro ordenamiento cabe la mejora tácita, en el caso del art. 851 no se da un supuesto de mejora tácita, por lo siguiente:

En primer lugar, admitir en la desheredación injusta una mejora tácita, implicaría presumir una voluntad dispositiva de un acto que el propio ordenamiento sanciona por su injusticia. Como afirma LACRUZ "es muy dudoso que una voluntad injusta expresada tenga efectos implícitos... cuando el testador ha podido relegar al legitimario a su posición estricta con sólo ordenarlo así. Tratar igual a quien emplea la fórmula legal para conseguir ese resultado y a quien, lejos de emplearla, hace acaso a su hijo una imputación calumniosa que le priva injustamente de su derecho, me parece un modo excesivamente lato de entender la protección a la voluntad en el testamento; desde luego, no mencionado en la ley".

En segundo lugar, sólo si se considera que el perjuicio al desheredado se corresponde a la legítima larga, tiene sentido que el art. 851 del Código civil establezca: "... pero valdrán las mandas, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima". Si el legislador se ha visto en la necesidad de aclarar en el precepto que han de ser mantenidas las mejoras ordenadas en testamento, ello es porque parte de que al desheredado injustamente le corresponde la legítima larga, pues si al desheredado injustamente le correspondiese la legítima corta ¿para qué establecer en el precepto la necesidad de respetar, en su caso, la mejora?

En tercer lugar, nos encontramos en el marco de la sucesión forzosa donde es indiferente la presunta voluntad del causante, pues en esta sucesión forzosa el respeto a la legítima (el tercio de mejora es legítima) ha de ser el eje de cualquier interpretación. Por tanto, ante el silencio del causante, tan sólo cabe entender que no se ha mejorado a ningún legitimario. Si admitiésemos que en la desheredación injusta en realidad se mejora, estaríamos dando validez a una voluntad presunta del testador, que sería contraria a lo dispuesto en la ley.

Finalmente, el descendiente no tiene derecho a la legítima estricta, sino a la legítima sin más, pues donde el art. 808, párrafo primero, CC no distingue no tiene sentido distinguir. La legítima estricta sólo existirá en la medida en que se haya mejorado a otros descendientes.

Por tanto, teniendo presente que, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 851, el desheredado injustamente tiene derecho a lo que por legítima le corresponda, se concluye que tendrá derecho a la totalidad de la legítima si el testador no ha dispuesto de la mejora.

Razones las expuestas que nos llevan a concluir, en el supuesto enjuiciado, toda vez que la testadora, en el testamento, no mejora a ningún heredero, el efecto que se deriva de la desheredación injusta es que los derechos de los herederos se extienden a los dos tercios de la legítima de los descendientes.»

TERCERO.- Frente a tal modo de razonar, la parte recurrente alega, en síntesis:

Primera.- Es profusa y pacífica la doctrina en el sentido de estimar como procedente en los casos de desheredación injusta la aplicación de la legítima estricta, sobre todo si concurre a la sucesión con otros descendientes no desheredados, como es el caso que nos ocupa. STS número 310/1998 de 6 de abril.

El propio Juzgador a quo parte para la argumentación mantenida en el auto aclaratorio de la STS de 23 de enero de 1959, en la que se establece la doctrina del establecimiento de la legítima estricta para el caso de desheredación de descendientes cuando concurren con otros descendientes, por tener aquellos reservada, como herederos forzosos que son, la legítima estricta, y no la mejora que se atribuye entonces al heredero que no ha sido desheredado injustamente.

Y esto es, precisamente, porque el Tribunal Supremo equipara la desheredación injusta con la preterición intencional del artículo 814 CC. En este sentido, la STS de 13 julio 1985, de 6 abril de 1998.

Se está manteniendo el valor prevalente de la voluntad del testador que le da el artículo 675 CC.

Queda clara la voluntad del testador de sustraer a su sucesión a los nietos desheredados, y, en caso de haberse declarado ésta injusta, es evidente su deseo de participar lo menos posible en su patrimonio.

Segunda.- En cuanto al segundo argumento de la mención en el artículo 851 de las "mejoras", lo que se intenta preservar son las mejoras, mandas y legados de los no desheredados cuando se produce la declaración de injusta de la causa de desheredación invocada.

No se debe interpretar en el sentido de que se hace referencia a la legítima larga, sino a aquellos casos en los que el haber hereditario no cubre la legítima estricta sin perjudicar los legados mandas y mejoras efectuados,



ya que el testador excluyó conscientemente al desheredado de su reparto patrimonial, y, la "reincorporación" de éste al reparto de la herencia, no querida ni esperada por el testador, puede afectar al valor de los legados mandas y mejoras que sí que se querían.

Tercera.- El eje de la interpretación debe de ser la voluntad del testador como dice el ya citado artículo 675 CC, y no el derecho de los herederos forzosos a la legítima.

Cuarta.- El artículo 808 no sería de aplicación para sustentar la argumentación mantenida por el Juzgador de Instancia, ya que se trata de la norma general respecto de las legítimas, o mejor dicho, su definición.

CUARTO.- La doctrina jurisprudencial es unánime, y está recogida por la citada STS (Sala de lo Civil) de 23 enero 1959, Ponente: Excmo Sr. Francisco Eyré Varela, que resolvió un caso análogo al presente, interpretando el artículo 851 CC en los siguientes términos:

"CONSIDERANDO.-Que ... lo primero que se ocurre examinar es a dónde llegan las facultades de disposición testamentaria del padre en relación a los hijos y cuáles sean los derechos absolutos e intangibles de éstos frente aquél dentro de la sucesión hereditaria, lo cual dará la pauta fundamental para la determinación de los perjuicios que se persigue, y esto resulta de una manera clara y terminante, que, no deja lugar a duda, de los artículos del Código Civil que facultan al primero para disponer de sus bienes respetando la legítima, es decir, frente a los hijos, el padre testador puede disponer de dos tercios de la herencia, uno el de libre disposición en favor de quien quiera, en lo que están incluidos los hijos, y otro el de mejora, sólo en favor de éstos, en ambos casos, en favor de todos o de alguno, en la cuantía total o parcial que determine, y claro está, que esos derechos y deberes del padre determinan el alcance de los derechos y deberes de los hijos correlativamente concordantes con los de aquél, a saber: que los hijos no tienen más derecho en la sucesión de los padres, en contra de la voluntad de éstos, que a la legítima estricta, el otro tercio de la herencia, y todo lo demás depende de su soberana voluntad con las limitaciones aludidas en cuanto a la mejora, de lo que se desprende que apareciendo expresada la de desheredar a un hijo, éste ha de respetar esa voluntad en la medida y extensión determinada en el ordenamiento jurídico que consiste, conforme a lo expuesto, en aquello de que él podía disponer, quedando sólo con la participación que le corresponda en la legítima estricta por concurrir a la herencia con otros hijos, y que serían los dos tercios si él fuera único heredero forzoso, todo lo que constituye su derecho estricto, absoluto e intangible, lo demás podría serle atribuido por la ley, pero sólo en defecto de testamento o con testamento que otra cosa prescriba.

CONSIDERANDO.- Que conforme con lo anterior, doctrinalmente, se viene definiendo, casi unánimemente, la desheredación «como aquella disposición testamentaria por la que se priva a un heredero forzoso de su derecho a legítima, en virtud de una justa causa determinada por la ley», abriéndose así el claro sentido del artículo fundamental, 851 del Código indicado, en el cual al lado de la nulidad limitada o restringida de la institución de herederos, no sólo salva las mandas y mejoras que el testamento contenga, sino todas las demás disposiciones en lo que no perjudiquen la legítima, la misma institución de herederos en cuanto no afecte a ésta ...

CONSIDERANDO.- Que en cuanto a la extensión de la legítima ha de desvanecerse una duda consistente en si para determinar, en el caso concreto de que se trata, el perjuicio del desheredado ha de entenderse la legítima corta o la larga debido a que en el testamento no se contiene declaración expresa de mejora y el Código excluye la tácita, sólo admitida en uno o dos supuestos a que se refiere el artículo 828 y el 782 del repetido Cuerpo legal, duda cuya resolución ya viene prejuzgada en los anteriores considerandos, pues la libre determinación que al testador corresponde para disponer entre los hijos de la mejora, de la que puede excluir a quien tenga por conveniente, es indudable que desde el momento en que expresamente le excluye de la herencia, determinando su desheredación, esta voluntad debe prevalecer en cuanto no perjudique el derecho del desheredado, que ninguno tenía a este tercio al margen de la voluntad del testador, existiendo, como existen otros hijos, y, por tanto, expresamente resulta excluido por el testamento de la mejora entre los coherederos forzosos debe seguir la misma suerte que el tercio de libre disposición, puesto que la institución de herederos prevalece en toda la extensión en que no afecta a una prohibición legal o a la lesión de un derecho necesario o absoluto, y no es posible dudar de que la terminante institución de herederos y la exclusión total de la herencia del recurrente, ha de llegar al límite de las atribuciones del testador, como ya queda anteriormente expuesto, y debe ser respetada parcialmente dentro de los límites de sus atribuciones y la calificación, naturaleza y extensión de los derechos del heredero necesario, frente al testador, reducidos a la legítima estricta, pues la voluntad expresa de éste de desheredar totalmente a un hijo, incluye la desheredación parcial, en aquella parte cuya atribución a éste depende, conforme a la ley, de su libérrima voluntad, taxativamente contraria a tal atribución en el caso que se resuelve."

Ese criterio ha sido asumido en esencia por una ininterrumpida sucesión de sentencias de nuestro más alto Tribunal [entre otras, STS de 9 de octubre de 1975, 13 de julio de 1985, 10 de Junio del 1988 (ROJ: STS



4453/1988), 06 de Abril del 1998 (ROJ: STS 2295/1998) y 09 de Julio del 2002 (ROJ: STS 5118/2002)] y también por este tribunal en SAP Valencia, sección 6ª, de 22 de Octubre del 2012, ROJ: SAP V 4853/2012 , de 20 de Julio del 2012, ROJ: SAP V 3477/2012, y de 20 de Mayo del 2011 (ROJ: SAP V 3798/2011).

La clave de esa doctrina jurisprudencial se halla en la delimitación de las facultades del testador, y en la interpretación de su voluntad testamentaria como ley del testamento conforme a lo previsto por el artículo 675 CC , que ordena que " *Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento* ". De donde se deriva que la primera regla interpretativa es la literalidad, de modo que a la hora de atribuir un sentido a la voluntad testamentaria, debe analizarse el texto de la disposición discutida. Algunas sentencias antiguas, como las de 9 junio 1962 y 23 octubre 1971 permiten entender que si alguien pretende que el sentido literal del testamento no concuerda con la verdadera voluntad del testador debe acreditarlo plenamente, porque la ley parte de una idea básica, que algunos califican de presunción, de que el testador tradujo su voluntad en las palabras que utilizó. Los otros medios, que han sido calificados como extrínsecos, no pueden rechazarse, pero jugarán un papel accesorio en la interpretación y sobre todo, debe evitarse que se atribuyan al testador soluciones que no quiso.

QUINTO.- En el caso que estudiamos, no nos cabe duda ninguna de que la voluntad de la testadora fue que los hoy demandantes no percibieran nada de su herencia, y esta voluntad la expresó claramente en el testamento cuando los deshereda expresamente y, además, "instituye heredero universal de todos sus bienes, derechos y acciones a su hijo Primitivo ", añadiendo que "quiere que el presente testamento valga íntegramente aún en caso de preterición aunque fuese errónea y total, **sin perjuicio de las legítimas más reducidas o estrictas que correspondan al preterido o preteridos** " (folios 5 vuelto y 6). Así pues, fue la propia testadora quien limitó a la legítima estricta los efectos de la preterición errónea y total, y esos mismos efectos, limitados a la parte de legítima indisponible por la testadora, deben aplicarse también al caso de desheredación, pues esa era la voluntad de la causante, teniendo en cuenta que es notable la proximidad conceptual entre la preterición intencional y la desheredación injusta, que comportan que la institución de heredero deba ser anulada, pero no en su totalidad sino en cuanto perjudique al heredero forzoso intencionalmente preterido o injustamente desheredado, según establecen los artículos 814.1º CC (para la preterición intencional) y 851 CC (para la desheredación injusta).

El recurso merece prosperar.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto por los artículos 394 y 398 LEC , no procede hacer expresa imposición de las costas de este recurso.

SÉPTIMO.- Conforme a lo dispuesto por la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ , estimado el recurso, devuélvase el depósito constituido para recurrir.

En nombre del Rey, y por la autoridad que nos confiere la Constitución aprobada por el pueblo español

FALLAMOS

Estimamos el recurso interpuesto por don Primitivo .

Revocamos la sentencia apelada, integrada con el auto aclaratorio, en el único sentido de sustituir la expresión "referidos a los dos tercios de la herencia" contenida en el punto 3) de su fallo, por la de "referidos al tercio de legítima estricta de la herencia".

No hacemos expresa imposición de las costas de esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación por interés casacional.

A su tiempo, devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales, con certificación de esta resolución para su ejecución y cumplimiento.

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