



Roj: **STS 444/1985 - ECLI:ES:TS:1985:444**

Id Cendoj: **28079110011985100129**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/1985**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO FERNANDEZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 489.-Sentencia de 13 de julio de 1985

PROCEDIMIENTO: Infracción de ley y doctrina legal.

RECURRENTE: Doña Melisa .

FALLO: Estima recurso contra sentencia A. Burgos de 7 de mayo de 1983 .

DOCTRINA: Testamento. Preterición.

La existencia de un posterior testamento, perfecto y como tal válido por tratarse de un negocio jurídico de índole unilateral, que reúne los requisitos legalmente prevenidos produce la revocación tácita del anterior, desde el momento en que la invalidez testamentaria no cabe confundirla con la virtualidad de los llamamientos, como es en lo referente a quienes tengan derechos hereditarios que no pueden ser preteridos.

En la Villa de Madrid, a trece de julio de mil novecientos ochenta y cinco; en los autos de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia número uno

de los de Santander y, en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, a instancia de doña Sofía , mayor de edad, viuda, empleada y vecina de Santander, contra doña Melisa , mayor de edad, viuda, sin profesión especial y vecina de Santander, sobre nulidad de testamento; autos pendientes ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación de Ley y doctrina legal, interpuesto por doña Melisa , representada por el Procurador don Francisco de Guinea y Gauna y defendida por el Letrado don Fernando Dancausa de Miguel; habiendo comparecido como parte recurrida doña Sofía , representada por el Procurador don José Granados Weil, asistida del Letrado don Santiago Dalmau Moliner.

RESULTANDO

RESULTANDO que el Procurador don Antonio González Morales, en representación de doña Sofía , formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Santander número dos, demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, contra doña Melisa , sobre nulidad de testamento, estableciendo en síntesis los siguientes hechos: Primero.-Que su representada doña Sofía , nació en Santander, el día veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta, siendo inscrita en el Registro Civil como hija legítima de padres desconocidos, con el nombre de María Consuelo , practicándose la inscripción con las formalidades entonces vigentes, en el Distrito Municipal del Oeste. Segundo.-Que siguió su representada tiempo después bajo el estigma de hija de padres desconocidos, cuando el dieciocho de junio de mil novecientos cincuenta y uno, veinte años aproximadamente de venir al mundo en estado de ilegitimidad civil, su progenitor don Rodrigo decidió reparar el daño que durante largo tiempo le perseguía, y mediante testamento abierto, reconoció como hija natural suya, a la hembra mencionada, doña Sofía , condición civil que éste aceptó y que por nota marginal se inscribió con el nombre y apellidos referidos. Tercero.-Que continuó doña Sofía , desde la fecha del reconocimiento indicado,



en compañía y al cuidado de su madre doña Flora . Cuarto. Que no mejoraba, la conducta paterna a través del tiempo transcurrido, sino que por el contrario cada vez olvidaba más las relaciones entre padre e hija naturales. Surge el hecho protagonizado por el padre natural de su representada, de contraer matrimonio con la demandada doña Melisa , el día diez de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro. Quinto.-Que contraído el indicado matrimonio los esposos mantienen su estado conyugal libre y constantemente, hasta que el día quince de marzo de mil novecientos setenta y uno, el padre natural de su representada, otorga testamento abierto conforme a las cláusulas siguientes: Primera.-Declara estar casado en primeras nupcias con doña Melisa , de la que no tiene descendencia, y que tiene una hija natural reconocida llamada doña Sofía . Segunda.-Manifiesta que a su matrimonio con doña Melisa , el otorgante no aportó bienes ni los adquirió durante el mismo a título gratuito, y que su nombrada esposa aportó al matrimonio doscientas acciones de la «Compañía Telefónica Nacional de España» de quinientas pesetas nominales cada una, así como diversos muebles e inmuebles, y que uno de estos últimos, una casa radicante en Polanco, barrio de la Iglesia, que pertenecía a su esposa y a sus hermanos en proindiviso, fue vendida durante el matrimonio, correspondiendo a su esposa el precio de venta de doscientas mil ochocientos cuarenta y dos pesetas. Tercera.-Reconoce deber a su hermano político don Tomás , la suma de cuatrocientas mil pesetas, que él mismo le entregó en concepto de préstamo. Cuarta.-Lega a su hija natural doña Sofía , la que por legítima le corresponde, o sea una tercera parte en su herencia, y en su defecto, a los descendientes legítimos que la misma dejare. Quinta.-Instituye heredera a su esposa doña Melisa . Sexta.-Nombra albacea y contadores partidores de su herencia solidariamente a su hermano político don Melisa y al abogado de Santander don Francisco Trueba Hazas, con prórroga del plazo legal. Sexto.-Que posteriormente, declinando progresivamente el estado de salud del padre de su representada, y alcanzada ya la edad de sesenta y siete años, otorga nuevo testamento abierto con fecha; doce de noviembre de mil novecientos sesenta y seis, y ordena su última disposición con arreglo a las siguientes declaraciones y cláusulas: Primero.-Manifiesta que está casado en únicas nupcias con doña Melisa , de cuyo matrimonio no tiene sucesión. Segundo.-Que en la totalidad de sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros, instituye por única y universal heredera en pleno dominio a su cónyuge doña Melisa . Séptimo.-Que a la vista de las disposiciones testamentarias se determina el alcance verdadero de ambas disposiciones por sí mismas, diferenciándose con claridad innegable los efectos de cada una de ellas. Octavo.-Que de esta dualidad de disposiciones testamentarias, arranca necesariamente la razón de este litigio. Noveno.- Se trata en consecuencia de la preterición de la actora doña Sofía , ignorada por el testador en su último y repetido testamento, claramente opuesto a la primera disposición que consignaba a favor de ella. Décimo.-Ineficaz y, por tanto nula, la institución testamentaria de doce de noviembre de mil novecientos setenta y seis por el testamento, por la preterición que ha producido en los derechos testamentarios de doña Sofía , queda abierta la sucesión intestada por óbito de don Rodrigo , y consiguientemente deja a éste en condiciones de solicitarla ante la jurisdicción que corresponda, con la promoción de heredera forzosa en favor de la hija natural del causante, sin perjuicio de los derechos que en la cuota viudal de la herencia correspondan a la demandada doña Melisa . Undécimo.-Que en los mismos términos que anteceden fue demandada de conciliación doña Melisa . Duodécimo.-Además del metálico, fondos y valores que existen o hayan podido existir del causante don Rodrigo , en cualquiera de las entidades bancarias de esta Plaza de Santander, figura inscrita en el Registro de la Propiedad de este partido, como perteneciente a la demandada doña Melisa , pero sin justificarse el carácter ganancial o privativo, que tenga, un local de planta baja del bloque número uno de la calle DIRECCION000 de esta ciudad. Terminaba suplicando al Juzgado dicte sentencia con arreglo a los siguientes pronunciamientos: A) Declarando preterida en el testamento de diez de noviembre de mil novecientos setenta y seis, a la actora doña Sofía , hija natural del otorgante don Rodrigo , y por tanto, inválida y nula la institución de heredera universal a favor de su cónyuge, aquí demandada, doña Melisa . B) Declarando, en consecuencia, única y universal heredera abintestato del causante don Rodrigo , a su hija natural doña Sofía , sin perjuicio de obtener previamente la declaración de este derecho, mediante el oportuno expediente judicial; todo ello, por efecto de la anteriormente aludida preterición, consignada en su último y citado testamento, que revocó el primeramente otorgado de quince de marzo de mil novecientos setenta y uno, haciéndose expresa reserva de la cuota legal usufructuaria correspondiente al cónyuge viudo, doña Melisa . C) Declarando, igualmente, ineficaz cuantos documentos hubiera suscrito dicha demandada desde la muerte de su esposo don Rodrigo , en perjuicio de la actora, obligándose a responder del patrimonio causado a su óbito, incluidos los frutos obtenidos y la consiguiente rendición de cuentas. D) Condenar, por último, a referida demandada doña Melisa , a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y al pago de las costas si se opusiere a todas o cualquiera de ellas.

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazada la demandada doña Melisa , compareció en los autos en su representación el Procurador don Antonio Nuño Palacios, que contestó a la demanda, oponiendo a la misma en síntesis: Primero.-Que aceptaba como ciertos que la actora naciera en la fecha que ella dice, veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta y que fuera inscrita como hija de padres desconocidos con el nombre de María Consuelo , ya que no fue reconocida tampoco por su madre, doña Flora . Segundo.-Aceptaba también que don Rodrigo esposo que fue de su representada, reconoció como hija natural a la demandante



doña María Consuelo , que pasó a llevar también el apellido de dicho señor; y también la reconoció su madre por testamento de la misma fecha, pero negaba que la causa de tal reconocimiento fuese la sentimental que se dice en la demanda, no se trató de ningún arrepentimiento de conciencia, sino que don Rodrigo , soltero y sin antecedentes, accedió a tal reconocimiento ante las dificultades que en aquel entonces tenía una muchacha, inscrita en aquella forma; Tercero.-Pasó el tiempo y don Rodrigo contrajo matrimonio con su representada en diez de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro y en quince de mayo de mil novecientos setenta y uno, dicho señor otorgó testamento ante Notario. Cuarto.-Quizá por haber tenido conocimiento de este testamento, o por sospecharlo, comenzó la actora una campaña contra don Rodrigo de violencias verbales, especialmente telefónicas. Quinto.-Que parece que el quid del asunto está en lo que se dice por la actora en el hecho duodécimo, especialmente por lo que se refiere a un local planta baja en la DIRECCION000 de esta ciudad; que su representada compró con bienes propiedad y así consta en la escritura. Terminaba suplicando al Juzgado que dictara sentencia desestimando las peticiones de la parte actora de los apartados B, C y D del suplico de la demanda, declarando, por el contrario, válido y eficaz el testamento de don Rodrigo de fecha quince de marzo de mil novecientos setenta y uno ante el Notario de Santander don Juan Antonio González Arrese, por el que se regulará la sucesión del causante, condenando a la actora a estar y pasar por tal declaración.

RESULTANDO que las partes evacuaron los traslados que para réplica y duplica les fueron conferidos, insistiendo en los hechos, fundamentos de derecho y súplica de sus escritos de demanda y contestación.

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba se practicó la que) propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en la respectivas piezas.

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron en respectivos escritos, en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo con lo que tenían interesa;, do en los autos.

RESULTANDO que el Sr. Juez de Primera Instancia de Santander número dos, dictó sentencia con fecha cinco de septiembre de mil novecientos ochenta , cuyo fallo es como sigue: Que estimando la demanda formulada por el Procurador don Juan Antonio González Morales, en nombre y representación de doña Sofía dirigida por el Letrado don Matías Domínguez Gil Cuesta; contra doña Melisa , representada por el Procurador, don Antonio Nuño Palacios y dirigida por el Letrado don Pedro Rodríguez Perets y Ortiz de la Torre, debía declarar y declaraba; preterida en el testamento de doce de noviembre de mil novecientos, setenta y seis, a la actora doña Sofía , hija natural del otorgante don Rodrigo , y por tanto inválida y nula la institución de heredera universal a favor de su cónyuge, aquí demandada doña Melisa , declarando en consecuencia única y universal heredera abintestato del causante don Rodrigo a su hija natural doña Sofía , sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente al cónyuge viudo doña Melisa y declarando ineficaces cuantos documentos hubiere suscrito dicha demandada desde la muerte de su esposo don Rodrigo , en perjuicio de la actora, obligándose a responder del patrimonio causado a su óbito, incluidos los frutos obtenidos y la consiguiente rendición de cuentas, condenándose a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y todo ello sin hacer expresa condena en costas.

RESULTANDO que interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia por la representación de la demandada doña Melisa y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, dictó sentencia con fecha siete de mayo de mil novecientos ochenta y tres , con la siguiente parte dispositiva: FALLAMOS que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la sentencia recurrida, sin hacer especial mención de las costas causadas en ambas instancias.

RESULTANDO que el veintiuno de julio de mil novecientos ochenta y tres, el Procurador don Francisco de Guinea y Gauna, en representación de doña Melisa , ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal, contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Violación por no aplicación del número cuarto del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . En petición de la nulidad de un testamento, por entender que es inválida y nula la institución de heredera, se acciona por la hija natural del causante, contra su viuda, olvidándose de traer al juicio a los dos albaceas contadores partidores que en tal disposición testamentaria se nombraron. Constante doctrina de la Sala viene sentado el criterio de que no puede prescindirse de los contadores del testador en tales procedimientos. Al no haberse procedido de tal forma está mal constituida la relación procesal, incidiéndose en un supuesto de infracción de litis consorcio pasivo necesario, que provoca la violación del precepto que encabeza este motivo de la jurisprudencia de la Sala que lo interpreta. Segundo.-Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , violación por interpretación errónea del artículo 739 del Código Civil . Si bien al referirse a la desheredación determina el artículo 851 del Código Civil que la realizada sin las condiciones de la Ley, anula la institución de heredero en la parte legítima que corresponda al legitimario, pero el nombrado



heredero seguirá siéndolo en el resto de la herencia, hemos de aceptar la invalidez del último testamento otorgado por el causante de ambas partes litigantes, aunque al amparo de tal criterio legal hubiera sido lógico deducir que, a la preterición que discutimos ha de serla aplicado* igual tratamiento jurídico que a la desheredación, dada la mayor intensidad jurídica de ésta sobre aquélla. Mas, partiendo del supuesto de que la preterición, deja sin efecto el testamento en que se ha cometido la infracción que sirve para apreciarla, entendemos con ello, no ha de acudir a la sucesión intestada, con la sentencia de Primera Instancia señalada, confirmando este punto de vista de la segunda, sino que recobra toda su validez, el testamento anterior que expresaba la voluntad del testador para cuya interpretación había de haberse acudido al artículo 675 del Código Civil, por cuanto es indudable que el señor Rodrigo puso bien a las claras de manifiesto, su firme propósito de simplemente conceder a quien ha impugnado su última disposición testamentaria, aquello a lo que la Ley le obligaba, como heredera forzosa, no siendo justo que, venga a resultar que la voluntad de éste se tergiverse, de manera que la señora promotora del procedimiento, resulte altamente favorecida frente a la esposa del causante, que siempre tuvo el firme propósito de atribuirle todos los bienes que le fuera posible. Téngase en cuenta, además que el tercero de los testamentos que otorgó el causante, el que deja sin efecto la sentencia recurrida, no es el posterior perfecto al que hace referencia el precepto últimamente comentado, sino una disposición nula, que no contenía declaración alguna sobre la revocación del anterior y, que carece de valor alguno en todos los aspectos y entre ellos en el de poder producir tal revocación. Tercero.- Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Violación, por interpretación errónea del artículo 739 del Código Civil. Procede señalar que, en el testamento que a nuestro juicio debe ser el válido se contenían disposiciones que no concernían a la disposición de bienes a título de herencia o legado, sino que significaban el reconocimiento expreso de una deuda por el causante que se señalaba con todo detalle al fijarse su cuantía y la persona del acreedor. Cuando se trata del reconocimiento de hijos ilegítimos, la cuestión está resuelta en el Código Civil, al establecer en el artículo 741 que los testamentos no pierden su fuerza legal, aunque sean revocados, supuesto que bien claramente concurre en nuestro caso. Consiguientemente a lo dicho el testamento en el aspecto comentado, sigue vigente por la misma razón, han de estarlo el resto de las disposiciones del testamento que constituía, además, la verdadera voluntad de la persona fallecida. Cuarto.-Al amparo del número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Violación por no aplicación del artículo 359 de la propia Ley Procesal. Hemos de decir a tal efecto, que la demanda contraria, iniciadora del procedimiento judicial, pedía la declaración de que la actora había sido preterida en el testamento tantas veces referido a lo largo de este escrito, que se invalida y que se declara nula la institución de heredera universal de la señora recurrente cuya designación había de recaer en la señora demandante, todo ello, se decía textualmente, «sin perjuicio de obtener previamente la declaración de este derecho mediante el oportuno expediente judicial». Pues bien, la sentencia del Juzgado llega a más de lo que se solicitaba por cuanto que declara la preterición del testamento, invalida y nula la declaración de heredera universal a favor del cónyuge, declarando única y universal heredera del causante a la actora y atribuyendo a la cónyuge viuda la cuota legal usufructuaria, pero en condena de futuro sin cumplir el trámite expediente de declaración de herederos abintestato que la propia parte ofrecía y, que conforme a la Ley era preciso con lo que, no se ajusta a la Ley, no es congruente con lo solicitado y concede más de lo pedido. Se quiere con ello decir que no hay concordancia y correlación entre las pretensiones de la demanda y las determinaciones de la Sentencia, por cuanto que éstas se exceden en lo pedido, con lo que se incide en la violación que en el presente motivo denunciaremos.

RESULTANDO que admitido el recurso e instruida la recurrente única comparecida se declararon los autos conclusos y se mandaron traer a la vista con la debidas citaciones.

VISTO siendo Ponente el Excmo. Sr. Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez.

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que procede desestimar el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, fundamentado por la recurrente, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en vigor al ser interpuesto, por pretendida violación, por no aplicación, del número cuarto del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a causa de no haber sido demandados los albaceas contadores designados en el testamento de que se trata, porque como certeramente ha sido puesto de manifiesto en el primero de los Considerandos de la sentencia de Primera Instancia, expresamente aceptados en la que es ahora objeto de recurso, la posición sustantiva de dichos albaceas contadores es accesoria frente al referido testamento en cuestión, y por tanto no puede entenderlos como directamente afectados en la relación jurídico material debatida, dado que la litis entablada afecta al alcance y efectos del testamento otorgado por don Rodrigo el 12 de noviembre de 1976, que implícitamente revoca los anteriores al no haber cláusula alguna de mantenimiento de cláusulas de ellos, conforme a lo prevenido en el artículo 739 del Código Civil, y puesto que el testamento que contenga preterición no determina su consideración de hecho y jurídica



de «no perfecto», sino simplemente ineficaz en el aspecto de la institución de herederos que contenga con omisión de herederos forzosos, en cuanto mantiene la pervivencia, según establecía el artículo 814 del Código Civil en su redacción anterior a lo normado en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de «las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas», y a tenor del mismo precepto en su nueva redacción por consecuencia de esa ley con relación a la preterición intencional procediendo como consecuencia el que «no perjudica la legítima» con «reducción de la institución de heredero -que por tanto se mantiene- antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias», y en cuanto a la preterición no intencional, de ser preteridos todos los herederos forzosos, «se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial» y de resultar preteridos todos los herederos forzosos «se anulará la institución de herederos, pero valdrán la mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas» y de estarse en presencia de institución de heredero a favor del cónyuge «sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas».

CONSIDERANDO que la inconsistencia y consiguiente desestimación de los motivos segundo y tercero, formulados al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, en su redacción vigente al tiempo de la interposición del recurso, por alegada interpretación errónea del artículo 739 del Código Civil, porque, como queda razonado en el precedente Considerando, al disponer tal precepto legal sustantivo que «el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte» y que sólo «el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero», claro es que no habiéndose producido esta circunstancia de revocación por don Rodrigo del testamento en cuestión que otorgó el 12 de noviembre de 1976, como tampoco manifestación en él declarando su expresa voluntad de que subsista en todo o en parte otro anterior, ha quedado desprovisto de todo efecto el otorgado el 15 de marzo de 1971, que le precedió, salvo en lo referente al reconocimiento de filiación natural de doña Sofía que contiene, por establecerlo así el artículo 741 del Código Civil, por lo que al desproverle la Sala sentenciadora «a quo» de consecuencias sucesorias actuó con ortodoxa interpretación del precitado artículo 739 del Código Civil, y por tanto no lo efectuó con el error interpretativo alegado, toda vez que la secuencia revocatoria de derecho que ese precepto sanciona no hace revivir lo consignado en el expresado testamento anterior, que no ha sido declarado expresamente subsistente por el testador, ni en todo ni en parte, ni por ello recobra validez la institución de herederos hecha en mencionado anterior testamento, sino simplemente genera los normales efectos que emanan de la preterición conforme a las consecuencias apreciables por aplicación y desarrollo normativo de lo regulado en el artículo 814 del Código Civil, toda vez que, como tiene declarado esta Sala en la reciente sentencia de 30 de septiembre de 1982, la existencia de un posterior testamento perfecto, y como tal válido por tratarse de un negocio jurídico, de índole unilateral, que reúne los requisitos legalmente prevenidos, produce la revocación tácita del testamento anterior, desde el momento que la invalidez testamentaria no cabe confundirla con la virtualidad de los llamamientos, como es en lo referente a quienes en definitiva tengan derechos hereditarios que no pueden ser preteridos, y que la única consecuencia que producen es la adaptación de acto de última voluntad a lo que corresponda remediando la alteraciones derivadas de la desheredación.

CONSIDERANDO que, por el contrario, procede acoger el motivo cuarto, que amparado en el número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entonces en vigor, fundamenta la recurrente doña Melisa en no aplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque, efectivamente, instada por la demandante, ahora recurrida, doña Sofía, en el pedimento B) de la súplica del escrito inicial de demanda, reiterado en réplica, declaración de ser ella única y universal heredera abintestato del causante don Rodrigo, en el concepto de hija natural de éste, «sin perjuicio de obtener previamente la declaración de este derecho, mediante el oportuno expediente judicial; todo ello por efecto de la anteriormente aludida preterición -refiérese a la de dicha demandante doña Sofía - sobre la que se ha solicitado declaración en el pedimento A) de la referida demanda -consignada en su último y citado testamento- alúdese al otorgado por don Rodrigo el 12 de noviembre de 1976 - que revocó el primeramente otorgado el 15 de marzo de 1971-, haciéndose expresa reserva de la cuota legal usufructuaria correspondiente al cónyuge viudo, doña Melisa », y declarado abiertamente en la sentencia recurrida «única y universal heredera abintestato del causante don Rodrigo a su hija natural doña Sofía, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente al cónyuge viudo doña Melisa », sin obtención previa de ese derecho mediante el oportuno expediente judicial, al que ese pronunciamiento se supeditaba, ciertamente conduce a la apreciación de la situación de incongruencia denunciada, pues que se concede en realidad más de lo cualitativamente pedido, ya que se hace la declaración de derechos sucesorios en una amplitud -única y universal heredero- que requería su previa declaración en el procedimiento adecuado, cual es el de declaración de herederos, que si ciertamente puede obtenerse en juicio declarativo, ha de ser con adaptación a las exigencias prevenidas en la Sección II, del título IX, del Libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y entre ellas la información testifical y preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, y dictamen de éste, cual exige con relación a los que pretenden ser descendientes de finado el artículo 980, en concordancia con el 979, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que ha sido omitido en el juicio en



cuestión, creando un aspecto impeditivo de pronunciamiento en él de declaración de tal naturaleza, lo que, por otra parte, igualmente impide pronunciamiento sobre la solicitud contenida en el apartado C) de la repetida súplica de demanda de declaración de ineficacia de cuantos documentos hubiere suscrito la demandada, ahora recurrente, doña Melisa , desde la muerte de su esposo don Rodrigo , en perjuicio de la actora, ahora recurrida, doña Sofía , con obligación de responder del patrimonio causado a su óbito, incluidos los frutos obtenidos y la consiguiente rendición de cuentas, ya que en tanto no se haga el adecuado pronunciamiento en el procedimiento correspondiente, con el cumplimiento de las formalidades y requisitos exigibles al respecto, en manera alguna puede decidirse con relación a cuestiones que vienen rigurosamente vinculadas a ese previo precisó pronunciamiento, toda vez que solamente conocida la situación hereditaria, y su alcance, de una persona es como puede llegarse a conocer y decidir sobre las consecuencias que ello implique y determine en el ámbito fáctico y por su derivación en el jurídico.

CONSIDERANDO que, a mayor abundamiento y en definitiva, aún en el supuesto de que se cumplieren las demás exigencias que el legislador requiere para la declaración de herederos de descendientes en concurrencia con cónyuges, a fines de determinación de sus derechos hereditarios, y el alcance que los mismos pudieran tener con proyección al cónyuge supérstite declarado heredero en testamento con preterición de hija natural reconocida, la indicada circunstancia de haberse omitido al Ministerio Fiscal, en el juicio motivador de esta resolución, cual en todo caso es preceptivo según viene dicho por expresa disposición del artículo 980 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es asimismo revelador de una clara situación en orden al relacionado pedimento B) de la súplica del escrito inicial de demanda, reiterado en réplica, generante de excepción al respecto de litis consorcio pasivo necesario, y que por venir subordinada a tal pedimento alcanza a lo solicitado en el pedimento C) de la propia demanda, también reiterado en réplica, y cuya situación excepcionalmente obstativa es apreciable de oficio según reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencia de esta Sala, entre otras, de veintinueve de mayo de 1981 , nueve de marzo , quince de abril y cinco de diciembre de 1982 y dieciséis de mayo de 1983), impidiendo entrar en examen de las cuestiones que tales pedimentos plantean al no poder ser decididas sin oír sobre ellas al Ministerio Fiscal, al ser precisa su audiencia; y más aún en cuanto que si no cabe desconocer que según la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo , las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta ley se regirá por la legislación anterior, también es exacto que la cuestión de preterición objeto de controversia que vino siendo sometida a diversas opiniones en cuanto a la interposición del artículo 814 del Código Civil , en su anterior redacción, con la normativa que establecía en cuanto a herederos forzosos en línea recta, de que «La preterición de alguno o de todos los Herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas», y concretamente si esa anulación alcanzaba con proyección a la totalidad de la herencia, salvo dichas mandas y mejoras, o solamente en lo que se contraiga a la legítima del heredero forzoso cuando el testador produce la preterición de modo intencional en cuanto conocía la existencia de heredero forzoso preterido, que es el supuesto ahora contemplado desde el momento que al tener reconocida el testador don Rodrigo como hija natural a doña Sofía indudablemente la excluía voluntariamente en el testamento en cuestión, en el que ni tan siquiera la menciona, plantea el problema, a examinar y decidir en su caso en el correspondiente procedimiento en que salvada aquella omisión de intervención precisa del Ministerio Fiscal se haga la procedente declaración de si la preterición aludida genera declaración de heredera única y universal de la precitada doña Sofía con limitación de doña Melisa a su cuota legal usufructuaria, desplazándola de toda cualidad de heredera independiente de esa cuota en que fue instituida en el testamento controvertido de 12 de noviembre de 1976, o si por el contrario esa preterización sólo ha de alcanzar, al ser intencionada, a la legítima, lo que no puede ser decidido en la decisión de este recurso con proyección al juicio planteado, debido a que la apreciada situación excepcionalmente de oficio de litis consorcio pasivo necesario, por no traída al proceso del Ministerio Fiscal, ni en consecuencia intervención de éste en él, veda la posibilidad de pronunciamiento sobre la cuestión de fondo que plantea esa cuestión, cuya existencia viene determinada a causa de que cualquiera que hubiese sido la orientación dada en orden a ella doctrinal y jurisprudencialmente, como consecuencia de módulo interpretativo al respecto, es lo cierto que la problemática interpretativa que el mencionado artículo 814 del Código Civil planteada viene a reproducirse y reconsiderarse en la actualidad, con base en nuevas consideraciones que emanan de la regulación contenida en el artículo tercero, uno, del Código Civil sancionando que las normas deberán interpretarse según el sentido propio de sus palabras, pero puesto en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, «y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquélla», en virtud de la redacción dada a dicho artículo 814 del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, estableciendo, considerando que la situación de preterición intencionada, cual lo es la producida en este caso, «no perjudica a la legítima», de manera que se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, lo que significa en tal supuesto de preterición intencionada el reconocimiento de que se mantiene la eficacia de la institución de heredero producida en el testamento en que se produjo la preterición, con solamente reducirla en lo que cuantitativamente afectase a la legítima de los herederos



forzosos preteridos, por entenderse, lógicamente, por el legislador que esa omisión voluntaria que la preterición intencionada significa no puede tener más alcance que el prevenido para el caso de desheredación, que según el artículo 651 del Código Civil anula la institución de heredero tan sólo en cuanto signifique perjuicio al desheredado sin causa o sin eficiencia de la en que se basa la desheredación, con pervivencia de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a la legítima del desheredado, por ser en el terreno de los principios la solución más justa, equivalente a equiparable, toda vez que cuando el testador conoce la existencia de un heredero forzoso y sin embargo lo ignora en absoluto en el testamento, omitiéndolo en él (preterición) o lo deshereda sin expresión de causa, o con lo que contradicha no es probada, o que sea de las no establecidas por la ley para desheredar (desheredación), está poniendo de manifiesto que el testador no quiso proveer al preterido o desheredado de todo su patrimonio y por tanto que únicamente es de respetarle la legítima, como porción que la ley imperativamente le reconoce y de la que por tanto no puede verse privado, lo que en definitiva es consecuencia de reconocimiento, en módulo interpretativo acogido por el artículo 675 del Código Civil, de que la voluntad del testador, que es la ley prevalente en toda disposición testamentaria, fue no reconocer al heredero forzoso más que lo rigurosa y estrictamente reconocido por la ley, que es, siguiendo lo proclamado en otras legislaciones, lo que, reconoce actualmente el Código Civil español en la redacción dada al precitado artículo 814 por la ley 11/1981, de 13 de mayo.

CONSIDERANDO que, por lo expuesto, por acogida del motivo cuarto en que se apoya el recurso de casación de que se trata, procede declarar haber lugar a él, casando en consecuencia la sentencia recurrida, sin especial declaración en cuanto a las costas y con devolución al recurrente del depósito constituido, dictándose acto continuo, y por separado, la sentencia que corresponda sobre los extremos respecto de los cuales haya recaído la casación; y todo ello a tenor de lo normado en el artículo 1.745 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en vigor al tiempo de la interposición del recurso.

FALLAMOS

FALLAMOS que declarando haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña Melisa, por acogida del motivo cuarto en que se fundamenta, contra la sentencia dictada, con fecha siete de mayo de mil novecientos ochenta y tres, por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, en el juicio de que dicho recurso dimana, casamos dicha sentencia, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en el mencionado recurso y con devolución al recurrente del depósito constituido. Líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de Sala que en su día fueron remitidos.

ASI, por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico. En Madrid, a trece de Julio de mil novecientos ochenta y cinco.