



Roj: **STS 2070/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2070**

Id Cendoj: **28079110012020100323**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/06/2020**

Nº de Recurso: **4691/2017**

Nº de Resolución: **342/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 12776/2017,**  
**STS 2070/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 342/2020**

Fecha de sentencia: 23/06/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4691/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/06/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 20.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4691/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 342/2020**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán



D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 23 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Macarena Rodríguez Ruiz bajo la dirección letrada de D. Fernando M. Alejandro García-Cerezo, contra la sentencia dictada en fecha 29 de septiembre de 2017 por la Sección 20.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 988/2016 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1955/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Móstoles, sobre acción de impugnación de testamento. Ha sido parte recurrida D. Silvio , D. Tomás y D. Valentín , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Cayetana de Zulueta Luchsinger y bajo la dirección letrada de D. Eduardo José Trigo Sierra.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda interpusieron demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de impugnación del testamento otorgado por D. Luis Manuel y escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de D. Luis Manuel , fallecido el día 14 de abril de 2007, en la que solicitaban se dictara sentencia:

"que declare la nulidad del testamento otorgado en fecha 6 de julio de 2001 y, ante el Notario de esta ciudad D. Feliz Pastor Ridruejo, bajo el n.º 2216 de su protocolo, por D. Luis Manuel , padre de mis representados, y en virtud,

"I.- Declare que la nulidad del testamento otorgado por el fallecido D. Luis Manuel , padre legal de mis mandantes.

"II.- Declare que mis mandantes D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda son únicos y universales herederos de D. Luis Manuel fallecido el día 1 de abril de 2007.

"III.- Declare la nulidad de la escritura de aceptación de la herencia de D. Luis Manuel . Desconocemos otros datos.

"IV.- Declare que los demandados D. Silvio , D. Valentín y D. Tomás entreguen a mis mandantes todos los bienes y derechos recibidos como herencia de D. Luis Manuel .

"V.- Rindan cuentas de los bienes y derecho propiedad de D. Luis Manuel , desde la fecha del fallecimiento del mismo hasta la entrega de los bienes recibidos en herencia del mismo con la entrega de los frutos, intereses y beneficios obtenidos de dichos bienes.

"VI.- Declare las costas de esta procedimiento si existe oposición por alguno de los demandados".

2.- La demanda fue presentada el 27 de noviembre de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Madrid y fue registrada con el n.º 1955/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D. Silvio , D. Valentín y D. Tomás contestaron a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Móstoles dictó sentencia de fecha 7 de julio de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el procurador D. Raúl Ortega Gil en nombre y representación de D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda , en los presentes autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado contra D. Silvio , D. Valentín (sic) y D. Tomás (sic):

"-Se declara la nulidad de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial del testamento otorgado por D. Luis Manuel en fecha 6 de julio de 2001 ante el Notario D Félix Pastor Ridruejo con n.º 2216 de su protocolo, al haberse producido la preterición no intencional de sus hijos D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda .

"-Se declara la nulidad de la escritura de adjudicación de herencia otorgada ante el Notario D. José-Antonio García-Noblejas Santa-Olalla, con n.º 4400 de su protocolo.

"-Se declara a D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda únicos y universales herederos del causante, D. Luis Manuel .



"Se condena a los demandados a entregar todos los bienes y derechos recibidos como herencia de D. Luis Manuel y a rendir cuentas de ellos desde la fecha del fallecimiento del causante hasta la entrega de dichos bienes, con entrega, asimismo, de los frutos, intereses y beneficios obtenidos de los citados bienes.

"Y todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas".

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Silvio, D. Tomás y D. Valentín.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 20.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 988/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 29 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

"Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Silvio, D. Valentín y de D. Tomás, contra la sentencia de 7 de julio de 2016 del procedimiento ordinario n.º 1955/15 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Móstoles y revocar parcialmente dicha resolución para estimar parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda y declarar la nulidad parcial de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial del testamento otorgado por D. Luis Manuel el 6 de julio de 2001 ante el Notario de Madrid, D. Félix Pastor Ridruejo con el n.º 2216 de orden de su protocolo, al haberse producido la preterición intencional de los citados demandantes D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda, declarando, en consecuencia, la nulidad parcial de la escritura de adjudicación de herencia otorgada ante el Notario de Navalcarnero D. José Antonio García-Noblejas Santa-Olalla el día 7 de septiembre de 2007 con el n.º 4400 de orden de su protocolo, y declarando a D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda como herederos forzosos de D. Luis Manuel por su condición de hijos extramatrimoniales, reduciendo la institución de herederos forzosos de los citados demandantes únicamente a la legítima estricta o corta rechazando la petición de condena a la entrega de los bienes y derechos recibidos por los demandados D. Silvio, D. Valentín y D. Tomás, como herencia de D. Luis Manuel, sin perjuicio de proceder a una nueva partición hereditaria que, a falta de acuerdo entre los interesados, deberá solventarse por los trámites del proceso de división judicial de la herencia, debiendo abonar cada parte las costas procesales causadas a su instancia en la primera instancia, y las comunes por mitad, y sin hacer especial pronunciamientos sobre las causadas en esta alzada...".

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Con base en el artículo 469.1.4.º LEC por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución: Errónea valoración de la declaración del testigo D. Justo por parte de la sentencia recurrida ( artículo 376 LEC) al apreciar que la preterición de D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda en el testamento de D. Luis Manuel fue intencional, ya que en su declaración el Sr. Justo no ofreció ninguna fecha concreta o referencia temporal que permita sostener que D. Luis Manuel conocía, en el momento en que otorgó su testamento (julio de 2001), que D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda eran hijos suyos, indefensión originada a mis representados porque la declaración del Sr. Justo fue la única prueba que la sala de apelación tuvo en cuenta para calificar la preterición como intencional.

"Segundo.- Con base en el artículo 469.1.4.º LEC por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución: Errónea valoración de la declaración del testigo D. Justo por parte de la sentencia recurrida ( artículo 376 LEC) al apreciar que la preterición de D.<sup>a</sup> Amanda en el testamento de D. Luis Manuel fue intencional, ya que en su conversación con el Sr. Justo sobre su paternidad, relatada por aquel, D. Luis Manuel no aludió en ningún momento a mi mandante D.<sup>a</sup> Amanda (ni siquiera la nombró). Indefensión originada a D.<sup>a</sup> Amanda porque la declaración del Sr. Justo fue la única prueba que la sala de apelación tuvo en cuenta para calificar su preterición como intencional".

El único motivo del recurso de casación fue:

"Con base en el artículo 477.1 LEC: Infracción, por parte de la sentencia de 29 de septiembre de 2017, del artículo 808 CC porque limita el derecho de mis representados, preteridos en el testamento de D. Luis Manuel, a recibir únicamente un tercio de la herencia del mismo (la legítima corta y estricta), pese a que D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda son los únicos hijos de D. Luis Manuel y los hermanos Tomás Valentín Silvio, instituidos herederos por aquel, eran tan solo sobrinos suyos. El presente motivo se interpone por razón de interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ( artículo 477.3 LEC), representada



por la STS número 502/2006, de 29 de mayo (RJ 2006\3343), la STS número 981/2004, de 7 de octubre (RJ 2004\6230) y la STS de 22 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8477)".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 16 de octubre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Rogelio y de D.<sup>a</sup> Amanda contra la sentencia dictada con fecha 29 de septiembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 988/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1955/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Móstoles".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de junio de 2020, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes*

Se plantea como cuestión jurídica cuáles son los derechos de los hijos preteridos intencionalmente cuando no concurren con otros legitimarios.

En el caso el testador nombró herederos a sus sobrinos, y se ha calificado de intencional la preterición de sus hijos (cuya filiación quedó determinada judicialmente después del fallecimiento del causante), por considerarse probado en la instancia que no los mencionó "de propósito". Se discute si el derecho a la legítima que reconoce el art. 814.I CC a los hijos preteridos intencionalmente es la legítima corta o estricta (un tercio) o la larga (dos tercios del caudal).

Son antecedentes necesarios para la decisión del recurso los siguientes.

D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda, después de haber obtenido sentencia firme por la que se declaraba que eran hijos no matrimoniales de D. Luis Manuel, interpusieron demanda contra D. Silvio, D. Valentín y D. Tomás por la que solicitaban la declaración de nulidad de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial del testamento otorgado por D. Luis Manuel y en el que había instituido herederos a los demandados, sobrinos del testador.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y declaró que los demandantes eran únicos y universales herederos del causante y condenó a los demandados a entregar todos los bienes de la herencia. Brevemente, basó su decisión en que se trataba de una preterición no intencional porque el causante no pudo tener un conocimiento cierto de que eran hijos biológicos suyos dos de los cinco hijos de D.<sup>a</sup> Apolonia, madre de los demandantes, nacidos constante su matrimonio con D. Silvio. Entendió que solo con las pruebas biológicas se pudo alcanzar ese conocimiento y que la sentencia de filiación fue muy posterior al otorgamiento de testamento.

La Audiencia estimó en parte el recurso de apelación de los demandados y estimó en parte la demanda, declarando la nulidad parcial de las disposiciones patrimoniales del testamento y la condición de herederos forzosos de los demandantes, a los que reconoció la legítima estricta. Brevemente, basó su decisión en que se trataba de una preterición intencional, al no haber mencionado el testador de propósito en el testamento a sus dos hijos, y consideró que solo tenían derecho a la reducción de la institución de heredero para cubrir su legítima estricta.

Los demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

### SEGUNDO.- *Recurso por infracción procesal*

1.- *Motivo y razones del primer motivo.* El motivo primero se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC y denuncia infracción del art. 376 LEC y errónea valoración de la declaración del testigo D. Justo. Explica que el testigo no ofreció ninguna fecha concreta o referencia temporal que permita sostener que D. Luis Manuel conocía en el momento en que otorgó testamento que los demandantes eran hijos suyos, y que esa es la única prueba que tuvo en cuenta la sentencia para calificar la preterición como intencional.



Por las razones que exponemos a continuación, el motivo va a ser desestimado.

## 2.- Decisión de la sala. Desestimación del primer motivo.

Debemos partir de los siguientes presupuestos:

i) La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469.1. 4.º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de la prueba no supere conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 ( SSTS 239/2019 de 24 abril, 615/2016, de 23 de mayo, 333/2013, de 23 de mayo, entre otras muchas). El carácter extraordinario de este recurso, que no constituye una tercera instancia, impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio.

ii) Como establece el art. 376 LEC, los tribunales deben valorar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica. Su apreciación está atribuida a los órganos de instancia y no puede ser planteada en el recurso extraordinario por infracción procesal salvo que se haya incurrido en error patente o arbitrariedad ( sentencias 100/2018, de 28 febrero, 163/2016, de 16 de marzo, 246/2016, de 13 de abril, 215/2013, de 8 de abril, 475/2012, 9 de julio, 746/2009, de 13 de noviembre), lo que como diremos luego, no sucede en este caso.

iii) Según se desprende del tenor literal del art. 376 LEC no puede ser aplicado aisladamente, sino que ha de hacerse de forma armónica y coordinada con todas las demás reglas de valoración probatoria, que conforman el denominado principio de valoración conjunta de la prueba ( sentencias 317/2017 de 19 mayo, 102/2016 de 25 febrero, 613/2015, de 10 de noviembre), tal y como hace la sentencia impugnada.

Por ello no se puede considerar vulnerada esta disposición cuando el tribunal llega a unas conclusiones distintas de las de la parte recurrente, aplicando unos criterios valorativos lógicos, aunque no coincidan con las apreciaciones de la parte recurrente ( STS 20/2015, de 22 de enero, con cita de las sentencias 11 de diciembre de 2009, rc. 2259/2005; 5 de noviembre de 2009, rc. 1519/2005; 16 de marzo de 2012, rc. 422/2009).

iv) Por otra parte, la selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la parte recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de estas y las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la Audiencia Provincial (sentencia 535/2015, de 15 de octubre).

Esto es lo que ocurre en el presente caso: que la sentencia recurrida haya otorgado más valor de convicción a la declaración del testigo, con apoyo en las circunstancias que relata, que a los datos que tiene en cuenta la sentencia del juzgado, y que los recurrentes comparten, para sostener la conclusión contraria, no convierte la valoración de la Audiencia en arbitraria, ni constituye un error notorio.

La sentencia recurrida, que parte de que el momento relevante para calificar la preterición como intencional o no intencional es el conocimiento del testador en el momento de otorgar testamento, y que considera que corresponde a los actores probar que no era intencional, basa inmediatamente su conclusión de que el causante no mencionó "de propósito" en el testamento a sus hijos en la declaración de un testigo que, según recoge en la sentencia, le refirió en diversas ocasiones y de forma taxativa que sabía que tenía hijos, que ese hecho era comentado en el entorno vecinal, de donde se infiere que la Audiencia da por probado que el causante conocía de la existencia de su paternidad desde el primer momento.

La valoración hecha por la Audiencia entra dentro del ámbito de la sana crítica en la valoración de la prueba testifical, en la que una de las cuestiones determinantes de la fuerza probatoria de la declaración del testigo es la relación que pueda tener con alguna de las partes y el interés directo o indirecto que pueda tener en el asunto. La sentencia confiere credibilidad al testigo, vecino de la misma localidad que el causante y con el que le unía una relación de amistad: "Partiendo de los indicados criterios valorativos, ha de considerarse que en la declaración del testigo no se observan signos que hagan dudar de su sinceridad por lo que haciendo uso de la terminología propia del derecho penal, el testimonio viene dotado de la denominada ausencia de incredibilidad subjetiva, esto es, de la necesaria fiabilidad para otorgar validez a lo declarado por no apreciar que dicho testimonio esté mediatizado, responda a motivos espurios o evidencie fabulaciones, falsedades o





fantasías. En este sentido, las circunstancias personales del testigo, que era amigo del testador, así como la razón de ciencia que presenta al justificar debidamente cómo, cuándo y dónde se percibió de lo que le relató el citado D. Luis Manuel sobre su paternidad, dotan a su declaración de una fiabilidad que no ha sido desvirtuada de contraparte en la vista celebrada ante esta Sala. En todo caso, dicho testigo no ha sido tachado por la contraparte en la forma prevista en los arts. 377 a 379 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por lo que su testimonio, que por su alto grado de certeza ha de desplegar plenos efectos probatorios, supone que nos hallamos ante una preterición intencional al no haber mencionado el testador de propósito en el testamento a sus hijos".

Los recurrentes reprochan a la Audiencia que no haya valorado otros datos que tuvo en cuenta el juzgado para concluir que el causante no sabía que los demandantes eran hijos suyos, pero conviene observar que los hechos que la sentencia de primera instancia valora admiten también una interpretación compatible con la de la Audiencia, pues que el causante supiera incluso desde que nacieron que los demandantes eran hijos suyos es compatible con que en el seno de las relaciones del grupo familiar más amplio las relaciones del causante y su esposa con el demandante (padrinos de bautismo, haberle dejado dinero) encontraran explicación en la estrecha relación existente desde la niñez entre el causante y su prima y madre de los demandados; de la misma manera que es también compatible con ese conocimiento de la propia paternidad el que la madre de los demandantes y el causante, al estar casados cada uno con terceras personas, trataran de mantener sus relaciones íntimas de manera reservada; por lo demás, es evidente que, contra lo que dicen los recurrentes no es imprescindible realizar una prueba biológica ni que haya una sentencia que reconozca la filiación para que un varón conozca su paternidad. Tampoco es contradictorio con la conclusión de la Audiencia, finalmente, que el causante expresara en su testamento que no tenía hijos, pues precisamente la preterición intencional comprende el supuesto de que el testador deliberadamente no incluye en el testamento a un heredero forzoso por cualquier motivo, entre los que no se puede descartar el de no querer revelar una relación de paternidad extramatrimonial, precisamente en aras a esa clandestinidad con la que el causante llegó a tener en poco tiempo dos hijos con su prima hermana, estando ambos casados con terceras personas.

El motivo se desestima.

**3.- Motivo y razones del segundo motivo.** El motivo segundo, al igual que el primero, se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC y denuncia infracción del art. 376 LEC y errónea valoración de la declaración del testigo D. Justo . Explica que en la conversación que el testigo refiere haber tenido con D. Luis Manuel ni siquiera mencionó a D.<sup>a</sup> Amanda y que esa es la única prueba que tiene en cuenta la sentencia para calificar su preterición como intencional.

**4.- Decisión de la sala. Desestimación del segundo motivo.**

El motivo se desestima porque la conclusión a la que llega la sentencia recurrida con apoyo en la declaración del testigo acerca de que el causante era sabedor de que los demandantes, los dos, D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda , eran hijos biológicos suyos, no incurre en arbitrariedad ni en error patente. Debemos dar por reproducidas las consideraciones hechas al resolver el primer motivo acerca de la posibilidad de revisar mediante el recurso extraordinario por infracción procesal la errónea valoración de la prueba y, en particular, la valoración de la prueba testifical, así como las razones de credibilidad de la declaración del testigo que son tenidas en cuenta por la Audiencia.

Frente a la denuncia específica que se hace en este motivo en el sentido de que el testigo no mencionó las identidades de los hijos, y que en particular no se refirió ni al parecido con el causante ni a la creencia "popular" de que la demandante fuera hija suya, debemos hacer notar la mayor relevancia que, en ejercicio de la sana crítica, confirió la Audiencia a la respuesta del testigo de que el causante "le refirió en diversas ocasiones y de forma taxativa que sabía que tenía hijos", en plural.

Concluir que el causante tenía conocimiento de su paternidad respecto de los dos demandados tampoco supone incurrir en error notorio apreciable de forma ostensible ni alcanzar una conclusión ilógica, pues el hecho de que el causante y su prima tuvieron dos hijos en menos de año y medio apunta a una relación íntima mantenida en el tiempo y no una relación ocasional puntual. El hecho de que, como hemos apuntado al desestimar el anterior motivo, los progenitores biológicos de los demandantes no quisieran dejar constancia de su relación sentimental da razón de que el causante no quisiera hacerla pública en su testamento, cosa explicable en el contexto de la relación de parentesco que les unía y de la proximidad y confianza entre las familias, sin que sirva como se pretende por los recurrentes de argumento para desvirtuar la conclusión de la Audiencia que se apoya en las declaraciones del testigo de que el causante le dijera que tenía hijos, en plural.

El motivo se desestima.

**TERCERO.- Recurso de casación**



**1.- Motivos y razones del recurso.** El recurso se interpone por la vía del interés casacional y se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del art. 808 CC. Justifica el interés casacional con la cita de las sentencias 502/2006, de 29 de mayo, 981/2004, de 7 de octubre, y de 22 de noviembre de 1991 (rc. 1756/1989).

En su desarrollo explica que, a pesar de que los demandantes son los únicos hijos de D. Luis Manuel y los instituidos herederos tan solo sobrinos suyos, la sentencia limita los derechos de los demandantes a recibir únicamente un tercio de la herencia del causante cuando su legítima, de acuerdo con el art. 808 CC, es de dos tercios del caudal.

Por las razones que decimos a continuación el recurso va a ser estimado.

**2.- Decisión de la sala. Estimación del recurso.**

Partiendo del hecho declarado probado en la sentencia recurrida de que el causante no mencionó "de propósito a sus hijos en el testamento", y calificada la preterición como intencional, la cuestión jurídica que se plantea en el recurso de casación versa sobre los derechos de los legitimarios preteridos.

Con arreglo al art. 814 LEC, la preterición intencional de un heredero forzoso "no perjudica la legítima", lo que significa que tiene derecho a percibirla con cargo al caudal, es decir que el legitimario ingresa en la comunidad de herederos como un heredero por la cuota representada por su legítima. Para ello, el precepto ordena que la reducción comience por la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

La Audiencia ha considerado que la legítima de los legitimarios que no puede ser perjudicada es la corta o estricta (un tercio) y los legitimarios preteridos recurren en casación argumentando que tienen derecho a la legítima larga (dos tercios).

La decisión de la Audiencia coincide con la que propone la doctrina y esta sala ha mantenido cuando el hijo o descendiente preterido intencionalmente concurre con otros hijos o descendientes no preteridos ( sentencias 310/1998, de 6 de abril, y 752/2002, de 9 de julio), aplicando a la redacción del art. 814.I CC después de la reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el mismo criterio que se había mantenido ya para la desheredación injusta, para una norma semejante ( art. 851 CC), en la sentencia de 23 de enero de 1953. La razón que justifica que solo tenga derecho a la legítima corta el hijo o descendiente preterido intencionalmente que concurre con otros hijos o descendientes del mismo rango es que, contra la voluntad del padre, solo tiene derecho a la legítima estricta, y fuera de ese límite la voluntad del causante es ley de la sucesión ( arts. 808 y 675 CC), ya que puede distribuir libremente entre sus descendientes, de ser varios, las porciones previstas en la ley ( art. 808 y 823 CC).

Por esta razón, la pauta para interpretar cual es la legítima que la preterición intencional del hijo o descendiente no puede "perjudicar" ( art. 814.I CC) debe estarse a las facultades de disposición testamentarias del padre. Por esta razón, frente a los demás legitimarios, el preterido tiene derecho a la legítima estricta, pero frente a los extraños, frente a quienes no sean legitimarios, sus derechos son de dos tercios, tal y como se aplicó, en las sentencias 981/2004, de 7 de octubre, y 613/2010, de 8 de octubre.

En el caso litigioso los demandantes, hijos preteridos, concurren a la herencia con los sobrinos del causante instituidos herederos. Por las razones expuestas, tienen derecho a la legítima de dos tercios.

Procede en consecuencia estimar el recurso de casación y anular la sentencia en el único extremo de reconocer a los demandantes el derecho a la legítima de dos tercios.

**CUARTO.- Costas**

La desestimación del recurso por infracción procesal determina que se impongan a la parte recurrente las costas devengadas por ese recurso.

La estimación del recurso de casación determina que no se impongan las costas de este recurso.

Se mantienen los pronunciamientos de la sentencia recurrida sobre la no imposición de las costas de las instancias, dada la estimación parcial de la demanda y la estimación parcial del recurso de apelación.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar el recurso por infracción procesal interpuesto por D. Rogelio y D.ª Amanda contra la sentencia dictada con fecha 29 de septiembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20), en el rollo de



apelación 988/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario 1955/2015 del Juzgado de Primera Instancia 6 de Móstoles.

**2.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Rogelio y D.<sup>a</sup> Amanda contra la mencionada sentencia, que casamos en el único sentido de que donde dice "reduciendo la institución de herederos forzosos de los citados demandantes únicamente a la legítima estricta o corta" debe decir "atribuyendo a los citados demandantes la legítima de dos tercios", manteniéndola en todo lo demás, incluidos sus pronunciamientos sobre costas.

**3.º**- Imponer a los recurrentes las costas del recurso por infracción procesal y la pérdida del depósito constituido para su interposición.

**4.º**- No imponer las costas del recurso de casación y ordenar la devolución del depósito constituido para su interposición.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ