



Roj: STS 306/2001 - ECLI:ES:TS:2001:306

Id Cendoj: 28079110012001101392

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 23/01/2001

Nº de Recurso: 3506/1995

Nº de Resolución: 17/2001

Procedimiento: RECURSO DE CASACIÓN

Ponente: ANTONIO ROMERO LORENZO

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Enero de dos mil uno.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el presente recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de dicha ciudad, sobre anulación de institución de herederos; cuyo recurso ha sido interpuesto por DON Ricardo, DON Benjamín, DON Vicente, DON Donato Y DON Carlos Alberto, representados por el Procurador D. Enrique de Antonio Viscor; siendo parte recurrida DOÑA Milagros, representada por el Procurador D. Nicolás Alvarez Real.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procuradora D<sup>a</sup> Margarita Riestra Barquin en nombre y representación de D<sup>a</sup> Milagros, formuló ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Oviedo, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía instando la anulación de institución de herederos respecto al patrimonio hereditario de D. Víctor contra D. Ricardo, D. Benjamín, D. Vicente, D. Donato y D. Carlos Alberto, alegó los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente y terminó suplicando al Juzgado, en su día se dicte sentencia por la que "anule la institución de herederos testamentarios realizada por D. Víctor en las personas de sus hijos matrimoniales D. Ricardo, D. Benjamín, D. Vicente, D. Donato y D. Carlos Alberto, notificándolo al Registro General de Actos de Ultima Voluntad a los efectos oportunos, declarando abierta la sucesión abintestato del causante, con imposición de costas a quienes formularen oposición".

2.- Admitida a trámite la demanda, compareció en la Procuradora D<sup>a</sup> Elena Santiago Cuesta, en nombre y representación de D. Ricardo, D. Benjamín, D. Vicente, D. Donato y D. Carlos Alberto, quien contestó a la misma, oponiéndose, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, y terminó suplicando en su día se dicte sentencia desestimatoria de la demanda en todas sus partes, sin perjuicio de considerar heredero al hijo de la actora, si lo acreditare, pero declarando la validez del testamento otorgado por el causante por tratarse de **preterición** intencional, con los demás pronunciamientos inherentes a tal declaración, condenando a la actora al pago de las costas procesales que se ocasionen, decretando lo demás que sea procedente en derecho".

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas separadas. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes para conclusiones.

4.- El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Oviedo, dictó sentencia en fecha veintisiete de Abril de mil novecientos noventa y cinco, cuyo fallo es el siguiente: "Que desestimando parcialmente la demanda interpuesta por DOÑA Milagros en nombre de su hijo menor Benito, debo declarar y declaro no haber lugar a la anulación de herederos testamentarios realizada por D. Víctor en las personas de sus hijos matrimoniales Ricardo, Benjamín, Vicente, Donato y Carlos Alberto, ni declarar, por tanto,



abierta la sucesión abintestato del causante; reconociendo el derecho del hijo no matrimonial Benito a una sexta parte del tercio de legítima de la herencia, al concurrir un total de seis hijos; subsistiendo el testamento otorgado por el padre; sin especial condena en costas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso, por D<sup>a</sup> Margarita Riestra Barquin en representación de D<sup>a</sup> Milagros , recurso de apelación, que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Primera, dictó sentencia en fecha seis de Octubre de mil novecientos noventa y cinco, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Con estimación del recurso de apelación planteado contra la sentencia dictada en procedimiento declarativo de menor cuantía nº 510/94, del Juzgado de Primera Instancia nº Uno de Oviedo, debemos revocarla, como así hacemos, y en su lugar dictar otra por la que estimamos la demanda presentada por D<sup>a</sup> Milagros , en nombre y representación de su hijo menor de edad, Benito , contra D. Ricardo , D. Benjamín , D. Vicente , D. Donato y D. Carlos Alberto , y en su consecuencia, declaramos la nulidad de la institución hereditaria en el testamento de D. Víctor , declarándose abierta la sucesión abintestato del causante, notificándose esta resolución al Registro General de Actos de Ultima Voluntad. No se hace pronunciamiento sobre costas de ninguna de las dos instancias".

TERCERO.- 1.- Por el Procurador D. Enrique de Antonio Viscor en nombre y representación de D. Ricardo , D. Benjamín , D. Vicente , D. Donato y D. Carlos Alberto , se formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos: PRIMERO.- Formulado al amparo del art. 1.692, núm. 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basado en la infracción de normas jurídicas y de la jurisprudencia aplicables para resolver la cuestión objeto de debate. Sentencias de 15 de Marzo de 1993; 28 de Noviembre de 1994 y 30 de Marzo 1985, 16 de Mayo de 1983, 21 de Febrero de 1994. SEGUNDO.- Formulado al amparo del art. 1.692, núm. 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basado en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver la cuestión objeto de debate. Se infringe por aplicación indebida el art. 675 del Código Civil, en relación con las normas aplicables a la interpretación de los contratos contenidas en los arts. 1281, 1282, 1284 del Código Civil. TERCERO.- Formulado al amparo del art. 1.692, núm. 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basado en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver la cuestión objeto de debate. El fallo infringe, por aplicación indebida, el art. 814 en relación con el art. 1249, 1250 y 1251 del Código Civil.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, el Procurador D. Nicolás Alvarez Real en representación de D<sup>a</sup> Milagros presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de Enero del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO ROMERO LORENZO

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son datos de especial relevancia en orden al presente recurso, los siguientes:

A) D. Víctor otorgó testamento notarial el 2 de Diciembre de 1988, instituyendo herederos de todos sus bienes, por partes iguales, a los 5 hijos habidos de su matrimonio con D<sup>a</sup> Rocío .

B) El 13 de Marzo de 1991, D<sup>a</sup> Milagros dió a luz un hijo, que fué reconocido por D. Víctor , constando con el nombre de Benito en el Libro de Familia visado por el Registro Civil de Madrid el 4 de Abril del mismo año.

C) El 2 de Abril de 1992 D. Víctor y D<sup>a</sup> Milagros suscribieron un convenio para proceder a la regulación de la guardia y custodia, régimen de visitas, alimentos y contribución a los gastos médicos, del hijo común, protocolizándolo notarialmente.

D) El 5 de Febrero de 1994 falleció D. Víctor sin haber llegado a otorgar testamento posterior al de 2 de Diciembre de 1998, antes mencionado.

E) D<sup>a</sup> Milagros , en nombre y representación de su hijo menor Benito , formuló demanda contra los 5 hijos matrimoniales de D. Víctor interesando se anulase la institución de los mismos como herederos testamentarios y se abriese la sucesión abintestato del causante. El Juzgado de Primera Instancia acogió sólo de modo parcial la demanda y entendiendo que se trataba de un supuesto de **preterición** intencional, se limitó a reconocer a Benito el derecho a una sexta parte del tercio de legítima de la herencia del causante, al concurrir con otros cinco hermanos.

F) Recurrida dicha sentencia por D<sup>a</sup> Milagros , fué revocada por la Audiencia Provincial que calificó la **preterición** de no intencional, declarando la nulidad de a institución testamentaria y la apertura de la sucesión abintestato del causante.



SEGUNDO.- Por la representación de los 5 hermanos Carlos Alberto Vicente Donato Ricardo Benjamín se ha interpuesto el presente recurso de casación, articulado a través de tres motivos, el primero de los cuales se formula al amparo del nº 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando "la infracción de las normas jurídicas y de la Jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate".

Tan genérico enunciado se aclara posteriormente en el sentido de que existe litisconsorcio pasivo necesario respecto al cónyuge viudo del causante, contra quien no ha sido dirigida la demanda.

Los mismos recurrentes admiten que no siempre se atribuye al viudo o viuda la condición de heredero, tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia, pero señalan que en cambio se concede al viudo legitimación para el ejercicio de determinados derechos y es, en definitiva, sucesor ex lege del cónyuge premuerto, por lo que ostenta un interés lo bastante poderoso como para que se le deba tener en cuenta en todas las vicisitudes que pueda sufrir el proceso sucesorio.

El motivo ha de ser rechazado pues, como ya señaló el Juez de instancia la viuda del causante en modo alguno puede resultar afectada por la sentencia que se dicte, ya que dicha señora tiene derecho al usufructo del tercio destinado a mejora, según dispone el art. 834 del Código Civil, en todo caso, es decir, tanto si se anula como si no se anula la institución de herederos, y cualquiera que sea el número de éstos.

En consecuencia, no puede hablarse de infracción por la sentencia recurrida del artículo 24 de la Constitución española en cuanto garantiza la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, pues los que ostenta D<sup>a</sup> Rocío en ningún caso son objeto de debate en el presente litigio ni, por tanto, pueden resultar afectados por la resolución que ponga fin al mismo, razones que determinan que sea realmente innecesaria la llamada a autos de dicha señora.

TERCERO.- El segundo de los motivos del recurso, al amparo, como el anterior, del artículo 1692.4º de la Ley Procesal denuncia la infracción del art. 675 del Código Civil.

Se argumenta que ha de ser buscada la verdadera y exacta intención del testador, atendiendo sobre todo a la literalidad del testamento y solo cuando ésta fuere insuficiente, acudiendo a otros medios de prueba.

En el caso presente, el testador en un primer momento instituye herederos por iguales partes a sus 5 hijos matrimoniales, asignándoles la totalidad de su herencia.

Posteriormente, tras el nacimiento del hijo extramatrimonial, el testador atiende a todos los deberes derivados de la relación paternofamiliar, suscribiendo convenio relativo a la manutención y asistencia de aquel, pero se abstiene de otorgar nuevo testamento, lo que, a juicio de los recurrentes revela la intención de no conferir al hijo extramatrimonial el mismo trato que a los matrimoniales.

Sin embargo este planteamiento ha de ser desechado por incorrecto.

Desde la promulgación de la Constitución en 1978, todos los hijos ostentan los mismos derechos, sin posible discriminación en atención a que tengan o no la condición de matrimoniales, según se desprende de lo prevenido en los artículos 14 y 39 de dicha norma.

En desarrollo de dichos preceptos se ha modificado en 1981 el Código Civil y particularmente, en lo que aquí interesa, el artículo 108, segundo párrafo, con carácter general, y el 931 respecto a la sucesión hereditaria de los padres, dan cumplida aplicación al principio fundamental de que se trata.

En consecuencia y de acuerdo con la normativa vigente si cualquier progenitor omite hacer uso de la facultad que le concede el artículo 662 del Código Civil respecto a la regulación del curso y destino de sus bienes, después de su fallecimiento, una vez acaecido éste, la herencia se repartirá a partes iguales entre sus hijos, ya sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos.

Por ello, quien realmente desee establecer alguna diferencia, debe otorgar testamento haciendo uso, en él, de las facultades de disposición que respecto a dos de los tercios de su haber hereditario le atribuyen los párrafos segundo y tercero del art. 808 del Código Civil.

Desde otro punto de vista y prosiguiendo con el análisis del razonamiento de los recurrentes, ha de afirmarse que resulta difícil interpretar un testamento teniendo en cuenta hechos que ocurren o actitudes que se adoptan o se omiten varios años después de su otorgamiento. Así, se presenta como inadmisibles valorar la inactividad testamentaria de D. Víctor entre el 13 de Febrero de 1991 y el 5 de Febrero de 1994 como producto de su deliberada voluntad de reducir a su hijo extramatrimonial a la legítima estricta que pudiera corresponderle, lo que convertiría en intencional su pretensión.

Muy al contrario, según pacífica doctrina, en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su **preterición** en el mismo queda demostrada ex re ipsa. Conclusión que



todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento.

En definitiva, ha de entenderse:

a) Que el causante no se hallaba animado de especiales intenciones en cuanto a su hijo extramatrimonial, en el momento de expresar su última voluntad ante el Notario autorizante de su único testamento. Simplemente, no podía presumirse que llegase a producirse su nacimiento, por lo que la no referencia al mismo es lógica y su **preterición** debe ser calificada de no intencional.

b) Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de su sexto hijo en el año 1991 no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria expresada el 2 de Diciembre de 1988.

Por lo tanto, únicamente puede afirmarse que D. Víctor -fuera o no conocedor de las consecuencias jurídicas de su conducta -se limitó a dejar las cosas como estaban y, pudiendo hacerlo, no volvió a testar al objeto de establecer diferencias en cuanto a las porciones hereditarias correspondientes a uno y otros hijos. Este silencio ha de interpretarse como conformidad de que se produjera el efecto que las leyes establecen para tales casos, que no es otro que el prevenido en el segundo párrafo, supuesto segundo del artículo 814 del Código Civil, como acertadamente ha entendido el Tribunal de instancia.

CUARTO.- El último motivo, también con invocación del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se basa en la infracción del art. 814 del Código Civil en relación con los arts. 1249, 1250 y 1257 del mismo Cuerpo legal.

Se afirma por los recurrentes que el primero de los preceptos mencionados solo exige el respeto a la legítima de los herederos forzosos preteridos, debiendo respetarse también el resto de las disposiciones testamentarias, lo que la sentencia impugnada no ha acatado, al declarar la nulidad íntegra del testamento.

De la observación de las fechas en que se produjeron los hechos enumerados en el primero de los Fundamentos Jurídicos de esta resolución resulta que el causante acudió al Notario para protocolizar el convenio en que se comprometía a cubrir determinadas necesidades de su hijo extramatrimonial, por lo que si hubiese querido igualarlo a efectos hereditarios con los matrimoniales, podría haberlo hecho. Por tanto, concluyen, si no lo hizo es que no tenía tal voluntad y esta voluntad que es ley del testamento debe ser respetada.

Se alega que al llegar a otra solución, la sentencia recurrida utiliza erróneamente el juego de las presunciones, ignorando el dato incontrovertible de que el causante, pudiendo otorgar testamento notarial, se limitó a interesar la protocolización del convenio en que asumía determinados compromisos respecto a su hijo extramatrimonial.

Ha de admitirse la alusión a la innecesidad de acudir a presunciones y al peligro de conceder excesiva relevancia a determinadas declaraciones testificales, sin embargo tales argumentos en que parcialmente se basa la sentencia impugnada bien pueden ser calificados como "obiter dicta", ya que dicha resolución maneja otros, como son el amplio contenido del convenio protocolizado en 1992; el dato derivado de la cronología de los hechos -a que ya se ha hecho referencia- que traslada a la parte demandada la carga de la prueba sobre la intencionalidad de la pretensión, que se dice no es presumible cuando al otorgarse el testamento no existía el hijo actualmente preterido; y, fundamentalmente, la consecuencia de que al entenderse que el testador no quiso excluir conscientemente a uno de sus hijos en su disposición testamentaria se evita incidir en el trato discriminatorio que estuvo vigente en nuestro Derecho hasta 1978.

En consecuencia, la argumentación de los recurrentes ha de ser rechazada por las mismas razones ya expuestas en el anterior Fundamento Jurídico, que se dan aquí por reproducidas, lo que impone la desestimación del motivo que es objeto de estudio.

En definitiva, es cierto que la voluntad del testador ha de considerarse como realmente relevante -así lo dispone el art. 675 del Código Civil- pero precisamente la concreta voluntad que el testador ha formado en atención a la realidad o a la situación que puede contemplar y valorar en el momento en que lleva a cabo el otorgamiento.

Si esa realidad se altera después de forma significativa y el testador omite otorgar nuevo testamento, revocando, modificando o adicionando el anterior, su voluntad y su intención dejan de ser relevantes por no haber sido debidamente expresadas, y el intérprete ha de limitarse a la constatación del hecho omisivo o negativo y a la necesaria aplicación de los preceptos establecidos para dar solución a la inactividad del causante.



Como esta Sala tuvo ocasión de declarar en la ya lejana sentencia de 1 de Julio de 1969, la **preterición** ha de resultar exclusivamente del testamento, por ser éste la expresión más solemne de quien dispone de sus bienes para después de su muerte evitando formular hipótesis sobre la posible causa de la omisión del heredero, ya que la presunta voluntad del causante carece de toda eficacia si no aparece del propio testamento.

Por consiguiente, ha de estarse al hecho de la omisión del hijo extramatrimonial, en el testamento del causante, cuyo otorgamiento anterior incluso a la concepción de Benito, convierte a su **preterición** en no intencional, con la consecuencia práctica de que todos los hijos del Sr. Víctor van a obtener la igualdad de trato que la Constitución propugna.

QUINTO.- El decaimiento de este tercer y último motivo determina la desestimación del recurso, con imposición de costas a los recurrentes, según ordena el art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

## FALLAMOS

Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por D. Ricardo, D. Benjamín, D. Vicente, Don Donato y D. Carlos Alberto, los dos últimos asistidos de su madre D<sup>a</sup> Rocío contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha seis de Octubre de mil novecientos noventa y cinco, conociendo en grado de apelación de los autos de menor cuantía nº 423/95 del Juzgado de Primera Instancia nº Uno de Oviedo.

Se imponen a los recurrentes las costas del recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Román García Varela.- Jesús Corbal Fernández.- Antonio Romero Lorenzo. Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Romero Lorenzo, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.