



Roj: **STS 5118/2002 - ECLI:ES:TS:2002:5118**

Id Cendoj: **28079110012002102352**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/07/2002**

Nº de Recurso: **3383/2000**

Nº de Resolución: **725/2002**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil dos.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número ocho de dicha capital, cuyos recursos fueron interpuestos por el Procurador D. Emilio García Fernández, en nombre y representación de D. Guillermo , defendido por el Letrado D. Félix José Bornstein Sánchez y por la Procuradora D<sup>a</sup> Aurora Gómez Iglesias, en nombre y representación de D. Armando y D<sup>a</sup> Regina , defendidos por el Letrado D. Juan Manuel Ruiz Fernández; habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- la Procuradora Doña Aurora Gómez Iglesias en nombre y representación de Regina y Armando interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía, contra D. Guillermo por sí y trayendo causa de su fallecida madre, la inicialmente codemandada D<sup>a</sup> Marisol , en el que también fue parte el Ministerio Fiscal, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en la que se acuerde: 1º.- Que se declaren a D<sup>a</sup> Regina y D. Armando hijos no matrimoniales de D. Luis Andrés , con los demás efectos derivados de la Ley y de tal declaración. 2º.- Que se declaren herederos universales de D. Luis Andrés a D<sup>a</sup> Regina y D. Armando , junto a D. Guillermo , el cual deberá devolver los bienes integrantes de la herencia de D. Luis Andrés y rendir cuentas de su administración a los actores; todo ello con condena en costas.

2.- El Procurador D. Emilio García Fernández, en nombre y representación de D. Guillermo y D<sup>a</sup> Marisol , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que estimando las excepciones planteadas por esta parte, absuelva a los demandados, absteniéndose de entrar en el fondo del asunto y, subsidiariamente y para el caso de no ser así, desestime íntegramente las pretensiones formuladas por los actores, todo ello con expresa imposición a los mismos de las costas procesales.

3.- El Ministerio Fiscal se personó y contestó a la demanda, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado se tenga por contestada la demanda, continuando el Juicio hasta sentencia.

4.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fueron declaradas pertinentes. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. La Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid, dictó sentencia con fecha 12 de marzo de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que desestimando las excepciones opuestas, estimo parcialmente, con desestimación parcial, la demanda interpuesta por el Procurador Doña Aurora Gómez Iglesias en nombre y representación de Regina y Armando contra Guillermo



por sí y trayendo causa de su fallecida madre, la inicialmente codemandada D<sup>a</sup> Marisol y A) declaro la paternidad del fallecido D. Luis Andrés respecto de los demandantes, con todos los efectos a tal declaración incluido el derecho de los actores a ostentar como primer apellido el de su progenitor. B) declaro a los actores D. Armando y D<sup>o</sup> Regina herederos forzosos de su fallecido progenitor D. Luis Andrés , con derecho, en su condición de legitimarios preteridos intencionalmente por el testador, a su estricta legítima en los bienes de la herencia, con la consiguiente reducción de la institución de heredero de D. Guillermo en los términos razonados en el fundamento de derecho 4 de reintegrar la masa hereditaria para el pago de legítima estricta correspondiente a los demandantes preteridos, o en su caso indemnizarles el valor de los bienes con sus frutos que constituyen la misma al óbito del causante, esto es con arreglo a lo prevenido en el artículo 808 del Código civil, las dos novenas partes del haber hereditario, a razón de una novena parte para cada demandante a determinar, en su caso, en ejecución de sentencia. Absuelvo a la parte demandada del resto de los pedimentos contra ella deducidos en la demanda. Firme que sea, en su caso, esta resolución, líbrese testimonio y remítase con atento oficio al Registro Civil correspondiente para que con referencia a las inscripciones de nacimiento de los actores, surta los efectos legales. No hago expresa imposición de las costas de este juicio.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de D. Guillermo al que se adhirió la representación procesal de D. Armando y D<sup>o</sup> Regina , la Sección Vigésimo Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia en fecha 4 de mayo del 2000, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. García Fernández, en nombre y representación de D. Guillermo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 2 de Madrid con fecha 12 de marzo de 1999, en autos de menor cuantía n<sup>o</sup> 97/97, debemos revocar y revocamos la meritada resolución en el sentido de dejar sin efecto, de su parte dispositiva, el apartado b) de la misma salvo en la declaración de herederos de los apelantes preteridos intencionalmente por el testador que contiene, debiendo las partes, si a su derecho conviniera, ejercitar las acciones en el procedimiento correspondiente, respecto al reconocimiento del resto de los pronunciamientos del citado apartado. Con igual reserva y por las mismas razones, debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia citada por la representación de D. Armando y D<sup>o</sup> Regina . No procede imposición de las costas causadas en esta instancia.

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Emilio García Fernández, en nombre y representación de D. Guillermo , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: UNICO.- Al amparo del artículo 1.692.4<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 479 de dicha ley (redacción anterior a la Ley 34/1984, de 6 de agosto).

2.- La Procuradora D<sup>a</sup> Aurora Gómez Iglesias, en nombre y representación de D. Armando y D<sup>a</sup> Regina , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Al amparo del artículo 1.692.4<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción, por aplicación indebida, del artículo 1932 del Código civil en relación con los artículos 1938 y 1964 del mismo texto. SEGUNDO.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Al amparo del artículo 1.692.4<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción por inaplicación del artículo 1936 del Código civil, a sensu contrario. TERCERO.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Al amparo del artículo 1.692.4<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción por no aplicación del artículo 814 del Código civil. CUARTO.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Al amparo del artículo 1.692.4<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción por no aplicación del artículo 24.1 de la Constitución Española. QUINTO.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Al amparo del artículo 1.692.4<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción por inaplicación del artículo 153 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. SEXTO.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Al amparo del artículo 1.692.4<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de lo dispuesto en los artículos 348, párrafo primero y 609 párrafo segundo, del código civil y de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. SEPTIMO.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Al amparo del artículo 1.692.4<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de reiterada jurisprudencia que admite la existencia y efectos de la acción de petición de herencia.

3.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Emilio García Fernández, en nombre y representación de D. Guillermo y la Procuradora D<sup>a</sup> Aurora Gómez Iglesias, en nombre y representación de D. Armando y D<sup>a</sup> Regina , presentaron sendos escritos de impugnación a los recursos interpuestos de contrario.



4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 1 de julio de 2002, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La acción ejercitada por los actores, correcurrentes en casación, es doble: acción de reclamación de la filiación extramatrimonial y acción de petición de herencia; en el suplico de su demanda, se interesa la declaración de ser hijos extramatrimoniales del fallecido D. Luis Andrés y la declaración de ser herederos universales del mismo; en los fundamentos de derecho se han alegado los artículos 127 y 135 del Código civil respecto a la primera y los artículos 806 y 807.1º respecto a la segunda; la acción se dirige contra su viuda, Dª Marisol, posteriormente fallecida, y contra el hijo matrimonial de ambos D. Guillermo; es parte el Ministerio Fiscal.

La sentencia de primera instancia, del Juzgado nº 2 de Madrid, de 12 de marzo de 1999 estimó la primera acción y declaró la paternidad del fallecido respecto a los demandantes; en cuanto a la segunda, los declaró legitimarios preteridos, con derecho a la legítima estricta, con reducción de la institución de heredero del hijo demandado.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 24ª, de la misma ciudad, de 4 de mayo de 2000 confirmó la estimación de la primera acción y revocó lo resuelto respecto a la segunda, manteniendo la declaración de herederos preteridos intencionalmente, debiendo ejercitar en el procedimiento correspondiente las acciones que estimen convenientes.

SEGUNDO.- Se plantean dos cuestiones jurídicas, respecto a cada una de las acciones.

En la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, si es prescriptible o imprescriptible; en el primer caso, el plazo de prescripción y la posible interrupción por un acto de conciliación intentado sin efecto.

En la acción de petición de herencia, si son herederos o simplemente legitimarios; en este último caso, si se les puede atribuir su parte en la herencia del causante o deben acudir al proceso que corresponda, ejercitando las acciones que procedan.

Ambas partes, demandada y demandante han interpuesto sendos recursos de casación. El del hijo codemandado D. Guillermo, tiene un motivo único que es atinente a la prescripción de la acción de filiación; si se declara prescrita, huelgan los demás pronunciamientos. La de los demandantes contiene dos primeros motivos, relativos también a la prescripción. Los demás motivos se refieren a la **preterición**: apoyan la sentencia de primera instancia que les atribuyó directamente cuota de bienes hereditarios, aunque la pretensión es que sea de legítima larga y no sólo de legítima estricta.

TERCERO.- La primera cuestión, la prescribibilidad de la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial: haya o no posesión de estado, la acción es imprescriptible. La doctrina científica es unánime y la jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse, quizá por su obviedad. Hay que pensar que el artículo 131 del Código civil se refiere a la acción de reclamación de la filiación, manifestada por la posesión de estado, sea matrimonial o extramatrimonial. No tendría sentido que fuera imprescriptible la acción de reclamación de filiación matrimonial o extramatrimonial (artículo 132 y 133) cuando no hay posesión de estado y fuera prescriptible si lo hay. El artículo 131 atribuye la acción a "cualquier persona con interés legítimo" y mientras haya tal interés, habrá acción, sin someterse a plazo de prescripción. Por último, del artículo 1936 del Código civil se desprende el principio de que no cabe prescripción en aquellos derechos indisponibles, como los relativos al estado civil de las personas, que sí tienen, cuando lo determina la ley, plazo de caducidad.

Es preciso salir al paso de una afirmación que se hace en el recurso interpuesto por D. Guillermo. Interpretando el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su originaria redacción, la jurisprudencia había mantenido en la prescripción extintiva que el acto de conciliación sólo la interrumpía en el caso (aplicando el artículo 1947 del Código civil sobre la usucapión) de que se presentara la demanda en el plazo de dos meses, criterio que cambió la sentencia de 7 de julio de 1983 reiterada por la de 9 de diciembre de 1983 y otras posteriores, en las que se mantuvo unánimemente que la conciliación era acto interruptivo de la prescripción extintiva en todo caso. Hoy, tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por Ley de 6 de agosto de 1984, no hay duda: el momento de la presentación de la petición de conciliación interrumpe la prescripción.

CUARTO.- Consecuencia de lo expuesto, debe desestimarse el motivo único del recurso que ha interpuesto el codemandado en la instancia, D. Guillermo. Con apoyo en el nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega la infracción del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción anterior a la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo -y el recurso- se desestima, no



sólo porque dicho artículo se ha aplicado conforme a la correcta interpretación que dio el Tribunal Supremo desde 1983, sino también porque, como se ha dicho, la acción de reclamación de la filiación, matrimonial o extramatrimonial, con o sin posesión de estado, es imprescriptible.

Asimismo, deben desestimarse los dos primeros motivos del recurso de casación formulado por la parte demandante, que se refieren a la prescripción. Ambos se fundamentan en el nº 4º del artículo 1.692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y mantienen que la acción de filiación ejercitada es imprescriptible. Es cierto, como se ha dicho. Pero siendo así que la sentencia recurrida rechaza la prescripción por otro motivo (la declara prescriptible pero con interrupción de la prescripción) no pueden estimarse motivos de casación en que el resultado sería coincidente con el fallo de la sentencia recurrida.

QUINTO.- La segunda cuestión, la acción de petición de herencia. Plantea cuatro subcuestiones.

Primera.- En el suplico de la demanda se interesa que se declare a los hermanos codemandantes herederos universales; sería así si el padre hubiera fallecido intestado en que los herederos abintestato los serían, universales y por iguales cuotas partes, los hijos, el matrimonial y los extramatrimoniales. Pero el causante falleció bajo testamento otorgado ante Notario el 10 de noviembre de 1977 (falleció en 1984) en el que dispuso un legado, del tercio de libre disposición, a favor de su esposa e instituyó heredero a su hijo, el demandado, D. Guillermo . En las sentencias de instancia no cabe que se declarara a los demandantes herederos universales, que es lo más, pero sí que son legitimarios, que es lo menos, y, como tales, preteridos.

Segunda.- Se ha dado la **preterición**, regulada por el artículo 814 del Código civil que fue reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuya disposición transitoria octava dispone que la nueva legislación se aplica a las sucesiones que se abran después de entrar en vigor; la apertura de la presente sucesión se produjo en 1984, muerte del causante. Se da exactamente el concepto de **preterición** intencional: omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nunca nada en concepto de legítima. El efecto lo declara, como principio, el inicio del artículo 814: la **preterición** de un heredero forzoso (legitimario) no perjudica la legítima.

Tercera.- El efecto de la **preterición** intencional lo concreta el mismo artículo 816: se reducirá la institución de heredero y se satisfará la legítima en la medida, en el presente caso, que establece el artículo 808. La cuestión que se ha planteado es si esta legítima es la larga (dos tercios: primer párrafo de dicho artículo 808) o la estricta (un tercio). El efecto de la **preterición** intencional se equipara al de la desheredación injusta (artículo 851): el preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero sólo a la legítima estricta o corta, es decir, un tercio, ya que la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue el privarle del todo y si por ley se le atribuye, no se puede extender a una parte (legítima larga) que corresponde a su libre disposición (entre hijos) y que voluntariamente nunca le quiso atribuir.

Cuarta.- Un último punto: si una vez declarado legitimario, preterido intencionalmente, se le puede atribuir una cuota en la herencia del causante, como hizo la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia o debe dejarse tal cuestión a un proceso ulterior, como ha hecho la sentencia de la Audiencia Provincial. La respuesta es que sí debe hacerse la atribución de cuota legitimaria, directamente, sin necesidad del ejercicio de una nueva acción. No tanto es la determinación de concretos bienes, sino de cuota que, en ejecución de sentencia, se especificará materialmente.

SEXTO.- Aplicando lo expuesto a los motivos de casación del recurso formulado por la parte demandante, los hijos y, por consiguiente, legitimarios, de D. Luis Andrés , los hermanos Dª Regina y D. Armando , no aparece motivo alguno relativo a la primera subcuestión: se les declaran en la sentencia de instancia, legitimarios, no herederos universales, que han sufrido **preterición** intencional, lo que se expone en la segunda subcuestión, tampoco discutida.

Sobre la tercera subcuestión se formula el motivo tercero. Se ha dicho y razonado que el legitimario preterido tiene derecho a la legítima, pero en la de hijos o descendientes, es la legítima estricta, un tercio, no la larga. Se parte de la voluntad del causante, que era atribuirle el todo al hijo no preterido; por ley se le rescinde la institución de heredero, pero no puede privársele de aquello -la mejora- que le pudo atribuir y le atribuyó (embebida en la institución de heredero) voluntariamente. La normativa imperativa, ius cogens, de la legítima no alcanza a aquella parte -la mejora- que sí es disponible, aunque la disponibilidad venga limitada a los otros hijos o descendientes. Por ello, el motivo se desestima.

A la cuarta cuestión, determinación de la cuota del haber hereditario, a los legitimarios demandantes, se refieren los demás motivos del recurso de casación, los cuales deben estimarse.

Ante todo (motivo séptimo, que alega infracción de la jurisprudencia relativa a la acción de petición de herencia), la acción de petición de herencia. En el presente caso se ha ejercitado: se ha pedido la declaración de que son herederos y la cuota que les corresponde de la herencia y se les ha concedido lo primero y lo segundo,





sí por el Juzgado y no por la Audiencia Provincial. La acción de petición de herencia se ha tratado en la doctrina como la que ejercita el heredero frente a quien detenta la herencia y se ha ampliado en la jurisprudencia a la que ejercita la persona para que se le declare heredero y se le atribuya la cuota que le corresponde. Este es el caso que contempló la sentencia de 6 de noviembre de 1998 en que se pidió y se dio lugar a ser declarado heredero y, asimismo, se ordenó "llevar a cabo la partición de la herencia por los trámites de la testamentaria, adjudicándose al actor la cuota correspondiente". Y éste es el caso presente: la parte demandante ha obtenido su declaración de ser no herederos, pero sí legitimarios y se les ha negado el derecho a la cuota concreta, determinando los bienes en ejecución de sentencia: con lo cual se ha infringido el concepto y la función de la acción de petición de herencia.

Por otra parte y a mayor abundamiento, se alegan como infringidos los artículos 24 de la Constitución Española (motivo cuarto), 153 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (motivo quinto) y 348 y 609 del Código civil (motivo sexto). Aparte del motivo quinto, que no tiene sentido porque no se negó nunca la acumulación de acciones, los demás se estiman: al ser declarados legitimarios, con **preterición** intencional, debe acordarse la atribución de cuota de la herencia, determinándose los bienes o su valor en ejecución de sentencia.

SEPTIMO.- El recurso de casación interpuesto por la demandada en la instancia, D. Guillermo , se rechaza al no estimarse procedente el único motivo, debiendo imponerse las cuotas al recurrente por imperativo del artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El interpuesto por la parte demandante en la instancia, los hermanos Armando Regina sí se acepta, al estimarse los motivos de casación mencionados, comprendidos en el ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por lo que, conforme al mismo artículo 1715.1.3º, debe resolverse lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate y, tal como se desprende de lo expuesto, es la solución que ha dado el Juzgado de 1ª Instancia, cuyo fallo de la sentencia se asume por esta Sala.

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

## FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por el Procurador D. Emilio García Fernández, en nombre y representación de D. Guillermo , contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimo Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 4 de mayo del 2000 y DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION, interpuesto por la Procuradora Dª Aurora Gómez Iglesias, en nombre y representación de D. Armando y Dª Regina contra la misma sentencia, que ANULAMOS y CASAMOS y en su lugar, confirmamos la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Madrid, de 12 de marzo de 1999, que hacemos nuestra con todos sus pronunciamientos.

En cuanto a las cuotas, se mantiene también el pronunciamiento de primera instancia. No se hace condena en las de segunda instancia. En las de este recurso, se condena en las costas causadas al recurrente en el que ha sido desestimado; no se hace condena en las del recurso que ha sido estimado, en que cada parte satisfará las suyas.

Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, 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 .- JOSE ALMAGRO NOSETE.- ANTONIO GULLON BALLESTEROS.-XAVIER OCALLAGHAN MUÑOZ.- RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, 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.