

Roj: **STS 2654/2010 - ECLI:ES:TS:2010:2654**Id Cendoj: **28079110012010100328**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **31/05/2010**Nº de Recurso: **1697/2006**Nº de Resolución: **325/2010**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP V 2932/2006,**
STS 2654/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Mayo de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó la Procuradora Dª Mª Teresa Puente Méndez, en nombre y representación de Dª Emilia , Dª Mercedes y Dª María Angeles ; siendo parte recurrida la Procuradora Dª Mª Victoria Pérez-Mulet y Díez -Picazo, en nombre y representación de Dª Delfina .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** La Procuradora Dª Dalia Fuente Martínez, en nombre y representación de Dª Delfina , interpuso demanda de juicio ordinario contra Dª Emilia , Dª Mercedes y Dª María Angeles y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que, estimando la demanda: a) *Se declare que la actora ha sido preterida no intencionalmente en el testamento de su padre, anulando la institución de heredero en las personas de Dª Emilia , Dª Mercedes y Dª María Angeles y volviendo a abrir la sucesión del fallecido formando parte de la misma la actora como legitimaria del causante junto con las otras dos hijas Dña. Mercedes y Dña. María Angeles y sólo subsidiariamente, se declare que su **preterición** fue intencional, con reducción de la institución de heredero de las demás herederas.* b) *Que se reconozca a la actora el derecho a percibir la legítima larga que le corresponde y con cargo a los bienes que integran el caudal hereditario; y solo subsidiariamente, se le reconozca el derecho a percibir la legítima estricta o corta.* c) *Que se declare el derecho de la actora a percibir los frutos que hayan producido los bienes integrantes de la herencia, en proporción a su legítima, desde la fecha del fallecimiento del causante.* d) *Se declare la nulidad de la escritura particional de la herencia de D. Severiano , otorgada ante el Notario de Valencia, D. Diego Simó Sevilla, en fecha 14 de junio de 1. 999, protocolo nº 1.496, así como del cuaderno particional unido.* e) *Se declare la nulidad de la inscripción de las fincas señaladas con los números NUM000 y NUM001 en el Hecho Séptimo que antecede, a favor de Dña. Mercedes y Dña. María Angeles , en virtud de la escritura de partición de herencia otorgada ante el Notario de Valencia, D. Diego Simó Sevilla, en fecha 14 de junio de 1.999, protocolo nº 1.496, cancelando cuantos asientos registrales se hayan producido en los correspondientes registros en virtud de dicha partición de herencia y sus adjudicaciones, librando los correspondientes mandamientos a los Registros de la Propiedad de Valencia nº 5 y nº 10.* f) *Subsidiariamente a la petición de nulidad de la escritura particional y adjudicaciones interesada en el apartado d) que antecede, se declare rescindida por lesión la partición de la herencia referida de D. Severiano , concediendo a las demandadas la opción a verificar una nueva partición en ejecución de Sentencia o a indemnizar a la actora en la cantidad de 53, 158,59 Euros, o la cantidad que se*



determine en ejecución de Sentencia si se declarare que su **preterición** fue no intencional o, subsidiariamente, en la cantidad de 17.719,53 Euros o la cantidad que se determine en ejecución de Sentencia, si se declarare que su **preterición** fue intencional. g) Se condene en costas a las demandadas si se opusieren a la demanda.

2.- La Procuradora D^a Isabel Caudet Valero, en nombre y representación de D^a Emilia , D^a Mercedes y D^a María Angeles , contestó a la demanda y formuló demanda reconvenional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia *por la que se estime la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, se desestime totalmente la demanda respecto de la demandada DOÑA Emilia , por ser legataria y no heredera, con imposición de las costas causadas a dicha demandada. En cuanto a las demandadas DOÑA Mercedes y DOÑA María Angeles desestimar igualmente las pretensiones contenidas en la demanda, por no estar justificadas ninguna de dichas pretensiones, ni las cantidades que reclama de forma subsidiaria. Y dando lugar a la reconvenición, declarar que la actora sólo tiene derecho a la legítima estricta; es decir, a una novena parte de la herencia del fallecido DON Severiano . Teniendo solamente las herederas nombradas en el testamento la obligación de pagar por mitad a la actora preterida intencionalmente por el causante, la legítima estricta, y que estimamos ,en 13.627'73 ?, salvo error u omisión. Todo ello con imposición de las costas de este pleito a la demandante.*

3 .- La Procuradora D^a Dalia Fuente Martínez, en nombre y representación de D^a Delfina , contestó a la demanda reconvenional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado se dicte sentencia por la que *estimando la demanda y desestimando la demanda reconvenional, se impongan las costas causadas a la parte demandada-reconveniente.*

4.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia nº 6 de Valencia, dictó sentencia con fecha 4 de noviembre de 2004 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: ESTIMANDO la demanda interpuesta por el/la Procurador/a LAFUENTE MARTÍNEZ, MARIA DALIA, en nombre y representación de D^a Delfina , frente a D^a Emilia , D^a Mercedes y D^a María Angeles : a) debo declarar y declaro que la actora ha sido preterida no intencionalmente en el testamento de su padre, anulando la institución de heredero en las personas de D^a Emilia , D^a Mercedes y D^a María Angeles ; y en consecuencia, volviéndose a abrir la sucesión del fallecido, formando parte de la misma la actora como legitimaria del causante, junto con las otras dos hijas, D^a Mercedes y D^a María Angeles : b) Se reconoce el derecho de la actora a percibir la legítima larga que le corresponde y con cargo a los bienes que integran el caudal hereditario del fallecido. c) Se declara el derecho de la actora a percibir los frutos que se hayan producido de los bienes integrantes de la herencia del fallecido, en proporción a su legítima y desde la fecha del fallecimiento del causante. d) Se declara la nulidad de la escritura de partición de herencia del fallecido D. Severiano , otorgada ante el Notario de valencia D. Diego Simó Sevilla , en fecha 14 de junio de 1999, protocolo nº 1496, así como el cuaderno particional unido. e) Se declara la nulidad de la inscripción de las fincas NUM002 del registro de la Propiedad de Valencia nº 5 y 21101 del registro de la Propiedad de Valencia nº 10, a favor de D^a Mercedes y D^a María Angeles , en virtud de la escritura de partición de herencia otorgada ante el Notario de Valencia D. Diego Simó Sevilla en fecha 14 de junio de 1999, protocolo 1.496, cancelando cuantos asientos registrales se hayan producido en los correspondientes registros en virtud de dicha partición de herencia y sus adjudicaciones, librando los correspondientes mandamientos a los Registros de la Propiedad de Valencia nº 5 y 10. Se condena a las demandadas al pago de las costas procesales. "*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D^a Emilia , D^a Mercedes y D^a María Angeles , la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 2 de junio de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: PRIMERO .- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Isabel Claudet Valero, en nombre y representación de D^a Emilia , D^a Mercedes y D^a María Angeles , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia, el día 4 de noviembre de 2004 , en el juicio ordinario seguido con el numero 573/2003. SEGUNDO.- Confirmar íntegramente dicha resolución. TERCERO.- Imponer al apelante las costas de esta alzada.*

TERCERO .- **1** .- La Procuradora D^a Isabel Caudet Valero, en nombre y representación de D^a Emilia , D^a Mercedes y D^a María Angeles , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente **MOTIVOS PRIMERO** .- Infracción del artículo 675 del Código civil. **SEGUNDO** .- Violación del artículo 675 del código civil e interpretación errónea de la sentencia del T.S. de 23 de enero de 2001 , por aplicación indebida. **TERCERO** .- Sentencias que ponen de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se funda el interés casacional que se alega. **QUINTO** .- (sic). Violación del artículo 814 del Código civil .

2 .- Por Auto de fecha 26 de febrero de 2008 , se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.



3.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora D^a M^a Victoria Pérez-Mulet y Díez -Picazo, en nombre y representación de D^a Delfina , presentó escrito de oposición al mismo.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de mayo del 2010, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Tres son los conceptos jurídicos de los que se debe partir para fundamentar el fallo, en el presente caso: la interpretación del testamento, el concepto de **preterición** distinguiendo la intencional y la errónea y la partición y su nulidad.

La *interpretación del testamento*. La finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador (así, sentencias de 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003, 19 diciembre de 2006). Lo importante y, esencial en el presente caso, es conocer el momento en que se debe saber cual es esta voluntad real. Y este momento es aquel en que declaró su voluntad, otorgando el testamento. Este es revocable hasta el momento mismo de la muerte: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, pero la revocación es precisa para conocer la voluntad real al tiempo de otorgarlo. El testamento se perfecciona en el momento de su otorgamiento, mediante la emisión de la declaración de voluntad no recepticia. Es un negocio jurídico unilateral y no recepticio, por lo que su interpretación debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de su muerte: así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, como las sentencias de 29 de diciembre de 1997, 23 de enero de 2001 y 19 de diciembre de 2006 .

La **preterición intencional y errónea**. Viene regulada por el artículo 814 del Código civil , redactado por la Ley de 13 de mayo de 1981 que produjo un cambio sustancial en su regulación. En todo caso exige la omisión de todos o alguno legitimarios en el contenido patrimonial del testamento, sin haberles atribuido en el mismo o anteriormente ningún bien y que le sobrevivan. La intencional se produce cuando el testador sabía que existía el legitimario preterido, al tiempo de otorgar testamento y la no intencional o errónea, cuando el testador omitió la mención de legitimario hijo o descendiente ignorando su existencia, siempre al tiempo de otorgar testamento (así la distinguen las sentencias de 30 de enero de 1995, 23 de enero de 2001 y 22 de junio de 2006). Los efectos son bien distintos: mientras en la intencional se rescinde la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta, se rescinden los legados a prorrata, en la errónea de alguno de los hijos o descendientes, se anula la institución de heredero y si no basta, los legados. En todo caso, proclamada artículo 814 del Código civil la **preterición** de un legitimario no perjudica la legítima, como dice el artículo 813 .

La *partición*: Implica la división y adjudicación de los bienes que forman el patrimonio del causante a los coherederos y legatarios de parte alícuota, extinguiendo así la comunidad hereditaria. El artículo 1080 del Código civil contempla el supuesto de que se haya practicado omitiendo a un coheredero, lo que la lugar a la nulidad si se prueba mala fe en la que los que la han practicado. La mala fe significa que conocían la existencia del coheredero y, pese a ello, lo han obviado.

La omisión de un coheredero comprende también la de un legatario de parte alícuota (como dice la sentencia de 12 de junio de 2006). Igualmente, el 1081 sanciona con la nulidad de partición hecha con un heredero aparente, lo que debe comprender, como en el caso anterior, al legitimario de parte alícuota, no ya por analogía, sino por interpretación extensiva, ya que en uno y otro caso lo decisivo no es su carácter, sino su cualidad de sujeto de la partición.

SEGUNDO .- Las cuestiones fácticas son indiscutidas y, como tales no plantean más problemas que el de aplicar a las mismas las precisiones hechas en el fundamento anterior.

El testador, causante de la herencia que ahora se discute, don Severiano , otorgó testamento el 9 de abril de 1990, cuyo contenido patrimonial es bien sencillo, en estos términos:

PRIMERO.- Lega a su citada esposa la cuota viudal que por ley le corresponda. SEGUNDA.- Instituye herederas por partes iguales a sus dos citadas hijas y por premoriencia nombra sustitutos a sus respectivos descendientes.

De la mencionada "*citada esposa*" se divorció antes de su muerte; es una de las codemandadas. Las otras dos codemandadas son "*sus dos citadas hijas*". La demandante, doña Delfina nació el 31 de enero de 1981; el 9 de abril de 1996 se practicó la prueba biológica de paternidad y resultó ser aquel causante su padre extramatrimonial. Lo cual fue declarado por sentencia firme después de su muerte, que acaeció el 19 de febrero de 1999 .



Tras su muerte, producida la apertura de sucesión, sus dos hijas y su madre -todas demandadas- conociendo la existencia de aquella hija extramatrimonial, practican la partición en la que se adjudican la herencia y la que fue esposa, que ya no lo es por razón de la disolución del matrimonio por divorcio, se adjudica la cuota viudal usufructuaria, como legítima del cónyuge viudo - que no lo es- verdadero legado de parte alícuota.

Formulada demanda por la hija extramatrimonial, el Juzgado de Primera Instancia número seis de Valencia en sentencia de 4 de noviembre de 2004 , confirmada por la Audiencia Provincial en la de 2 de junio de 2006 , objeto del presente recurso de casación, estimó la demanda y declaró que la actora había sido preterida no intencionalmente en el testamento de su padre, anulando la institución de heredero, volviéndose a abrir la sucesión del fallecido, padre de demandante y demandadas, con otros pronunciamientos, declarando asimismo la nulidad de la partición.

TERCERO .- El motivo primero del recurso de casación se formula por infracción del artículo 675 del Código civil , norma única sobre la interpretación del testamento. El motivo se desestima porque no se trata de un tema de interpretación, sino de **preterición**. Al tiempo de otorgar el testamento (año 1990) no constaba jurídicamente la existencia ni materialmente el conocimiento de la hija del causante y tan sólo años después (1996) el causante tuvo conocimiento cierto de su presencia, que se declaró en posterior sentencia firme (después del fallecimiento). Tal como dice la sentencia de 22 de junio de 2006 (si bien en el caso, el hijo extramatrimonial nació después de otorgado el testamento y en el presente, fue conocido igualmente después):

En definitiva, al tiempo de otorgarse el testamento, momento al que debe referirse la interpretación del testamento, el testador no tenía ni podía tener conocimiento de la existencia de su hija extramatrimonial, pues la prueba biológica y la sentencia de filiación fueron posteriores. En consecuencia, la **preterición** no pudo ser intencional.

Lo mismo se desprende de la sentencia de 23 de enero de 2001 en un caso en que el hijo extramatrimonial nació años después de otorgado el testamento en el que había instituido herederos a sus cinco hijos matrimoniales. Dice así:

*" 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".*

Y para evitar toda duda, añade más adelante:

*"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".*

Lo cual hace que sea rechazado también el motivo segundo, que insiste en la infracción del artículo 675 del Código civil , citando en su apoyo precisamente la sentencia de 23 de enero de 2001 y otras varias, que no hacen sino abonar la idea de que el testamento debe ser interpretado conforme al momento en que fue otorgado y si en este tiempo se omitió a un legitimario que nació o fue conocido posteriormente, se da **preterición** errónea.

El motivo tercero también se desestima. El recurso de casación fue admitido en aplicación del artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por auto de 26 de febrero de 2008 . Lo fue, por tanto, por razón de la cuantía, no por interés casacional fundado en el número 3º del mismo artículo. Y los criterios de recurribilidad son excluyentes entre sí. Por tanto, admitiéndose el recurso por razón de la cuantía, no cabe plantear un motivo por interés casacional. Además, en el motivo no se alega la norma infringida, como exige el artículo 477 .1 de la misma ley , sino simplemente acumula una serie de sentencias, con lo que confunde la alegación de la recurribilidad que afecta a la admisión, con la motivación del recurso, que afecta a la resolución. Además, la serie de sentencias no aporta novedad alguna a la reiterada doctrina jurisprudencial que ha sido expuesta, ya que no se plantea la **preterición** errónea, sin alegarse ni discutirse ésta (sentencia de 9 de julio de 2002), ni tan siquiera la **preterición** (sentencia de 6 de julio de 2004), o se plantea desde el principio tan sólo la intencional (sentencia de 7 de octubre de 2004), o no consta el testamento del causante (sentencia de 29 de octubre de 2004).

CUARTO .- El motivo que se expresa como quinto, aunque no hay el cuarto, se opone a la nulidad de la partición y también se rechaza porque ésta es efectivamente nula. Son dos los extremos a que se refiere el motivo: el primero, a la intervención de la que fue esposa del causante, el segundo, a la omisión de la actora.

En cuanto a lo primero, al testador atribuyó como legado de parte alícuota, a su esposa, de aquel tiempo, la cuota viudal *que por ley le corresponda* y en el momento de hacer la partición, al estar disuelto su matrimonio



por divorcio, por ley no le correspondía ninguna cuota. Que los coherederos quisieran hacerle alguna atribución, podrían hacerlo por cualquier título válido, pero no como legítima. Por tanto, su intervención en la partición, no como heredero *sin serlo*, como dice el artículo 1081, sino como sujeto de la partición, legatario de parte alícuota, hace nula la misma, pues, como se ha dicho anteriormente, el coheredero al que se refiere esta norma alcanza también al legatario.

En cuanto a lo segundo, las demandadas, al practicar la partición, tenían conocimiento (hecho probado e indiscutido) de la existencia de su hermana, coheredera, como ellas, de la herencia de su padre, por lo menos en cuanto a la legítima. El prescindir de la misma implica caer en la sanción de nulidad, que establece el artículo 1080 del Código civil al concurrir mala fe en los sujetos de partición.

QUINTO .- En consecuencia, se desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida, como dice el artículo 487 .2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual, a su vez, había confirmado la de primera instancia. Sin embargo, procede hacer una precisión ante la aparente contradicción del fallo, motivado por la propia redacción del suplico de la demanda. En el fallo de la sentencia de primera instancia, ya firme, tras la declaración de haberse producido **preterición** errónea, *anula la institución de heredero*, lo que no significa otra cosa, a la vista del testamento, que se anula todo el contenido patrimonial de la disposición testamentaria y se procede a abrir la sucesión intestada, conforme al artículo 915 .2º del Código civil: el testamento no contiene institución de heredero porque ha sido anulada. Por ello, las tres hermanas, demandante y demandadas, recibirán la herencia por tres partes iguales. Y así lo dice la sentencia, al añadir: "*volviéndose a abrir la sucesión del fallecido*". Lo que se contradice con la mención a la legítima y la declaración del derecho a percibir la legítima larga que se hace en el propio fallo: si sólo percibiera ésta, quedaría vacante el tercio de libre disposición y sobre éste se abriría, a su vez, la sucesión intestada (ya que la institución de heredero hecha en el testamento, ha sido anulada), lo que llevaría al absurdo y a la misma conclusión. En definitiva, la herencia del causante se divide en tres partes, correspondiendo cada una a cada una de las tres hermanas.

En lo demás, derecho a percibir los frutos y la nulidad de la partición, se mantiene lo declarado en la instancia.

Procede la condena en costas de la parte recurrente, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1 en su remisión al 394 .1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D^a Emilia, D^a Mercedes y D^a María Angeles, respecto a la sentencia dictada por la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Valencia, en fecha 2 de junio de 2006, QUE SE CONFIRMA.

Segundo: Condenamos a la parte recurrente, al pago de las costas causadas en el presente recurso.

Tercero: 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 .- **Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- 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.