

Roj: **STS 3154/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3154**Id Cendoj: **28079110012015100385**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **23/06/2015**Nº de Recurso: **2408/2013**Nº de Resolución: **339/2015**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP PO 2175/2013,**  
**STS 3154/2015**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Junio de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 276/2013 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 598/2006, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pontevedra, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Pedro Sanjuán Fernández en nombre y representación de doña Valentina, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Argimiro Vázquez Guillén en calidad de recurrente y el procurador don Álvaro Romay Pérez en nombre y representación de don Prudencio y don Carlos Antonio en calidad de recurrido.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- La procuradora doña María del Amor Angulo Gascón, en nombre y representación de don Prudencio y de la Comunidad Hereditaria de su padre don Borja interpuso demanda de juicio ordinario por acción de **preterición**, contra doña Valentina y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "1.- Se declare que D. Borja, padre de mis representados, ha sido PRETERIDO DE MANERA NO INTENCIONAL, O, EN SU CASO, DE MANERA INTENCIONAL EN LA HERENCIA DE SU PADRE D. Guillermo .

2.- *SE DECLARE el Derecho de mis representados, como legítimos sucesores de su padre D. Borja, a la sucesión del fallecido D. Guillermo como legitimarlo que aquel era de este.*

3.- Que como consecuencia de ello, se reconozca, a favor de mis representados, el derecho a percibir la porción de herencia, legítima, que le corresponde y con cargo a los bienes que integren el caudal hereditario que era del causante D. Guillermo .

4.- *Que se declare su derecho a percibir los frutos que haya producido los bienes integrantes de la herencia y en proporción a su legítima desde la fecha de la Aceptación y adjudicación de herencia por parte de la demandada el día 10 de Diciembre 1990.*

5.- *Se condene en costas a la demandada en cuanto muestre su oposición a la presente demanda".*

**SEGUNDO** .- La procuradora doña María Belén Álvarez Sánchez, en nombre y representación de doña Valentina, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia: "... absolviendo de la misma a mi principal de todos los pedimentos deducidos en la demanda, con expresa imposición de las costas causadas a la actora, y sin



*perjuicio de la declaración de nulidad radical del testamento de fecha 5 de julio de 1955 que se solicitará en la reconvención que formulamos a continuación". Seguidamente formuló demanda reconvencional alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y previos los trámites oportunos, se dicte sentencia: "...por la que se estime la reconvención declarando la nulidad de pleno derecho del documento notarial acompañado por la adversa con su escrito de demanda, consistente en testamento otorgado por don Guillermo en fecha 2 de julio de 1955 ante el Notario de Ponte-Caldelas don José Batista Montero Ríos, y ello con expresa condena en costas al actor principal y reconvencidos".*

La procuradora doña María del Amo Angulo Gascón, en nombre y representación de don Prudencio , contestó a la reconvención, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando: "...no dar lugar a ella en la sentencia definitiva con imposición de costas a la demanda reconviniente".

**TERCERO** .- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pontevedra, dictó sentencia con fecha 13 de marzo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue : **FALLO:** "...Que desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Angulo Gascón en nombre y representación de Don Prudencio contra Doña Valentina ; y absuelvo a esta de todas y cada una de las pretensiones dirigidas contra ella.

*Se imponen a Don Prudencio las costas derivadas de la demanda.*

*Que desestimo la reconvención interpuesta por el Procurador Sr. Sanjuán Fernández en nombre y representación de Doña Valentina contra Don Prudencio , Don Carlos Antonio y Don Celso ; y absuelvo a estos de todas y cada una de las pretensiones dirigidas contra ellos.*

*Se imponen a Doña Valentina las costas derivadas de la reconvención".*

**CUARTO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Prudencio y otros, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dictó sentencia con fecha 16 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** "Se estima el recurso de apelación y se revoca parcialmente La sentencia de instancia impugnada, y, en consecuencia, se estima la demanda interpuesta por don Prudencio , que actúa en su propio nombre y en beneficio de la Comunidad hereditaria de su padre don Borja , contra doña Valentina , en el sentido de:

1.-Declarar que don Borja , progenitor del demandante don Prudencio y de los hermanos de éste, don Carlos Antonio y don Celso , ha sido preterido de manera intencional en la herencia de su padre don Guillermo .

2.-Declarar el derecho del demandante y de sus hermanos, en cuanto integrantes de la comunidad hereditaria de don Borja y como legítimos sucesores de su padre, a la sucesión del fallecido don Guillermo como legitimario que don Borja era de don Guillermo .

3.-Reconocer el derecho del demandante y de sus hermanos, en cuanto integrantes de la comunidad hereditaria de don Borja , a una participación en el caudal hereditario del causante don Guillermo del orden de una sexta parte.

4.-Declarar el derecho del demandante y de sus hermanos, -en cuanto integrantes de la comunidad hereditaria de don Borja , a percibir los frutos que hayan producido los bienes integrantes de la herencia del causante don Guillermo y en proporción a su legítima (sexta parte de la herencia) desde la fecha de la aceptación y adjudicación de la herencia por parte de la demandada el día 110 de septiembre de 1990.

*Manteniendo el pronunciamiento desestimatorio de la reconvención de la sentencia de instancia apelada.*

*Todo ello con expresa imposición de las costas procesales de la primera instancia a la demandada-reconviniente, y sin hacer especial imposición de las costas procesales de la presente alzada".*

**QUINTO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos de casación y extraordinario por infracción procesal la representación procesal de doña Valentina , argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes MOTIVOS :

Primero.- Artículo 469.1.3º.

Segundo.- Artículo 469.1.4º, vulneración del artículo 24 CE .

Tercero.- Artículo 469.1.4º, vulneración del artículo 24 CE .

El recurso de casación, lo argumentó con apoyo en los siguientes MOTIVOS:

Primero.- Artículo 477.2.3º LEC y artículos 1963 CC y artículos 1299 , 646 o 1964 CC .

Segundo.- Artículo 477.2.3 LEC y 814 LEC .



Tercero.- Artículo 477.2.3º LEC y artículos 1963 CC y artículos 1932 , 1957 en relación con los artículos 434 , 440 , 1930 , 1950 , 1951 , 1952 y 1953 CC . ,

**SEXTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 17 de junio de 2014 se acordó admitir los recursos interpuestos por la representación de doña Valentina y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Álvaro Roma y Pérez, en nombre y representación de don Prudencio , don Celso y don Carlos Antonio presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de mayo del 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación que cabe realizar en orden a la preferencia del ejercicio de la acción pertinente en un supuesto en donde concurren la acción de impugnación del testamento por **preterición** de heredero forzoso y la acción de petición de herencia.

**2.** En síntesis, el presente procedimiento tiene su origen en una demanda de juicio ordinario interpuesta por don Prudencio , en su propio nombre y en beneficio de la comunidad hereditaria del finado padre don Borja , que integra con sus hermanos don Carlos Antonio y don Celso , frente a doña Valentina , hija extramatrimonial reconocida por don Guillermo , en testamento otorgado el 13 de septiembre de 1963, en el cual, asimismo, la instituye como heredera. Interesa la parte demandante la declaración de que don Borja , padre del demandante y de sus dos hermanos, ha sido preterido en la herencia de su padre don Guillermo ; interesa también la declaración del derecho del demandante y sus hermanos como legítimos sucesores de su padre, a la sucesión del fallecido don Guillermo , y consecuencia de lo anterior, que se reconozca a favor del demandante y de sus hermanos el derecho a percibir la porción de la herencia que le corresponde por la legítima y con cargo a los bienes que integren el caudal hereditario del causante don Guillermo . La parte demandada se opuso a la demanda y asimismo formuló demanda reconvencional, solicitando la nulidad del testamento anterior en donde se reconocía como hijo extramatrimonial a don Borja .

La sentencia dictada en primera instancia desestimó tanto la demanda principal como la reconvención. Consideró que la acción ejercitada en el presente procedimiento era de **preterición** y no de petición de la herencia, y que tal acción se hallaba prescrita, por aplicación bien del plazo de prescripción de cuatro años previsto para las acciones de anulabilidad y rescisión, bien el de cinco años por analogía con el supuesto contemplado en el art. 646 CC, o bien por el plazo de quince años del art. 1964 CC . En atención a que habrían transcurrido en exceso dichos plazos, habida cuenta de la fecha del fallecimiento de don Guillermo , el 22 de diciembre de 1971, y la fecha de interposición de la demanda de desahucio frente a los padres de los ahora demandantes.

La sentencia dictada en segunda instancia estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revocando la sentencia dictada en primera instancia. Concluyó, en resumen, contrariamente a lo resuelto en primera instancia, que ejercitada acumuladamente la acción de **preterición** y la acción de petición de herencia, el examen del plazo de prescripción de la acción ejercitada hay que referirlo a la acción de petición de herencia, y que esta acción, pese a que no venga específicamente regulada en el Código Civil, tiene un plazo de prescripción de 30 años. En esta línea, sostiene que dicho plazo ha de empezar a computarse desde el año 1981, en el que la ahora parte apelante inició el procedimiento de desahucio por precario, en su condición de heredera del Sr. Guillermo , en relación con los bienes que venía poseyendo el padre de los demandantes. Interpuesta la presente demanda en 2006 resulta claro que no han transcurrido treinta años, por lo que la acción no se encuentra prescrita.

**3.** De los antecedentes del presente caso, conviene destacar los siguientes hechos:

A) Don Borja , padre ya fallecido del actor don Prudencio , fue reconocido como hijo extramatrimonial por don Guillermo en testamento notarial otorgado el 2 de julio de 1955.

B) Doña Valentina , demandada y reconviniente en el presente procedimiento, también fue reconocida como hija extramatrimonial del citado don Guillermo en testamento notarial de fecha 16 de septiembre de 1963, siendo instituida como heredera universal de los bienes de la herencia.

C) La sentencia de la Audiencia, en contra del criterio de la sentencia de primera instancia, considera que la parte actora ejercita tanto una acción de **preterición** de heredero forzoso, como una acción de petición de herencia. Consideración que justifica, a su vez, en los propios pedimentos del suplico, en donde se solicita el



derecho a percibir la porción de la herencia que le corresponde con los frutos producidos (puntos 4 y 5 del suplico), y en el debate planteado, en donde tanto en la contestación a la demanda, como en el escrito de oposición al recurso de apelación, la parte demandada opone la excepción de prescripción de la acción de petición de herencia.

D) Ambas instancias, en todo caso, sitúan el hecho determinante del plazo prescriptivo en el momento temporal en donde la demandada ejercita un procedimiento de desahucio por precario contra don Borja y su esposa, esto es, en el año 1981.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

##### **Legitimación ad causam y motivación de la sentencia.**

**SEGUNDO.- 1.** La parte demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal que desarrolla en tres motivos con relación a los ordinales tercero, cuarto y segundo del artículo 469.1 LEC .

*En el primer motivo* , se alega infracción del artículo 10 LEC por falta de legitimación activa del demandante dado que la acción de **preterición** es de carácter personalísimo, de forma que sólo pudo ejercitarse por el padre del demandante.

*En el segundo motivo* , subsidiario del anterior, al amparo del ordinal cuarto, vulneración del art. 24 CE , se denuncia la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

*En el tercer motivo* , subsidiario del anterior, se denuncia infracción de las normas reguladoras de la sentencia por falta de la motivación debida.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser desestimados.

**2.** Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal giran en torno a la cuestión central de la posible falta de legitimación ad causam del actor para interponer la acción de nulidad del testamento por **preterición** de heredero, que la parte recurrente considera de ejercicio personalísimo; de forma que debió apreciarse de oficio por la Audiencia incurriéndose, en caso contrario, en una falta de motivación de la sentencia dictada.

Analizados conjunta y sistematizadamente los motivos planteados procede su desestimación. En este sentido, y sin perjuicio de lo alegado por la parte recurrida en el escrito de oposición, entre otros argumentos, la introducción de forma extemporánea de dichas causas por la demandada en su escrito de oposición al recurso de apelación y, en su caso, la naturaleza sustantiva de la legitimación planteada, debe señalarse que la desestimación de los motivos planteados tiene un claro fundamento en la legitimación ad causam que asiste, a todas luces, a la parte actora para interponer la acción de petición de herencia.

En efecto, la Audiencia (fundamento de derecho cuarto), considera que en el presente caso la parte actora ejercita conjuntamente tanto la acción de **preterición** de heredero en sede testamentaria, como la propia acción de petición de herencia. De modo que, conforme a esta última acción, contempla tanto la legitimación de la parte actora, como la fundamentación técnica para la resolución de la litis planteada.

En esta línea, tampoco puede estimarse que la sentencia recurrida vulnere derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE (tutela judicial efectiva) con ausencia de la motivación debida respecto de la legitimación. Al respecto, como se ha señalado, la cuestión de la legitimación para el ejercicio de la acción de petición de herencia formó parte integrante del debate procesal llevado a cabo, en donde la parte recurrente, tanto en la contestación a la demanda, como en el escrito de oposición al recurso de apelación, opone expresamente la excepción de prescripción de la acción de petición de herencia ejercitada, sin que haya indefensión alguna al respecto. Del mismo modo, debe señalarse que la sentencia de la Audiencia, partiendo de la caracterización ya realizada por el Magistrado-Juez de primera instancia en relación a la acción de petición de herencia, exterioriza suficientemente los criterios jurídicos básicos que justifican su decisión acerca de la falta de prescripción de la acción de petición de herencia ejercitada, coincidiendo con la primera instancia en la relevancia del momento temporal determinado por la interposición por la parte recurrente de la demanda de desahucio por precario, sin que pueda observarse falta de motivación de la decisión tomada (fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia).

#### **Recurso de casación.**

**Derecho de sucesiones. Interposición conjunta de la acción de impugnación del testamento por **preterición** de heredero forzoso y de la acción de petición de herencia.**



## Interpretación sistemática y orden de aplicación de las acciones de **preterición** de heredero y petición de herencia. Doctrina jurisprudencial aplicable.

**TERCERO.- 1.** La parte demandada reconviniendo interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

*En el primero*, se alega la infracción por aplicación indebida del art. 1963 CC, y por inaplicación de los arts. 1299, 646 o 1964, inciso segundo CC. Sostiene la recurrente, tal y como mantiene la sentencia dictada en primera instancia, que la acción está prescrita al tratarse la acción de **preterición** de heredero de una acción de naturaleza personalísima.

*En el segundo*, se denuncia la infracción del art. 814 CC, por aplicación indebida, y alega la falta de legitimación activa del demandante, por entender que resultando la acción para exigir la legítima del heredero una acción personalísima, y no habiéndose ejercitado ésta por el padre preterido del demandante, éste carecería de legitimación activa.

*En el tercer motivo*, se alega la infracción de los arts. 1932, 1957, 434, 440, 1930, 1950, 1951, 1952 y 1953 CC. Sostiene la recurrente que la demandada reconviniendo poseyó con justo título y de buena fe los bienes desde el año 1981 hasta el año 2006 en que se ejercita la presente demanda, por lo que habrían usucapido por el transcurso de diez años exigidos por el art. 1957 CC.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser desestimados.

**2.** Como se ha anticipado en el inicio del recurso, los motivos primero y segundo plantean la cuestión de fondo que técnicamente presenta este caso, esto es, el régimen de aplicación que cabe establecer en el ejercicio conjunto de la acción de **preterición** de heredero forzoso en sede testamentaria y la propia acción de petición de herencia, particularmente de la posible correlación transitiva en el ejercicio de las mismas.

La respuesta, concorde con la decisión de la Audiencia, debe ser negativa, es decir, a favor del reconocimiento del juego autónomo y diferenciado de cada acción, en atención a las siguientes consideraciones.

Así, en primer lugar, tal y como esta Sala ha señalado en su sentencia de 10 de diciembre de 2014 (núm. 695/2014), a propósito de la ineficacia testamentaria por la **preterición** de un heredero forzoso (814 del Código Civil), debe tenerse en cuenta que, pese al tenor literal del precepto, la acción que se ejercita no se incardina, en sentido técnico, en el marco de una acción de nulidad que provoque la invalidez estructural de lo ordenado por el testador sino que responde, más bien, a la dinámica de las acciones o medidas de resolución propias de la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima. De ahí que la causa de la impugnación no sea otra que la propia **preterición** del heredero forzoso, esto es, heredero legitimario, y que la ineficacia resultante se dirija funcionalmente a purgar los efectos que resulten lesivos de cara al derecho que le asiste al heredero preterido como legitimario del causante. En todo caso, el ejercicio de la acción de **preterición** de heredero forzoso no condiciona o impide el curso de las otras acciones que también le asisten al heredero en la defensa de sus derechos hereditarios.

En segundo lugar, y al hilo de lo expuesto, conviene recordar que, en relación con la acción de petición de herencia, si bien no viene regulada en nuestro Código Civil, si que resulta claramente referenciada (artículos 192, 1016 y 1021 del Código Civil), nos encontramos ante una verdadera acción que trae causa directa de la propia cualidad del título de heredero, como expresión máxima de su condición, frente a cualquier poseedor de bienes hereditarios que la niegue.

En el presente caso, a mayor abundamiento, dicha acción de petición de herencia se realiza en el ámbito de la sucesión intestada y por el cauce del derecho a la legítima dada la condición de heredero forzoso de don Borja, del que trae causa la parte actora.

**3.** En el tercer motivo del recurso de casación, la parte recurrente plantea una prescripción adquisitiva que resulta de imposible estimación. Esta conclusión descansa no sólo en lo ya justificado por la sentencia de la Audiencia, entre otros argumentos, el de no haberse opuesto tempestivamente esta circunstancia en el escrito de contestación a la demanda, sino también porque, sobre todo, no concurren los requisitos objetivos de la prescripción de diez años alegada por la parte recurrente. En efecto, desde el cómputo de la misma, esto es, desde la interposición de la demanda de desahucio por precario (año 1981) no puede sostenerse la aplicación, sin más, del artículo 1957 del Código Civil (buena fe y justo título) pues, sin duda, aparte de faltar el presupuesto de la posesión de los bienes hereditarios, acreditada en parte a favor del hijo preterido, la prescripción alegada tampoco es, en ningún caso, bajo una posesión "pública y pacífica" (artículo 1941 del Código Civil), habida cuenta del título de heredero opuesto en contrario en el citado procedimiento de desahucio; SSTTS de 11 de julio de 2012 (núm. 454/2012) y 8 de octubre de 2014 (núm. 370/2014).

**TERCERO.-** Desestimación de los recursos y costas.



1. La desestimación de los motivos planteados comporta la desestimación de los recursos interpuestos.
2. De conformidad con el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 LEC , procede hacer expresa imposición de costas de los recursos interpuestos a la parte recurrente.

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

#### FALLAMOS

1. No haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal y al recurso de casación interpuestos por la representación procesal de doña Valentina contra la sentencia dictada, con fecha 16 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, en el rollo de apelación nº 276/2013 .
2. No ha lugar a casar por los motivos fundamentados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.
3. Imponer las costas de los recursos interpuestos a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , 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.