



Roj: **STS 2578/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2578**

Id Cendoj: **28079110012023100936**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/06/2023**

Nº de Recurso: **3105/2019**

Nº de Resolución: **943/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 943/2023

Fecha de sentencia: 13/06/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3105/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/05/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL. SECCIÓN 1.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M.^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3105/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M.^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 943/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 13 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Carlota y D. Andrés , representados por la procuradora D.^a Fuencisla Martínez Mínguez y bajo la dirección letrada de D. Ricardo Emilio Cañizares Aguado, contra la sentencia n.º 70/2019, de 21 de febrero, dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de



Ciudad Real en el recurso de apelación n.º 178/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 421/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Puertollano, sobre herencia. Ha sido parte recurrida D. Armando, representado por la procuradora D.ª Marina González Caballero y bajo la dirección letrada de D. Gerardo Hermoso Armada.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D. Armando interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Carlota y D. Andrés, en la que solicitaba se dictara sentencia que declare:

"a) Que mi mandante ha sido preterido erróneamente en el testamento de su padre.

"b) Que se declare nula en todo caso la institución de heredero en las personas de D. Andrés y D.ª Carlota.

"c) Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se le reconozca el derecho a percibir los bienes que le corresponde y con cargo a los bienes que integran el caudal hereditario.

"d) Que, en consecuencia, se ordene la nueva apertura de la sucesión de D. Edemiro, formando parte de la misma mi representado, como heredero del causante.

"e) Que se declare que mi representado es heredero del causante, D. Edemiro y que, en su condición de heredero, es el titular dominical de los bienes de la herencia del citado causante que de acuerdo con todo lo anteriormente expuesto le corresponde.

"f) Que se condene a los demandados D. Andrés y D.ª Carlota a la restitución de los bienes que componen el caudal relicto del causante.

"g) Que se declare su derecho a percibir los frutos que hayan producido los bienes integrantes de la herencia y en proporción a su legítima desde el 9 de febrero de 2016 fecha en la que se tuvo noticias del Testamento de D. Edemiro y, subsidiariamente desde la interposición de la presente demanda.

"h) Se condene a los demandados a las costas de este procedimiento".

2. La demanda fue presentada el 17 de mayo de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Puertollano, fue registrada con el n.º 421/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. D. Andrés y D.ª Carlota contestaron a la demanda mediante escritos en los que solicitaban dictar sentencia por la que:

"se reconozca a D. Armando, por su condición de heredero forzoso de D. Edemiro, su derecho a suceder a su padre biológico, correspondiéndole como porción hereditaria de éste únicamente su legítima estricta (esto es, la tercera parte del tercio de legítima estricta o corta), valorada en el momento de la partición en la cantidad de diecisiete mil seiscientos noventa y cuatro euros con cincuenta y un céntimos (17.694,51 €), más los intereses legales únicamente desde el momento en que se dicte sentencia que ponga fin a la presente litis y determine el importe líquido de dicha cantidad. Absolviendo a los dos codemandados del resto de las peticiones efectuadas frente a ellos en la demanda, todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas".

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Puertollano dictó sentencia de fecha 21 de septiembre de 2017, con el siguiente fallo:

"Que ESTIMO la demanda promovida por Don Armando contra Don Andrés y Doña Carlota y en su virtud:

"- Declaro a Don Armando preterido de forma no intencional en el testamento de su padre Don Edemiro.

"- Declaro anulada la institución de herederos en las personas de Andrés y Carlota.

"- Declaro que debe abrirse la sucesión intestada de Don Armando (sic).

"- Con respecto a la herencia de Don Edemiro, declaro el derecho de Armando a percibir un tercio del caudal hereditario, el derecho de Andrés de percibir otro tercio del caudal hereditario, y el derecho de Carlota de percibir el tercio restante del caudal hereditario.

"- Condono a los demandados a restituir los bienes que componen el caudal relicto de su padre fallecido, y los frutos que hubieran producido los bienes de la herencia desde el momento en que falleció Don Edemiro.



"-Condeno a los demandados a pagar las costas del proceso".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Carlota y D. Andrés .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que lo tramitó con el número de rollo 178/2018 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 21 de febrero de 2019, con el siguiente fallo:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D.^a M.^a Esther Villa Arenas, en nombre y representación de D.^a Carlota y D. Andrés , contra la sentencia n.º 128/17, de 21 de septiembre, dictada en el Juzgado n.º 3 de Puertollano, procedimiento ordinario n.º 421/16, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, condenando a los recurrentes al pago de las costas causadas en esta alzada".

3. D.^a Carlota y D. Andrés solicitaron aclaración de la anterior sentencia que fue desestimada mediante auto de 12 de marzo de 2019.

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

1. D.^a Carlota y D. Andrés interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- Al amparo del art. 469.1.2.º LEC, en relación con lo establecido en el apartado 1 de su disposición final decimosexta y artículo 477.2.3, por vulneración del deber de motivación de la sentencia recogido en el art. 218.2 LEC".

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2 ordinal 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración o aplicación indebida de art. 1080 del Código Civil".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 15 de septiembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuestos (sic) por la representación procesal de D.^a Carlota y D. Andrés , contra la sentencia de 21 de febrero de 2019 por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera, en el recurso de apelación n.º 178/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 421/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Puertollano".

3. Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4. Por providencia de 31 de marzo de 2023 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 31 de mayo de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

En el recurso se plantea como cuestión jurídica cuáles son los efectos de la preterición no intencional de un hijo sobre la partición ya realizada por los demás hijos, instituidos herederos a partes iguales en el testamento del padre.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. Armando nació el NUM000 de 1960. En virtud de sentencia firme de 18 de diciembre de 2014, dictada en autos 400/2013 por el Juzgado de Primera Instancia 3 de Puertollano, quedó determinada legalmente la filiación paterna no matrimonial, al establecerse que es hijo biológico de Edemiro .

El 24 de abril de 1966, Edemiro contrajo matrimonio con Debora . El régimen económico de este matrimonio era el de sociedad legal de gananciales. De este matrimonio nacieron dos hijos, Andrés y Carlota .



El 31 de julio de 1989, Edemiro y Debora fallecieron simultáneamente en accidente de tráfico.

Edemiro había otorgado testamento el 12 de marzo de 1987 por el que legaba a su esposa el usufructo universal y vitalicio de sus bienes e instituía herederos a partes iguales a sus hijos Andrés y Carlota .

El 25 de enero de 1990, Andrés y Carlota otorgan escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de Edemiro . En esa escritura se recogía la liquidación de la sociedad de gananciales de los esposos fallecidos (cuyos testamentos, de la misma fecha, eran similares), y se liquidaban y dividían las dos herencias, adjudicándose los hermanos por mitad y proindiviso en pleno dominio los bienes.

2. El 17 de mayo de 2016, Armando interpone demanda por la que solicita que se declare que ha sido preterido erróneamente en el testamento de su padre y que es nula la institución de heredero en las personas de Andrés y Carlota . También solicita que se le reconozca el derecho a percibir los bienes que le corresponden con cargo a los bienes que integran el caudal hereditario y, en consecuencia, se ordene la nueva apertura de la sucesión de Edemiro , de la que debe formar parte el demandante como heredero del causante.

El actor, que en la demanda hace suya la liquidación de la sociedad de gananciales de los esposos fallecidos y la liquidación del haber hereditario de su padre, fija un haber líquido de 26 497 064 pesetas, lo que repartido por igual entre los tres hijos da lugar a percibir a cada uno de ellos 8 832 358 pesetas (equivalente a 53 083,35 euros), más un tercio de la cantidad que resulte de la información bancaria que en su momento se solicite a las entidades financieras. Solicita que se declare que es heredero del causante, Edemiro y que, en su condición de heredero, es el titular dominical de los bienes de la herencia. Finalmente, solicita que se condene a los demandados a la restitución de los bienes que componen el caudal relicto del causante y que se declare su derecho a percibir los frutos que hayan producido los bienes integrantes de la herencia y en proporción a su legítima desde el 9 de febrero de 2016, fecha en la que tuvo noticias del testamento de Edemiro y, subsidiariamente desde la interposición de la demanda.

3. Carlota y Andrés se oponen a la pretensión ejercitada de contrario.

Consideran que la preterición fue intencional, porque la demanda de filiación se basó en buena medida en el conocimiento por el propio causante del embarazo de la madre y nacimiento del actor, y defendieron que por ello el demandante debe percibir, con cargo al caudal, ingresando en la comunidad hereditaria, como un sucesor universal más, aunque no por la misma cuota de los otros, sino la representada por su legítima.

Argumentan también que, puesto que el demandante no ha alegado la mala fe de los demandados, que ignoraban la existencia del demandante cuando hicieron la partición, conforme al art. 1080 CC la partición no puede rescindirse, sino mantenerse, y pagar al preterido la parte que legalmente le corresponda. Entienden, en fin, que procede repartir a partes iguales el tercio de legítima estricta entre los tres hijos del causante, repartiendo la mejora y el tercio libre de acuerdo con la voluntad del causante entre los dos codemandados. Sobre los frutos solicitados, argumentan que el actor, que nació el NUM000 de 1960, pudo ejercitar la acción de filiación con anterioridad, y esperó hasta el año 2013, transcurridos años desde el fallecimiento del causante el 13 de julio de 1989. Entienden que, partiendo de estos datos, solo el actor debe soportar este retraso y los intereses deberán calcularse desde la firmeza de la sentencia que ponga fin al procedimiento.

Solicitan se dicte sentencia por la que se reconozca al actor su derecho a suceder a su padre biológico, correspondiéndole como porción hereditaria únicamente su legítima estricta (esto es, la tercera parte del tercio de legítima estricta o corta), valorada en el momento de la partición en la cantidad de diecisiete mil seiscientos noventa y cuatro euros con cincuenta y un céntimos (17 694,51 €), más los intereses legales únicamente desde el momento en que se dicte sentencia que ponga fin a la litis y determine el importe líquido de dicha cantidad, con absolución a los dos codemandados del resto de las peticiones efectuadas frente a ellos en la demanda, y sin condena en costas.

4. El juzgado dicta sentencia por la que estima la demanda y declara que Armando fue preterido de forma no intencional en el testamento de su padre Edemiro . Con cita del art. 814 CC declara anulada la institución de herederos en las personas de Andrés y Carlota , y declara que debe abrirse la sucesión intestada de Edemiro . El juzgado declara el derecho del actor a percibir en la herencia un tercio del caudal hereditario, el derecho de Andrés a percibir otro tercio del caudal hereditario y el derecho de Carlota a percibir el tercio restante del caudal hereditario. Finalmente, condena a los demandados a restituir los bienes que componen el caudal relicto de su padre fallecido, y los frutos que hubieran producido los bienes de la herencia desde el momento en que falleció Edemiro (art. 1049 CC). También impone a los demandados las costas.

5. La sentencia del juzgado fue recurrida en apelación por los demandados. En primer lugar, reiteran que debe mantenerse la validez de la partición al amparo del art. 1080 CC y el principio de conservación de la partición que consagra, salvo mala fe o dolo de los interesados, que no se ha alegado ni probado, sin perjuicio de la procedencia de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda. En segundo lugar, insisten



en la calificación de la preterición como intencional, con la consecuencia de que solo le corresponde la legítima estricta, de conformidad con el art. 814 CC y la jurisprudencia.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, confirmó la sentencia de primera instancia e impuso a los apelantes las costas de su apelación. La sentencia basó su decisión en que no se podía afirmar que la preterición fuera intencional.

6. Los demandados interponen recurso por infracción procesal y recurso de casación.

SEGUNDO.- Planteamiento de los recursos, oposición de la parte recurrida y admisibilidad

1. En el único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, los demandados denuncian vulneración del deber de motivación de la sentencia recogido en el art. 218.2 LEC.

En su desarrollo, los recurrentes reprochan a la sentencia recurrida que no exponga la razón por la que condena a los demandados a restituir los bienes que componen el caudal relicto de su padre fallecido y no admita que la partición ya realizada se conserve por no haber quedado acreditada la mala fe conforme establece el art. 1080 CC.

2. En el único motivo del recurso de casación formulado se denuncia la vulneración del art. 1080 CC. La parte recurrente razona que no procede rescindir la partición de fecha 25 de enero de 1990, que fue efectuada de buena fe por los demandados, con independencia de que se declare la obligación de los demandados de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda en la herencia del padre.

Al final del desarrollo del recurso de casación, con la introducción de que se utiliza a mayor abundamiento y como refuerzo de la validez de la partición, se argumenta que los recurrentes habrían adquirido la propiedad de los bienes con justo título y posesión pacífica de los bienes a título de dueño.

3. En su escrito de oposición al recurso, el demandante ahora recurrido manifiesta que concurre causa de inadmisión del recurso por infracción procesal porque sí hay motivación, dado que la sentencia recurrida recoge y hace suya la argumentación de la sentencia del juzgado acerca de que la preterición no fue intencional. Añade que el recurrente desconoce la diferencia entre la preterición en la partición de cualquier heredero de que se ocupa el art. 1080 CC y la preterición del heredero forzoso de que se ocupa el art. 814 CC, que es lo que sucede en el caso, de modo que el art. 1080 CC exige que la preterición sea en el momento de la partición, y entonces procede analizar si hubo o no mala fe en la preterición, pero no cuando, como sucede en el caso, es el testador quien en su testamento omite a un heredero forzoso.

En su escrito de oposición la parte recurrida argumenta también que el recurso de casación incurre en causa de inadmisión porque mezcla y confunde la regulación del art. 814 CC con la del art. 1080 CC, dado que lo que ha sucedido en el caso es que se ha producido una preterición en el testamento del causante y las consecuencias no pueden ser las del art. 1080 CC.

4. Por las razones que daremos al resolver los recursos se verá que no pueden apreciarse las causas de inadmisibilidad, ya que la parte recurrente cita adecuadamente como infringidas las normas aplicables en relación con las cuestiones que plantea.

Otra respuesta merece en cambio la alegación de la parte recurrida respecto de las menciones a la usucapión que se contienen en el motivo segundo del recurso de casación. En efecto, los recurrentes plantean una cuestión nueva que no se ha debatido en la instancia, por lo que de acuerdo con la doctrina de la sala no puede ser objeto de análisis por la sentencia de casación, atendiendo a elementales razones de tutela judicial efectiva para no generar indefensión en la otra parte, que nada ha podido alegar sobre este asunto.

Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- Decisión de la sala. Estimación del recurso

1. El recurso por infracción procesal se estima porque tiene razón la parte recurrente cuando denuncia que la sentencia recurrida adolece de falta de motivación por lo que se refiere a la declaración de nulidad de la partición.

2. Como recuerda la sentencia 747/2022, de 3 de noviembre, la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir institucionalizada en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión contenida en ellas y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (con cita, por todas, de la sentencia 108/2022, de 14 de febrero).

La motivación exige que se haga saber a las partes o se exterioricen cuáles son las razones que conducen al fallo de una resolución, con independencia de su acierto y su extensión. En este caso no hay motivación. La explicación de la parte recurrida acerca de la razón por la que se declara la nulidad de la partición en el caso



y no se aplica el art. 1080 CC no resulta de lo que dice la Audiencia ni tampoco de lo que dice la sentencia del juzgado que se confirma por el tribunal de apelación y, de hecho, ninguna menciona el precepto invocado por la parte demandada recurrente en apelación y ahora en casación ni realizan consideración alguna a la cuestión planteada por la ahora recurrente.

3. En este caso, en la contestación a la demanda y luego en el recurso de apelación, los demandados han mantenido que era aplicable al caso la regla que establece el art. 1080 CC de conservación de la partición cuando no hay mala fe en la partición hecha con preterición de un heredero. Con independencia de cuál sea la interpretación que se mantenga sobre la incidencia de la preterición testamentaria en la partición ya efectuada, en definitiva sobre la relación entre el juego del art. 814 CC y el art. 1080 CC, la sentencia recurrida debió dar una respuesta a lo planteado por los demandados y explicar las razones por las que confirmaba la declaración de nulidad de la partición en contra de la tesis sostenida por los apelantes.

La sentencia recurrida, sin embargo, se pronunció exclusivamente sobre la calificación de la preterición y, sin dar explicación alguna sobre los efectos de esa preterición sobre la partición realizada, desestimó íntegramente el recurso, en el que expresamente se impugnaba la declaración de nulidad de la partición y se solicitaba que se conservara su validez con pago al preterido de la parte que legalmente le corresponda. Los ahora recurrentes solicitaron complemento de la sentencia de la Audiencia por entender que no se había dado respuesta a su primer motivo de apelación, referido a la validez de la partición, pero la Audiencia denegó el complemento por entender que se había resuelto la cuestión principal referida al carácter intencionado o no de la preterición, lo que obviamente no es una explicación de la solución dada a la cuestión planteada sobre la partición.

Por ello, el recurso extraordinario por infracción procesal se estima.

CUARTO.- *Consecuencia de la estimación del recurso por infracción procesal. Asunción de la instancia. Efectos de la preterición testamentaria sobre la partición ya realizada por los demás hijos instituidos herederos*

1. La consecuencia de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal es que procede dictar una nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento en el recurso de casación, conforme a la disp. final 16.^a 1, regla 7.^a LEC.

2. Debemos partir, porque ha quedado firme en la instancia, de que la preterición testamentaria del demandante fue errónea o no intencional. La Audiencia, tras manifestar su acuerdo con la valoración del juzgado acerca de que la preterición no fue intencional, confirma sin más la sentencia del juzgado que, con cita del art. 814 CC, había declarado la nulidad de la institución de herederos y la procedencia de la apertura de la sucesión intestada, dado el fallecimiento de la cónyuge usufructuaria y la ausencia de legados y de otras disposiciones de contenido patrimonial. Añadió el juzgado que, en consecuencia, Andrés y Carlota deben restituir los bienes que componen el caudal relicto de su padre fallecido, y los frutos que hubieran producido los bienes de la herencia desde el momento en que, al fallecer D. Armando, se abrió su sucesión.

Al razonar de esta manera el juzgado da por supuesto que la preterición testamentaria determina la nulidad de las operaciones particionales efectuadas sobre la base del testamento que incurrió en ese vicio y, por tanto con omisión del hijo preterido en el testamento. De esta forma, el juzgado no considera relevante que cuando el hijo ejercita la acción para hacer valer sus derechos la partición ya se ha practicado, sin que haya quedado acreditada la mala fe de quienes intervinieron como herederos testamentarios.

3. Ciertamente, no estamos ante una preterición puramente particional, puesto que el actor fue preterido en el testamento del padre. La preterición testamentaria de los legitimarios está regulada en el art. 814 CC, mientras que la preterición en la partición de un coheredero (sea o no legitimario) está regulada en el art. 1080 CC, con distintos presupuestos y diferentes efectos.

El art. 814 CC se ocupa de la falta de mención u omisión de un legitimario en el testamento otorgado por el causante. El art. 814 CC, en su redacción desde la reforma por Ley 11/1981, de 13 de mayo, distingue la preterición intencional y no intencional cuando los no mencionados en el testamento son todos o algunos de los hijos o descendientes del testador. Solo cuando la preterición es total se anulan las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial (art. 814.II.1.º CC), dando lugar al completo desplazamiento de la sucesión testamentaria por la abintestato, en la que los omitidos son llamados como herederos. En cambio, si solo hubieran sido preteridos alguno o algunos "se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas" (art. 814.II.2.º CC). Con lo que la sucesión intestada tendrá lugar respecto de los bienes de los que no hubiera dispuesto el testador a título singular (art. 912.2º CC).



Por su parte, el art. 1080 CC establece una regla basada en el principio de conservación de la partición conforme a la cual:

"La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponde".

Es decir, el art. 1080 CC permite que una partición convencional sea válida a pesar de no haber contado con el consentimiento de un coheredero, siempre que haya habido buena fe de los demás. En tal caso la partición se conserva y el coheredero cuya intervención se ha omitido en la partición tiene derecho a que se le "pague" lo que le corresponda. Se discute por la doctrina si, a falta de acuerdo, el preterido en la partición puede exigir que el "pago" se haga necesariamente en bienes de la herencia o si puede hacerse en metálico, mediante la entrega del equivalente en dinero, de manera análoga a lo que establece el art. 1077 CC para la rescisión por lesión, lo que resulta más conforme con el principio de conservación de la partición que inspira el precepto para cuando la omisión del coheredero haya sido de buena fe. Por el contrario, doctrina y jurisprudencia entienden que, dada la remisión que resulta del art. 1073 CC a las reglas de invalidez de los contratos, la partición realizada de mala fe con omisión intencional de un coheredero será nula (sentencia 325/2010, de 31 de mayo).

4. El supuesto regulado en el art. 814 CC y el regulado en el art. 1080 CC son, por tanto, diferentes. Sucede sin embargo, como advierte la doctrina, y se aprecia en el caso que juzgamos, que puede darse una interferencia entre la preterición testamentaria y la preterición en la partición cuando la preterición de un heredero forzoso en el testamento dé lugar a la preterición particional a que se refiere el art. 1080 CC.

El problema de si la preterición testamentaria que conlleva la invalidez total o parcial del testamento o de la institución de herederos tiene eficacia invalidante de la partición ya efectuada no está resuelto expresamente en el Código civil. Como sucede con tantos otros asuntos conflictivos que se suscitan en derecho sucesorio, ha sido objeto de pluralidad de opiniones doctrinales sustentadas en sólidos argumentos en atención a las interpretaciones diversas que se hacen de los antecedentes históricos y legislativos, de la letra de la ley, y la naturaleza y función que se entiende son propias de las diferentes instituciones y acciones en juego, lo que da cuenta de su complejidad.

5. La Sala Primera ha tenido ocasión de ocuparse de algunos asuntos relacionados con este problema y los ha solucionado en función de las circunstancias concurrentes, tanto durante la vigencia del originario art. 814 CC como tras la reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que equipara los efectos de la preterición intencional de los hijos a la desheredación sin causa del art. 851 CC. En algunas de las sentencias, el resultado que se alcanza encuentra explicación en lo dispuesto en el art. 1081 CC (nulidad de la partición con uno a quien se creyó heredero sin serlo), lo que puede haber sucedido precisamente como consecuencia de la invalidez total o parcial del testamento como consecuencia de una preterición testamentaria. Pero, en general, para conservar la partición destaca en la jurisprudencia de la sala la relevancia de que se haya realizado de buena fe por quienes, a pesar de la preterición testamentaria, y de la nulidad del título testamentario, siguen siendo herederos, ahora abintestato.

Presentan interés como antecedentes las siguientes sentencias.

- La sentencia de 2 de julio de 1904 (Roj: STS 62/1904-ECLI:ES:TS:1904:62), en un caso en el que rechaza la nulidad de las ventas realizadas por los albaceas sin intervención de quienes luego serían declaradas hijas del causante, extiende la solución que adopta para las particiones en general cuando afirma:

"según aparece de los preceptos del Código civil que regulan la materia de las particiones al prescribirse en ellos las condiciones de posible igualdad en que deba hacerse entre los interesados en una herencia y establecerse en determinados casos la rescisión de las mismas, es sólo con el objeto y fin práctico de que a dichos interesados se les indemnice los perjuicios que puedan habérseles irrogado, sin que sea, por lo tanto, procedente pretender la nulidad de determinados actos, cuando en sí no encierran ni contengan vicio de nulidad, como no sea como único y extraordinario medio para lograr la reparación de perjuicios reales y efectivos, en cuyo principio general se fundan especialmente las disposiciones legales contenidas en los artículos 1073, 1074, 1075, 1079 y 1080 del referido cuerpo legal".

- La sentencia de 11 de marzo de 1950 (Roj: STS 321/1950 - ECLI:ES:TS:1950:321), en un supuesto en el que los instituidos eran extraños (hijos de un anterior matrimonio de la esposa del testador) y la partición comprendía conjuntamente bienes de la herencia de la esposa, madre de los instituidos, que continuaban siendo sus únicos herederos, y bienes del preterido, que resultaba ser único heredero de su padre tras la nulidad de la institución, dando por supuesto que en otro caso esa sería la solución, rechazó que se infringiera el art. 1080 CC por decretarse la nulidad de la partición efectuada a pesar de que los demás interesados desconocían la existencia del preterido porque:



"la circunstancia de que, según se reconoce por la parte demandada en la escritura de partición de 9 de septiembre de 1942, se distribuyesen conjuntamente las herencias de D. Obdulio y la de su esposa premuerta, con indudable confusión de ambos patrimonios, venía a hacer imposible la aplicación de lo prevenido en el referido precepto del Código Civil, porque en lo tocante a la herencia de D. Obdulio no tenía que concurrir el actor con ningún otro heredero, ya que los intervinientes en la mencionada escritura resultan extraños a la dicha herencia en virtud de la declaración de nulidad de la institución de herederos consignada en el testamento del dicho causante, que deja sólo al actor en el derecho a que le sea adjudicado el caudal líquido relicto en aquélla, y no podría abonársele al demandante, a tenor del precepto que se dice infringido, la parte que le correspondiera sin previamente deshacer la confusión de patrimonios realizada en la tantas veces repetida escritura particional, lo que forzosamente requeriría la anulación de las operaciones divisorias efectuadas y el proceder con delimitación de ambos acervos hereditarios a realizar nuevas operaciones".

- En el caso de la sentencia de 15 de octubre de 1957 (Roj: STS 1502/1957 - ECLI:ES:TS:1957:1502), en el que se solicitaba la nulidad por preterición de la cláusula del testamento que instituía herederos y la nulidad de las particiones llevadas a cabo por la viuda y los contadores, a pesar de las advertencias de algunos herederos, la sala casó por incongruente la sentencia que no resolvió sobre la nulidad pedida y, en la segunda sentencia aplicó con rigor la tesis de que la nulidad de la institución daba lugar a la nulidad de las operaciones particionales practicadas por el contador por que:

"si los herederos testamentarios, por consecuencia de la nulidad de la institución, dejaron de serlo, la partición en ese concepto se entendió, en cierta manera, con quienes no lo eran, y sólo los legítimos pueden estar capacitados para intervenir en ella, según claramente se infiere de la obligada apertura incondicional de la sucesión intestada sin restricción alguna, como se consigna en la Sentencia de 17 de junio de 1908, sin perjuicio de las mandas y mejoras que se reputarán válidas en cuanto no sean inoficiosas, y así el artículo 1081 del Código Civil declara nulas las operaciones divisorias, hechas con intervención de quien no sea heredero, y aquí no lo eran en concepto de testamentarios aquellos entre quienes se desarrollaron dichas operaciones". (...) "esta interpretación se confirma con lo dispuesto en el artículo 851 del mismo Cuerpo Legal, relativo a la desheredación, en el cual se establece que cuando se declare improcedente "anulará la institución de herederos en cuanto perjudique al desheredado" mientras que en el supuesto del artículo 814 tal nulidad se establece absolutamente sin más limitaciones que las antes taxativamente especificadas, diferencia de trato que sí se halla justificada porque en aquel caso hay una exteriorización de voluntad del causante, que no se da en el segundo, demuestra la mayor amplitud de la preterición". (...) "la misma conclusión se deriva, y refuerzo la anterior, de la naturaleza intangible de la legítima, que no admite privación ni limitación de clase alguna, y bien limitados resultarían si han de verse privados o limitados los derechos del preterido lo mismo que su personal intervención en la testamentaria, constriñéndoles a respetar una partición y aceptar un pago de legítima proporcional de cada uno de sus coherederos que no lo eran hasta después de la nulidad de la institución, y que como tales herederos, no podían comportarse rompiendo el principio de unanimidad en la partición que impera en general en nuestro régimen jurídico de comunidad incidental hereditaria". (...) "sentado lo anterior ha de concluirse que la nulidad de la institución de herederos, arrastra en el presente caso la nulidad de las operaciones divisorias llevadas a cabo por contador y protocolizadas en la competente notaría el 28 de febrero de 1947, con mayor razón, porque teniendo que cumplir el contador, como testamentario que era, la voluntad del testador, falta con arreglo a la misma la base elemental de la partición, o sea, los herederos, que al anularse la institución perdieron la condición de testamentarios, a quienes se refería el testador, y ahora por efecto de la nulidad de la institución, entran los abintestato, únicos y verdaderos sujetos de la partición, obligados, sin embargo, a respetar las mandas y mejoras conforme a los términos legales estrictos".

- La sentencia 772/2004, de 6 julio, en un caso de preterición testamentaria de quien de hecho era tenida como hija, pero que no ejercitó sus derechos para que se reconociera su filiación y sus derechos en la herencia del causante hasta después de hecha la partición por los demás herederos, cuya mala fe queda excluida, niega que la declaración de heredero que comporta la estimación de la acción de la preterida determine la nulidad de las operaciones particionales ya efectuadas antes de que ella fuera reconocida como heredera, y rechaza que para que reciba lo que le corresponda sea preciso declarar la nulidad de la partición ni su rescisión:

"B) ... si bien la actora, hija extramatrimonial del fallecido, compartió con éste, y con sus hijos y herederos, durante la vida de aquél al menos, su condición de hecho de tal, y aun siendo libremente aceptada la misma, no fue reconocida como hija hasta que ella lo solicitó legalmente, lo que no hizo en muchos años (cuando lo pide, tiene más de 60), pudiendo no obstante hacerlo, por lo que el causante (que también pudo, y no efectuó su reconocimiento en el testamento, y ello no es imputable, aunque les trascienda, a sus herederos) otorgó tal última voluntad, designando como sucesores legítimos suyos a los tres hijos habidos de su matrimonio, con los derechos usufructuarios correspondientes a su cónyuge supérstite, y por ello, al momento de realizarse las operaciones de partición, división, liquidación y adjudicación de herencia, que sólo la pueden realizar los herederos, si se dan las condiciones antes dichas, como aquí se dan, la hija preterida como heredera, no lo



era tal y no podía intervenir en ellas, ni ser llamada a las mismas, por faltarle entonces esa cualidad, y por ello las operaciones realizadas, no son nulas. Lo que sí procede, conforme establece la Audiencia en su Sentencia, aquí recurrida, que en ello debe ser confirmada, es que al declararse heredero al que lo es y ha sido preterido, se le reconocen a éste, en la herencia, los derechos que procedan a su favor, pues los actos de los demás herederos no pueden perjudicar a su legítima estricta, "en la parte que le corresponda" (arts. 807,1º, 808, 814.1, 823, 851 y 1080).

"C) Tales derechos, como se acaba de indicar, son los correspondientes a la legítima estricta, es decir, la cuarta parte del tercio de legítima, ya que no le afectan las mejoras, ni las disposiciones por legados u otras causas, que deben respetar siempre ese tercio, conforme a los preceptos que se acaban de mencionar. En cualquier caso, esta decisión del Tribunal "a quo", no es recurrida en los "motivos", pues aunque en ellos se hace constante alusión a la cuarta parte de la herencia, en igualdad con los demás herederos, no se motiva un posible "exceso" sobre lo acordado por la Audiencia, y no se da en el recurso motivación alguna para ello.

"D) La acción de rescisión de dichas operaciones (con la dificultad "formal" de poder entenderla como comprendida en las peticiones de la demanda, que sólo se refieren a la declaración de deber realizar por los herederos, debiendo ser condenados a ello, "cuantos actos y contratos sean de su incumbencia y resulten necesarios para la plena efectividad" de sus derechos como heredera por cuartas e iguales partes, y de poder intervenir en las operaciones de partición de herencia que estén pendientes de realización, añadiéndose luego la petición de que se declare la nulidad o ineficacia de cuantos actos o documentos, públicos o privados, contravengan sus derechos sucesorios), debe, en todo caso, rechazarse también, por cuanto, de entenderse implícitamente pedida por la parte, se precisaría, para su declaración, como muy bien dice la Audiencia, el previo reconocimiento de haber actuado los demandados con mala fe o dolo, circunstancias éstas que la Audiencia, valorando la prueba practicada, excluye, y el motivo pretende, sin poder imponerla, una nueva valoración de los hechos procesales a tales efectos, pero sin denunciar tal valoración por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba, citando el o los preceptos infringidos al efecto, la declaración de la existencia de "error patente", y como no lo hace, hay que estar a lo establecido en la Sentencia a tal fin, no dando lugar a la aplicación, pedida, del art. 1080, inciso 1º, del CC.

"Con ello, los motivos con peticiones complementarias respecto a los anteriores, como son el 2º (con respecto al 1º, sobre eficacia retroactiva del reconocimiento de la filiación, dado que, mientras no se declare la misma, no entran en juego los derechos hereditarios que se reclaman) y el 3º (respecto a los dos anteriores)".

- La sentencia 325/2010, de 31 de mayo, en un supuesto de preterición testamentaria no intencional de la demandante, cuya filiación quedó determinada legalmente después del fallecimiento del causante, declara la nulidad de la institución de heredero, la apertura de la sucesión y la nulidad de la partición. La sentencia rechaza el motivo de casación que se oponía a la nulidad de la partición no solo porque se practicó con quien había sido esposa del causante pero que ya no lo era cuando se produjo el fallecimiento, por lo que no le correspondía ninguna cuota (art. 1081 CC), sino también, por lo que aquí interesa, por la omisión de la actora con mala fe, dado que:

""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".

- Por su parte, la sentencia 695/2014, de 10 de diciembre, en un supuesto de preterición testamentaria no intencional seguida de partición efectuada de mala fe, se inclina por la naturaleza rescisoria de la acción de preterición, pero confirma la sentencia recurrida que la había calificado de acción de nulidad y había extendido la nulidad a la partición efectuada de mala fe, porque la instituida heredera y la viuda y legataria de parte alcuota conocían la existencia del hijo preterido. La sentencia afirma:

"En la interpretación del precepto y de la razón de ineficacia derivada, debe tenerse en cuenta lo ya vertido acerca del principio de conservación del testamento y de la partición realizada ("favor testamenti y favor partitionis"), particularmente ejemplificado en la puntualización técnica del artículo 1080 del Código Civil, que alude técnicamente a la no rescindibilidad de la partición, y su encaje sistemático con los citados artículos 764 y 814 del Código Civil. Principio que, entre otros extremos, determina que la voluntad manifestada por el testador (675 del Código Civil) siga siendo el criterio rector para la interpretación de las cuestiones que suscite bien la ineficacia de la institución de heredero, caso de la determinación patrimonial del derecho hereditario del heredero preterido, o bien, supuesto tratado en el presente caso, de la responsabilidad proporcional al llamamiento y cuota hereditaria establecida respecto del valor de reintegración derivado de la indebida venta de un inmueble hereditario por los beneficiarios estatuidos testamentariamente. Si bien, este último aspecto podría haber tenido una distinta solución jurídica con base al artículo 1084 del Código Civil.



"(...) En este sentido, sin perjuicio de lo ya expuesto respecto del principio del "favor partitionis", así como de la precisión técnica del artículo 1080 del Código Civil respecto de la rescisión, como régimen típico de la ineficacia de la partición en el caso que nos ocupa, esto es, en relación a la preterición de alguno de los herederos, y no planteándose, por la vía adecuada del recurso extraordinario por infracción procesal, ni la incongruencia de la sentencia recurrida, ni la impugnación de su base fáctica, particularmente en orden a la declaración como hecho probado de la mala fe de los partícipes de la partición, por razón de su conocimiento (scientia) acerca de la existencia del legitimario preterido, debe señalarse que la ineficacia que contempla la sentencia recurrida concuerda sustancialmente con el citado régimen de rescindibilidad que reclama la parte recurrente y que se desarrolla, en la medida de lo posible, respetando la validez de lo ordenado por el testador. En efecto, en esta línea debe recordarse que la rescindibilidad de la partición no obsta a la vigencia de las mandas o legados ordenados por el testador, en la medida en que no resulten inoficiosas respecto de la salvaguarda de las legítimas que concurren en el presente caso".

- Más recientemente, la sentencia 116/2019, de 21 de febrero, se ocupa de un caso en el que, tras quedar determinada la paternidad extramatrimonial respecto del causante, que muere intestado, la actora ejercita acción de petición de la herencia de su padre y también de su abuelo paterno, que había instituido heredero a sus seis hijos. Por lo que aquí interesa, la sala estima el recurso del heredero abintestato demandado contra la sentencia que le había condenado a pagar a la actora en metálico el valor de la cuota de la vivienda que le correspondía en la herencia. Ello por cuanto, según dice la sentencia, el pago de la parte proporcional que corresponda al heredero preterido en la partición conforme al art. 1080 CC no comporta necesariamente el pago en metálico, a lo que en el caso el heredero obligado al pago se oponía por cuanto se le obligaba a pagar anticipadamente algo que él todavía no había heredado, la propiedad plena de una parte del bien adjudicado, cuando lo recibido solo era la cuota de participación en la nuda propiedad de una vivienda sujeta al usufructo vitalicio a favor de otra heredera (viuda de un hermano de su padre).

6. En el caso que juzgamos en el que el actor, nacido en 1960, ejercitó en 2013 la acción de filiación respecto de su padre biológico, fallecido en 1989, y luego la acción para hacer valer sus derechos hereditarios en 2016, cuando la partición se había realizado en 1990 de buena fe por los hijos instituidos herederos, no vemos razón para excluir la aplicación del art. 1080 CC, con la consecuencia de que, tal como solicitan los instituidos testamentariamente, paguen al hijo preterido la parte que le corresponde en metálico, mediante la entrega del equivalente en dinero.

A este fin debemos tener en cuenta que concurren exclusivamente con el preterido quienes ya eran herederos, si bien ahora por título abintestato, sin que el cambio de título por el que suceden revista entidad como para dar lugar a la nulidad de la partición. Que el actor sea legitimario y la legítima *pars bonorum* no es un argumento para rechazar una solución que parece preferible, porque exigir como hace la sentencia de instancia que los demandados deban reintegrar los bienes para satisfacer al preterido su parte en bienes de la herencia equivale a tener que realizar una nueva partición, en contra del criterio que resulta del art. 1080 CC, que establece la misma solución tanto si el preterido en la partición es heredero forzoso como si no lo es.

En un caso como este, además, tal como advierten los recurrentes, la aplicación del art. 1080 CC, basado en la conservación de la partición, resulta preferible, puesto que la partición se realizó en 1990 y, sin duda, podría resultar de gran complejidad restituir los bienes que componían el caudal relicto hace tantos años, cuando algunos bienes, se dice, han sido vendidos y otros gravados con cargas, en algunos se han realizado mejoras, etc.

Debemos partir de la buena fe de los demandados al hacer la partición. No solo porque la buena fe se presume, sino porque no ha sido discutida por el actor, lo que resulta coherente con su postura procesal, pues ha basado su tesis de que fue preterido de modo no intencional en el testamento porque su padre no conocía su existencia. Aceptado este argumento, como lo han hecho las sentencias de instancia, cuyo pronunciamiento acerca de que la preterición fue no intencional ha quedado firme, con mucha más razón cabe concluir que los demandados, hijos del mismo causante, cuando hicieron la partición, no conocían la existencia del demandante, de quien según dicen razonablemente no tuvieron noticia hasta que no presentó su demanda de reclamación de paternidad no matrimonial en el año 2013.

Puesto que los dos demandados recibieron por igual, a cada uno de ellos le corresponde abonar la misma cantidad para que el actor reciba la tercera parte del valor que tenían los bienes cuando fueron adjudicados. Esa cantidad deberá ser actualizada conforme al IPC desde la presentación de la demanda que ha dado lugar a este procedimiento, dado el carácter pecuniario de la deuda que se reconoce a favor del actor, y que él no solicitó hasta que inició este procedimiento.

En concreto el actor, en su demanda, dio por buenos los datos de la liquidación de la sociedad de gananciales de los esposos fallecidos y de la liquidación del haber hereditario de su padre, y partió del haber líquido de 26



497 064 pesetas, lo que repartido por igual entre los tres hijos da lugar a percibir a cada uno de ellos 8 832 358 pesetas (equivalente a 53 083,35 euros). No pueden tenerse en cuenta ahora las invocaciones genéricas incluidas por el actor en su demanda acerca de las cantidades que resultaran de la información bancaria procedente de las entidades financieras dado que, corriendo a su cargo la prueba, nada ha probado sobre la existencia de cantidades que no se incluyeran en el inventario y partición.

QUINTO.- Costas

La estimación de los recursos determina que no se impongan las costas devengadas por los mismos (art. 398.2 LEC)

Dado que el recurso de apelación debió ser estimado parcialmente tampoco se imponen las costas de este recurso (art. 398.2 LEC).

La estimación parcial de la demanda determina que cada parte deba abonar las costas causadas a su instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art 394.2 LEC.

FALLO

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

1.º- Estimar los recursos por infracción procesal y casación interpuestos por Carlota y Andrés , contra la sentencia de 21 de febrero de 2019 por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera, en el recurso de apelación n.º 178/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 421/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Puertollano.

2.º- Casamos la sentencia recurrida en el sentido de declarar que cada uno de los demandados debe abonar al actor la mitad de 8 832 358 pesetas (la mitad de 53 083,35 euros), cantidad actualizada conforme al IPC desde la presentación de la demanda que ha dado lugar a este procedimiento.

3.º- No imponer las costas devengadas por los recursos por infracción procesal y casación y ordenar la devolución de los depósitos constituidos para su interposición.

4.º- No imponer las costas del recurso de apelación ni las de la primera instancia.

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

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

Así se acuerda y firma.