

1.4. Sucesiones

La preterición: entre la libertad para testar y los derechos fundamentales. Una revisitación del derecho foral y ordenamientos comparados

The preterition: among the freedom to make a will and the fundamental rights. The «foral» law and compared systems

por

FERNANDO CAROL ROSÉS

Abogado

Doctorando EEES Derecho civil UNED*

RESUMEN: Este artículo versa sobre la libertad para testar, la autonomía, que requiere como condición indispensable una voluntad no viciada. La voluntad del testador ha de ser una voluntad libre de errores —voluntad que debe gozar de la máxima protección—, y es ahí en donde aparece la figura que pretendemos visitar de la preterición. Instituto que brilla con luz propia cuando de la preterición errónea se trata. El término “preterir” significa omitir. En sede jurídica proviene del Derecho romano, según el cual los *sui* debían ser mencionados en el testamento para ser instituidos herederos o para desheredarlos (*sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*).

ABSTRACT: *This article is about the freedom to make a testament, the autonomy that requires as indispensable condition. The freedom of the testator must be free of errors —the maximum protection—, and it's there where the figure that we seek of the preterition appears. Institute that shines with own light when of the erroneous preterition it is. «Preterir» means to omit. Its comes from the Roman Right, according to which the sui should be mentioned in the testament to be instituted heirs or to disinherit them (sui heredes instituendi sunt vel exheredandi).*

PALABRAS CLAVES: Autonomía de la voluntad. Preterición. Legítimas. Libertad de testar.

KEY WORD: *Autonomy of the choice. Preterition. Legitimate. Freedom of testament.*

* Agradezco al Departamento de Derecho civil de la UNED y en particular a su Director el Catedrático de Derecho civil, el Profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, sus enseñanzas. Asimismo dejo testimonio de la inestimable ayuda y colaboración de la Profesora M.^a Fernanda MORETÓN SANZ.

SUMARIO: I. AUTONOMÍA PRIVADA, LIBERTAD PARA TESTAR Y SUS CONSECUENCIAS EN LA PRETERICIÓN.—II. LA PRETERICIÓN EN LOS DERECHOS FORALES: 1. EL CASO NAVARRO: ESPECIALIDADES. 2. CUESTIONES SOBRE LA PRETERICIÓN EN EL PAÍS VASCO: A) *Régimen general*: a) Régimen especial del Valle de Ayala. 3. EL SUPUESTO EN ARAGÓN Y EL GRADO PREFERENTE. 4. PRESUPUESTOS PARA LA PRETERICIÓN EFECTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN. 5. BALEARES, MALLORCA Y MENORCA. 6. EL NUEVO DERECHO CIVIL GALLEGO.—III. CUESTIONES SOBRE DERECHO COMPARADO: 1. EEUU. 2. GRAN BRETAÑA: INGLATERRA Y ESCOCIA. 3. ALEMANIA. 4. FRANCIA. 5. ITALIA.—IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.

I. AUTONOMÍA PRIVADA, LIBERTAD PARA TESTAR Y SUS CONSECUENCIAS EN LA PRETERICIÓN

La libertad para testar, la autonomía, requiere como condición indispensable una voluntad no viciada. La voluntad del testador ha de ser una voluntad libre de errores —voluntad que debe gozar de la máxima protección—¹, y es ahí donde aparece la figura de la preterición². Instituto que brilla con luz propia cuando de la preterición errónea se trata.

El término «preterir» significa omitir. En sede jurídica proviene del Derecho romano, según el cual los *sui* debían ser mencionados en el testamento para ser instituidos herederos o para desheredarlos (*sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*)³. En Roma, la preterición antecede a la *portio debita*, a la legítima. Mientras cabe hablar de la legítima tanto en la sucesión testada como en la intestada, de la preterición solo cabe hablar en la sucesión testada. Con la preterición lo que se protege es la voluntad⁴.

Este de la preterición es un tema clásico ya desde Roma, que atravesó por una enconada polémica en el *ius commune* y que llegó sin resolver al Código Civil puesto que no se distinguió entre preterición intencional y errónea, y su deslinde respecto de la figura de la desheredación no resultaba fácil⁵.

Sorprendentemente el Código Civil no nos ofrece una noción de preterición, dándolo por supuesto, por sabido e inequívoco⁶. Nada más lejos de la realidad, hasta el punto de que como afirma BOLÁS ALFONSO podría decirse que cada autor ha elaborado su propio concepto⁷. Elegimos la que este autor da a la vista de las Sentencias del TS: «La falta de mención de un heredero forzoso en el testamento, o la mención insuficiente por no ir acompañada de desheredación o de disposición patrimonial hecha en el mismo testamento o relacionada en él por haberse efectuado anteriormente por cualquier otro título»⁸. Es decir, o no se le menciona, o se le menciona sin desheredarlo o sin hacerle o haberle hecho atribución patrimonial alguna⁹. Aunque si se le menciona y nada se le deja, habiendo dispuesto íntegramente de todo el haber relicto, caso de que de la interpretación del testamento resulte la intención de excluirlo, cabrá hablar de desheredación no legal¹⁰. Si se le deshereda serán de aplicación las normas de la desheredación (arts. 848 y sigs. del Código Civil); si se le hace una atribución insuficiente procederá la acción de complemento de legítima (art. 815 del Código Civil).

Antes de entrar de lleno en el estudio del Derecho positivo, de la mano de VALLET DE GOYTISOLO¹¹ constatamos que a lo largo de la Historia del Derecho los deberes formales legitimarios permiten encajar la preterición en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Si el legitimario no hubiese sido instituido heredero ni desheredado formalmente, aun cuando no se requiera causa para desheredar.
- b) Si el legitimario no recibiese nada del causante por cualquier acto lucrativo, ni se le hubiere excluido formalmente, o apartado formalmente caso de no recibir nada real y efectivo.
- c) Si el legitimario no hubiese sido ni siquiera mencionado.

Un breve apunte de la historia reciente. El artículo 814 del Código Civil ha visto tres redacciones: la originaria de 1889, la dada por la Ley de 24 de abril de 1958¹² y la actual que se debe a la Ley de 13 de mayo de 1981¹³. Hasta la Ley de 1981 no se ha distinguido entre preterición intencional y preterición errónea o no intencional¹⁴.

Según las redacciones anteriores¹⁵, la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulaba la institución de heredero, subsistiendo las mandas y mejoras en cuanto no fueran inoficiosas. En los casos de preterición intencional resultaba que era excesivo, puesto que no era necesario para proteger al legitimario, mientras que era insuficiente en la preterición no intencional ya que al dejar subsistentes las mandas y mejoras lo que quedaba a salvo no era la cuota intestada sino la legítima estricta, la voluntad viciada del testador seguía surtiendo efectos¹⁶. La dificultad para proteger la voluntad del testador era grande puesto que el artículo 673 del Código Civil no incluye el error entre las causas de nulidad del testamento.

La nueva redacción del artículo 814 del Código Civil —asevera MIQUEL GONZÁLEZ— «debería conducir a suprimir la preterición intencional como supuesto de hecho diferente de otros, es decir, no debería ser un supuesto de hecho con consecuencias distintas de las que produce la falta de cobertura parcial, excepto naturalmente en el aspecto cuantitativo [...] la preterición como institución autónoma solo se justifica en cuanto plantea un problema sobre la voluntad del testador respecto de personas que están íntimamente vinculadas a él y que son herederos abintestato especialmente cualificados por ser también herederos forzosos»¹⁷. En realidad, la preterición intencional y la errónea solo tienen en común el nombre y una tradición de confusión.

Decíamos que la actual redacción del artículo 814 del Código Civil distingue entre preterición intencional (aunque omite este sintagma) y preterición no intencional «de modo que la diferencia de ambas clases de preterición del legitimario reside, además de cómo es evidente en la formación equivocada o consciente del causante, en los efectos que producirá la calificación de dicha omisión como deliberada o como errónea»¹⁸.

La preterición intencional tiene lugar cuando el testador no ha mencionado al legitimario, no por desconocimiento o error sino porque no ha querido. La preterición intencional, que se extiende a todo tipo de legitimarios, dará lugar a la reducción¹⁹ de la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias²⁰ (art. 814.1 del Código Civil).

MIQUEL GONZÁLEZ se plantea si el preterido intencional debe de recibir la legítima estricta según criterio de la doctrina mayoritaria o si, por el contrario, resulta preceptivo que el testador lo haya dispuesto así, aunque si el testador ha dispuesto algo no habrá preterición. Si no ha dispuesto nada, pero ha tenido al legitimario presente²¹, habrá una ausencia de declaración de voluntad respecto de los herederos forzosos, siendo cuando menos extraño que esta ausencia de voluntad suponga una voluntad de reducirles a la legítima estricta²².

Sostiene, contra la corriente doctrinal dominante²³, entendemos que acertadamente, que «el problema de la preterición no es un problema de legítima, porque no siempre otorga la cuota de legítima, sino la cuota intestada a través de la nulidad de la institución de heredero (claramente en caso de preterición no intencional) [...] Lo que está relacionado con la falta de declaración de voluntad testamentaria es la sucesión intestada, no la legítima»²⁴. Si el legitimario preterido únicamente tuviera derecho a la legítima estricta, el artículo 814.1 del Código Civil no se referiría a la reducción de las mejoras.

De modo que, si el legislador hubiese considerado que con la preterición se protegen las legítimas no hubiera sancionado más duramente la preterición no intencional que la intencional. Por tanto, «lo que parece más ajustado al texto es que en el supuesto de preterición intencional el legitimario omitido tiene derecho a la parte alícuota correspondiente de los dos tercios de legítima, incluso si hay mejoras dispuestas por el testador, cuya reducción es la que se prevé»²⁵. «La voluntad del testador es irrelevante respecto de las legítimas, en el sentido de que no puede desconocerlas y es también irrelevante si las desconoce con intención o sin ella; por consiguiente, si la preterición fuera una institución protectora de la legítima sería irrelevante la distinción entre preterición intencional y no intencional»²⁶.

Con la preterición no intencional o errónea lo que se pretende proteger no es la legítima sino la presunta o hipotética voluntad del testador cuando se encuentra viciada por error o ignorancia²⁷.

En el caso de la preterición no intencional de hijos o descendientes, la anulación de la institución de heredero tiene por objeto atribuir al legitimario la cuota intestada solo reducida por legados y mejoras no inoficiosas²⁸ —incluso por la institución de heredero en favor del cónyuge (art. 814.2. 2.º del Código Civil)—, legados y mejoras que deberán respetar la legítima estricta²⁹. Y si la preterición no intencional de hijos o descendientes es de todos los legitimarios, la cuota intestada sin reducciones porque quedan anuladas todas las disposiciones patrimoniales³⁰; aquí es donde, entendemos, la preterición queda totalmente desligada de la legítima.

Aunque para establecer la distinción entre preterición intencional de algunos y la no intencional de todos, el legislador presuma en el primer caso que el error solo ha sido determinante en la institución de heredero y en el segundo en toda la distribución del patrimonio, entendemos que en el primer caso el testador de haber conocido la existencia de otro hijo tal vez no hubiera ordenado las mandas y legados o no lo hubiera hecho como lo hizo (deja, además, bastante a salvo la institución de heredero en favor del cónyuge), con lo cual en ambos casos la voluntad del testador está viciada por error y en ambos casos debería comportar la nulidad de la institución y de todas las disposiciones patrimoniales. Como afirmaba ROCA SASTRE «puede darse el resultado de que un padre por creer equivocadamente que uno de sus hijos ha muerto lo omite en su testamento y distribuya en este su herencia, o gran parte de ella, en legados y mejoras a favor de sus restantes hijos, encontrándose dicho hijo preterido por error, reducido su derecho a poder únicamente reclamar su legítima estricta (cf. Sentencia del 2 de julio de 1904). No es más grave que esto cuando dicho hijo preterido es único y los legados están ordenados a favor de personas extrañas»³¹. Y, como apunta LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «al caer la institución de heredero, conservándose los legados no inoficiosos, es obvio que pierde el instituido. E incluso si entendemos que al caer la institución de heredero se abre la sucesión *abintestato* en regla, en esa sucesión *abintestato* participarán todos los hijos (o descendientes de ulterior grado, en su caso), pudiendo el (o los) legatario recibir en concepto de heredero

abintestato una atribución patrimonial, no prevista por el testador, a costa del contenido material de la institución de heredero anulada»³².

El Profesor MIQUEL trae acertadamente a colación la STS de 4 de mayo de 1966 (*RJ* 1966, 2290) que resuelve un problema de voluntad del testador en un caso en el que es de aplicación el Derecho catalán. La Sentencia dice así: «Que exigido por el Derecho Romano, al que ha de acudir para determinar, cómo ha de ser mencionado el póstumo para no conceptuarlo preterido, que tanto para instituir, como para desheredar, se requiere la designación nominativa de los herederos necesarios, esta exigencia comprende, indudablemente, también a los “postumis sui” —Digesto, 28, 3, 3, 5—, ya que al ser legitimarios del paterfamilias en ellos concurre, aun acrecentada, la razón que justifica la necesidad de designar nominativamente al hijo que se deshereda, sin que esta exigencia, como la doctrina científica advierte, suponga una consignación de nombre, del que al estar [¿concebido?] se carece, sino simplemente una determinación clara, precisa y en todo caso individualizada, que notoriamente muestre, cómo el designado, fue contemplado singularmente al hacer la declaración de voluntad, sin que quepa una determinación “inter ceteros”, siempre requirente de suponer comprendido en ella lo que por no ser mencionado singularmente ni fue contemplado por el testador ni por ende, señalado en la forma requerida por el Derecho»³³, y sostiene el Profesor MIQUEL que «parece lo más plausible que un testador medio no quiera que sus hermanos hereden $\frac{3}{4}$ de la herencia y su hijo $\frac{1}{4}$, salvo que lo haya establecido claramente así (recuérdese que era aplicable el Derecho catalán, en el que la legítima es un cuarto). Entender que esa es la voluntad del testador que no ha previsto la existencia del hijo, es sencillamente indefendible. El caso muestra además que la preterición importa tanto más cuanto *menor* sea la cuantía de la legítima»³⁴. Efectivamente, «la preterición es tanto más importante en un Ordenamiento jurídico cuanto más libertad de testar exista en él, precisamente por ser un problema de falta de declaración de voluntad del testador»³⁵. Es decir, cuanto más reducida sea la legítima material, más importancia tendrá la legítima formal para evitar la preterición no intencional y salvaguardar la voluntad del testador y por ende su libertad. Está clarísimo que con la preterición no intencional en modo alguno se pretende proteger la legítima material. En la preterición el testador no dice nada y como no dice nada tampoco dice que no quiere dejar nada.

Es pacífica doctrina considerar que en el caso de hijos nacidos (y aún más concebidos) después de otorgado el testamento, si no se mencionan, la preterición es no intencional, siendo la posibilidad de revocar el testamento irrelevante para esta calificación, como así resulta de la esclarecedora STS núm. 17, 2001 de 23 de enero (*RJ* 2001, 997) FD 3.º: «se presenta como inadmisibles valorar la inactividad testamentaria de don Fernando Javier entre el 13 de febrero de 1991 y el 5 de febrero de 1994 como producto de su deliberada voluntad de reducir a su hijo extramatrimonial a la legítima estricta que pudiera corresponderle, lo que convertiría en intencional su pretensión. Muy al contrario, según pacífica doctrina, en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada “ex re ipsa”. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento [...] es cierto que la voluntad del testador ha de considerarse como realmente relevante —así lo dispone el artículo 675 del Código Civil— pero precisamente la concreta voluntad que el testador ha formado en atención a la realidad o a la situación que puede contemplar y valorar en el momento en que

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

Como muy acertadamente trae a colación mi ilustre y docta Maestra, la Profesora MORETÓN SANZ, temprana jurisprudencia del TS «aprecia la concurrencia de preterición “si un descendiente no es mencionado en el testamento, aunque se le hubiesen otorgado donaciones *inter vivos* con carácter de anticipo de legítima (SSTS de 17 de junio de 1908 y 17 de junio de 1932)”»³⁶. Es decir, la donación recibida por un heredero forzoso no excluye la preterición a no ser que el testador mencione en el testamento al hijo y diga que no le deja nada por haberle hecho una donación con anterioridad, sea o no sea cierto³⁷. Postura que tiene algunos detractores³⁸. De todos modos esto es lo que resulta de la STS de 20 de febrero de 1981 (*RJ* 1981, 534)³⁹ cuando después de constatar que la testadora «justifica la razón de no dejar nada a este por herencia en el testamento ahora impugnado y que no es otra que la de “haberle dado ya mucho más de lo que por legítima acreditaría”» dice que no se ha producido «la preterición del actor recurrente como heredero forzoso de la testadora, al no haber habido omisión o falta de mención del mismo en el testamento». «La preterición hay que valorarla con respecto al momento de otorgamiento del testamento, no a la muerte»⁴⁰. Y para evitar la preterición no intencional hay que mencionar o tener en mente al legitimario en el momento de otorgar el testamento⁴¹.

Merece atención el caso del hijo “superpóstumo”, es decir, el concebido después del fallecimiento del causante. El artículo 9.2 y 3 de la Ley 14, 2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé que el varón pueda prestar su consentimiento por escrito «para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer», presumiendo otorgado el consentimiento «cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con posterioridad al fallecimiento del marido». La generación derivada de la aplicación de estas técnicas «producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial» o extramatrimonial. Pues bien, la omisión en el testamento del hijo concebido y nacido —mediante la utilización de estas técnicas— con posterioridad al fallecimiento del causante constituirá un caso de preterición que se calificará de no intencional o errónea en el caso de que el consentimiento para la utilización del material reproductor se hubiere producido con posterioridad al otorgamiento del testamento⁴².

Si no existieran las normas sobre preterición no intencional habría que impugnar por error sobre la base del artículo 767 del Código Civil lo cual exigiría probar que no se habrían adoptado las disposiciones patrimoniales de haber conocido o previsto la existencia del hijo preterido⁴³. Aunque tal vez, como entiende JIMÉNEZ GALLEGU, «el artículo 767 solo puede aplicarse cuando el testador explica en el testamento la razón por la que instituye a tal persona [...] El artículo 767 tiene su propio campo de aplicación y debe distinguirse de los supuestos del artículo 814»⁴⁴.

Quedan fuera de la regulación de la preterición no intencional del artículo 814 del Código Civil la del cónyuge y la de los ascendientes⁴⁵, que siendo difíciles, no son imposibles⁴⁶. Cabe enfocar la resolución de este problema por la vía del artículo 767 del Código Civil o por la del 814.1 del Código Civil. La vía de la

preterición del artículo 814.1 del Código Civil, por la que algunos autores se inclinan⁴⁷, únicamente proporcionará la legítima y resultando vedado el régimen «privilegiado» del artículo 814.2 del Código Civil, la solución tendrá que venir de la mano del artículo 767 del Código Civil y «probar la falsedad de la causa de la institución, así como su *carácter determinante*»⁴⁸. En el régimen de la preterición bastará con probar el error sin que sea necesario probar su carácter determinante.

Como la preterición no intencional no es un problema de legítima sino de voluntad del testador⁴⁹, procede una acción de nulidad *ipso iure* que deberá aceptarse de oficio por jueces, notarios y registradores⁵⁰; mientras que con la acción de preterición intencional lo que se pretende es la legítima material, procediendo una acción rescisoria⁵¹. Este era el criterio del TS hasta que con la Sentencia núm. 695, 2014, de 10 de diciembre⁵² (*RJ* 2014, 6842) se produce un cambio de doctrina. En su FD 2.º 4. dice: «la cuestión interpretativa que presenta el artículo 814 del Código Civil acerca de la naturaleza de la ineficacia derivada y su relación con los regímenes típicos de la misma, nulidad radical, anulabilidad o rescisión, debe de ser resuelta en favor de este último por razón de su carácter funcional, parcial, relativo y sanable [...] En primer lugar debe señalarse que la interpretación rectora del artículo 814 en relación con la preterición no intencional de hijos y descendientes, sin resultar todos ellos preteridos, caso que nos ocupa, lejos de descansar en la mera literalidad del apartado segundo, esto es, la anulación de la institución de herederos, se apoya en la voluntad testamentaria (*voluntas testatoris*) como ley suprema de la sucesión, tal y como establece su párrafo final: “A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador” y confirma sistemáticamente el citado apartado segundo, en donde la referida anulación de la institución de heredero se realiza sin perjuicio de “las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título” [...] el vicio o defecto que presenta la declaración testamentaria no responde a una ineficacia estructural, propia de la nulidad o anulabilidad, sino a una ineficacia funcional que parte, en todo caso, de la validez estructural de lo ordenado por el testador para purgar o ajustar a Derecho los efectos que resulten lesivos de dicha declaración [...] el criterio sustentado viene confirmado tanto por la posibilidad de renunciabilidad de la acción de impugnación por preterición y su no declaración de oficio, como por la validez de la transacción al respecto; pero, sobre todo, tal y como expresamente destaca la Sentencia citada de 3 de noviembre de 2014 (núm. 587, 2014), por la interpretación sistemática que a estos efectos cabe establecer entre los artículos 764 y 814 del Código Civil en orden a la preferencia de la validez testamentaria aun en el supuesto de que carezca de institución de heredero o que dicha institución resulte ineficaz».

Esta Sentencia lo que hace es seguir a pie juntillas la doctrina de VALLET DE GOYTISOLO quien considera que nos encontramos ante una acción rescisoria de tipo personalísimo sobre la base de que la preterición es un vicio que puede sanarse si los herederos forzosos mueren antes que el testador; si el heredero forzoso preterido fuere indigno de suceder al testador y este sabiéndolo no se lo remitiere de acuerdo con el artículo 757 del Código Civil; o si los preteridos, teniendo capacidad suficiente al respecto, renunciaran a ejercitar su acción de impugnación o transigieren con los instituidos herederos⁵³. Por el antecedente histórico de la absorción del «*ius dicendi nullum*» por la «querella inofficiosi testamenti»⁵⁴ y «por la consideración de que el vicio de que tratamos es sanable y no produce una nulidad absoluta ni automática. Por ello, parece que la acción de impugnación, a la que da lugar, semeja más una acción de rescisión que de nulidad o anulación. A mi juicio, nos hallamos ante una acción rescisoria de tipo personalísimo, como la querella inofficiosi testamenti»⁵⁵.

Ahora bien, como sostiene GAGOS, la convalidación no es incompatible con la nulidad de la institución puesto que el legitimario puede renunciar a sus derechos hereditarios al no ejercitar la acción de preterición, en consecuencia «no resulta necesario atribuir naturaleza rescisoria a la acción de preterición para poder explicar la referida *convalidación* que de la institución de herederos se produce en los casos de renuncia del legitimario preterido o convenio de este con los instituidos»⁵⁶.

Como nos recordó la Profesora MORETÓN SANZ, la DGRN ya en su Resolución de 10 de mayo de 1950 sostenía que «si los preteridos convienen con los instituidos en no impugnar la institución hereditaria y en distribuir y adjudicar los bienes, serán válidas las particiones del caudal relicto, porque los interesados, según la Sentencia de 7 de noviembre de 1935, “pueden, de común acuerdo, prescindir de las disposiciones testamentarias y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia”»⁵⁷.

Por nuestra parte, entendemos que dado que la rescisión⁵⁸ —que perteneciendo al ámbito del contrato faculta a una de las partes para pedir la extinción⁵⁹— presupone un negocio jurídico válido⁶⁰, no cabe hablar de esta figura al tratar de la preterición errónea y sí de anulabilidad⁶¹ puesto que el error es un vicio que afecta a un elemento esencial del negocio jurídico: el consentimiento, es decir, la voluntad⁶². Por supuesto que comporta una ineficacia estructural. El TS había hablado de nulidad dado que implica violación de normas imperativas. En cualquier caso nos parece un despropósito hablar de rescisión. La disquisición no es baladí puesto que el plazo de cuatro años en la rescisión es de caducidad, eso sí, para los sujetos a tutela (o patria potestad) y para los ausentes se empieza a contar desde el cese de la incapacidad y desde que se conozca el domicilio, respectivamente (art. 1299 del Código Civil). Caso de tratarse de nulidad el plazo sería de prescripción de quince años.

En cuanto a la partición, el TS, interpretando el artículo 1080 del Código Civil, en Sentencia núm. 325, 2010, de 31 de mayo⁶³ (*RJ* 2010, 2653) FD 4.º dispuso 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 la partición». Pues bien, la STS de 10 de diciembre de 2014 analizada, en su FD 2.º 5. declara 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».

El artículo 814.3 del Código Civil dispone que «los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representan a este en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos»⁶⁴. Es el derecho de representación en la sucesión testada contenido en una disposición desubicada⁶⁵. El Profesor LASARTE después de referirse a que cierto sector doctrinal que considera que nos encontramos ante un *lapsus* técnico del legislador y aunque otro entienda que tal «derecho de representación debería restringirse a cuanto correspondiera por legítima al descendiente fallecido»⁶⁶, sostiene que «si bien es cierto que el legislador lo que realmente buscaba era evitar la preterición de los descendientes de un descendiente premuerto que son, a su vez, legitimarios, puede colegirse que la norma viene a introducir un verdadero derecho de representación en la sucesión testamentaria, aunque especial y limitado para el caso específico que

contempla, a saber, la premoriencia del instituido en primer lugar y solo respecto a sus descendientes [...] si no se les considera preteridos, es precisamente porque se entiende que son llamados en la misma medida que lo fue el representado. Así, el representante o, mejor, los representantes, ocuparía/an la posición exacta del representado en la herencia del ascendiente común, extendiéndose naturalmente su sucesión tanto a los derechos como las obligaciones»⁶⁷. MADRIÑÁN VÁZQUEZ entiende que «nos encontramos ante una norma permisiva de la representación en la sucesión testamentaria para el caso específico que contempla y solo para tal supuesto, ya que si el legislador hubiera querido introducir un derecho de representación de carácter general en la sucesión testada, lo habría realizado regulando el supuesto en la sección propia de la representación sucesoria. Por ello, debe entenderse que la inclusión de la representación en el artículo 814 implica que solo ahí se admite la representación y con una finalidad muy específica, a saber, evitar un supuesto de preterición»⁶⁸. Es decir, «el especial derecho de representación consagrado no se extiende más que a favor de los descendientes en los que concurra la cualidad de legitimarios, y por ello no cubrirá la mejora —y menos el tercio libre— cuando aquella o este queden atribuidos a persona que no ostente esa doble condición»⁶⁹. *Contrario sensu*, si se trata de descendientes que reúnan la cualidad de legitimarios, la representación lo cubrirá todo, y ello sobre la base de la presunta voluntad del causante.

El último párrafo del artículo 814 del Código Civil dispone que «a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador»⁷⁰. REY PORTOLÉS considera que «este último párrafo convierte en dispositivo —para el testador— todo el instituto de la preterición, con tal de que queden indemnes las legítimas»⁷¹. En contra se manifiesta con toda la rotundidad el Profesor MIQUEL quien después de afirmar que las normas sobre preterición no intencional no son dispositivas afirma: «Me parece una contradicción creer que el testador pueda disponer una regulación para el caso de su error o imprevisión [...] La renuncia a la ley aplicable en perjuicio de un tercero no es admisible de la misma manera que no es renunciable la acción revocatoria de donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos. No es lo mismo evitar que se produzca la preterición no intencional que establecer reglas para el caso de la preterición no intencional, distintas de las legales. Si estas cláusulas además se establecen para reducir los derechos de los hijos extramatrimoniales, me parece que sobran los comentarios sobre su ilicitud»⁷². O como dice LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «el último párrafo del artículo 814 nos remite a la voluntad real del testador» y «jamás sabremos cuál hubiera sido su voluntad real de conocer la existencia del preterido, puesto que partimos de la base de que no la conocía»⁷³.

En cambio, en la preterición intencional, tal vez quepa que el testador establezca un orden de reducciones diferente.

Una última cuestión. Los herederos forzosos preteridos disponen de dos acciones: la acción de preterición y la acción de petición de herencia. Se trata de dilucidar si la segunda trae causa de la primera, con el consiguiente orden de prelación en su ejercicio o, por el contrario, si se puede ejercitar directamente la acción de petición de herencia. Pues bien, este es el criterio sustentado por la STS núm. 725, 2002, de 9 de julio (RJ 2002, 8237) cuando en su FD 6.º dice que «la acción de petición de herencia se ha tratado en la doctrina como la que ejercita el heredero frente a quien detenta la herencia y se ha ampliado en la jurisprudencia a la que ejercita la persona para que se le declare heredero y se le atribuya la cuota que le corresponde. Este es el caso que contempló la Sentencia de 6 de noviembre de 1998 en que se pidió y se dio lugar a ser declarado

heredero y, asimismo, se ordenó “llevar a cabo la partición de la herencia por los trámites de la testamentaria, adjudicándose al actor la cuota correspondiente”». No difiere de la anterior lo que resulta de la argumentación de la STS núm. 339, 2015, de 23 de junio (RJ 2015, 2547) que considera la acción de petición de herencia instrumento apto para obtener un título que habilite a los preteridos para ser parte en la sucesión. «Es por lo que puede llegar a sugerirse que este equiparación jurisprudencial de la acción de preterición [...] y la acción de petición de herencia, erradica, en cierta manera, el sentido “teórico” que la doctrina otorga a la *praeteritio*. Si la obtención de condición de legitimario [...] no se supedita a la institución de la preterición se sugiere que la misma carece de practicidad: evoca la desaparición de la histórica *praeteritio*»⁷⁴. Aunque no es nada desdeñable apuntar que la acción de preterición al tratarse de una acción personal prescribe a los cinco años (art. 1964.2 del Código Civil) mientras que la acción de petición de herencia lo hace a los treinta (art. 1963 del Código Civil).

II. LA PRETERICIÓN EN LOS DERECHOS FORALES

1. EL CASO NAVARRO: ESPECIALIDADES

En Navarra existe preterición sin que haya legítima material de los descendientes⁷⁵, sin que haya *portio debita*. La institución en la legítima se puede hacer en forma colectiva (Ley 269). Consiste en la atribución formal a cada uno de los legitimarios de cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles o una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles, y no tiene contenido patrimonial exigible (Ley 267 FN). «Mediante cláusulas *inter ceteros* en el testamento o pacto sucesorio basta para cumplir con el mandato imperativo de la legítima foral, incluso mediante cláusulas a favor de “mis hijos” o “los que tengan derecho a la legítima en el momento de apertura de la sucesión”. Dicha mención *inter ceteros* servirá para evitar la preterición»⁷⁶. La preterición tiene por efecto la nulidad de la institución de heredero, dejando a salvo las demás disposiciones, y únicamente podrán ejercitar la acción de impugnación el legitimario preterido o sus herederos (Ley 271 FN). No distingue entre preterición intencional y no intencional. Queda claro que la importancia de la legítima formal aparece en sistemas sin legítima material. Sirve para acreditar que el causante tuvo presentes a los legitimarios en el momento de otorgar testamento⁷⁷. La preterición da lugar a la sucesión *abintestato*, lo que muestra el interés por la voluntad presunta del testador.

No hay preterición (Ley 270):

- Cuando el disponente hubiera dotado a los legitimarios
- Cuando les hubiera atribuido cualquier liberalidad a título *mortis causa*.
- Cuando los hubiere desheredado justamente.
- Cuando hubieren renunciado a la herencia.
- Cuando hubieren premuerto sin dejar descendencia con derecho a legítima.

La Ley 154 establece que «las disposiciones a título lucrativo, por actos vivos o *mortis causa*, pueden hacerse a favor del concebido, e incluso a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada que viva al tiempo de la donación o al de la muerte del testador». Esto permitirá evitar la preterición en el caso de que con posterioridad al otorgamiento del testamento se autorice la utilización del material reproductor para la fecundación *post mortem*.

2. CUESTIONES SOBRE LA PRETERICIÓN EN EL PAÍS VASCO

A) Régimen general

En el País Vasco, la Ley 3, 1992, de 1 de julio, del Derecho civil Foral del País Vasco (LDCF) en su artículo 54 permitía, al tratarse de una legítima colectiva, distribuir libremente la legítima entre los legitimarios, o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás sin fórmula especial de apartamiento, y la preterición no intencional confería derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido.

El artículo 48.2 de la Ley 5, 2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco (LDCV) dispone que «el causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita», el 48.4 que «la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento» y el 51.2 que «la preterición de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial». Es decir, que solo la preterición de todos los legitimarios da lugar a la sucesión *abintestato*. En la Ley de 1992 la preterición no intencional daba derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido (art. 54 párrafo 3.º), en la actual regulación cuando la preterición no intencional no es de todos los legitimarios, nada ocurre. GALICIA AIZPURUA clama diciendo que «merece la pena subrayar que la solución adoptada por la LDCV no tiene parangón entre los ordenamientos civiles españoles, ya que en todos, a la vista del vicio que la voluntad del causante sufre en estas hipótesis, se anuda a ellas alguna consecuencia especial»⁷⁸. Si son preteridos erróneamente todos los legitimarios, son nulas las disposiciones de contenido patrimonial, si no son preteridos erróneamente todos, no pasa nada.

a) Régimen especial del Valle de Ayala

En el Valle de Ayala, en cambio, la regulación de 1992 en su artículo 134 disponía: «1. Los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren. 2. Se entenderá por herederos forzosos los descendientes, ascendientes y el cónyuge, en los casos establecidos en el Código Civil»⁷⁹, y que «el heredero forzoso preterido no intencionalmente podrá reclamar su legítima. La institución de heredero y demás disposiciones testamentarias se reducirán en cuanto perjudiquen a dicha legítima» (art. 137). En caso de preterición no intencional la legítima se determinará con arreglo al Código Civil, si son preteridos todos los descendientes, estos tendrán derecho a la legítima larga. Si únicamente es preterido alguno de ellos tendrá derecho a recibir tanto como el legitimario menos favorecido y, como mínimo, la legítima estricta (art. 138).

Si bien no está en el origen del Fuero⁸⁰, mediante «la necesidad de apartar a los herederos forzosos [...] el legislador colmaba una necesidad esencial: se aseguraba de que la exclusión sucesoria, por el *de cuius*, de sus parientes más cercanos había sido realizada adrede y a plena conciencia, descartando al tiempo cualquier hipotético error (cualquier desvarío) en la formación de su voluntad *mortis causa*»⁸¹. Aunque parecía una institución protectora, no tanto de la voluntad del testador como de la legítima.

La Ley de 2015 en su artículo 89 dispone que «1. Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho. 2. Se entiende por legitimarios los que lo fueren con arreglo al artículo 47 de esta ley» y según el artículo 90.2 «La omisión del apartamiento producirá los efectos que se establecen en el artículo 48.3». Es decir «la omisión del apartamiento equivale a apartamiento tácito». Entiende GALICIA AIZPURUA que esto último podría considerarse una presunción en favor de la preterición intencional, «pero ¿significa esto que, de acreditarse fehacientemente el carácter erróneo de la preterición, tiene el preterido acción para reclamar? O sea: ¿las hipótesis de preterición errónea parcial se hacen acreedoras a algún remedio, tal cual acontecía en la LDCF de 1992, o ha de seguirse por el contrario la solución establecida con alcance general en el artículo 48.4 la LDCV? La conclusión lógica consiste en mantener que, pese a la ausencia de una remisión expresa a este último precepto (probablemente achacable a un lapsus del legislador), sus prescripciones deben, con base en una interpretación integradora y sistemática de la Ley, aplicarse también en Ayala, con lo que la preterición no intencional de un descendiente heredero forzoso equivale a su apartamiento. En cuanto a los casos de preterición total, solo la errónea propiciará la nulidad de las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial (art. 51.2), mientras que la hecha adrede supondrá la exclusión definitiva de los legitimarios atendida la libérrima libertad dispositiva del vecino ayalés»⁸².

3. EL SUPUESTO EN ARAGÓN Y EL GRADO PREFERENTE

En Aragón, se entenderán preteridos los legitimarios de grado preferente que, no siendo favorecidos en vida del causante ni en la sucesión legal, no hayan sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia (art. 503.1 CDFA), no considerándose preteridos «quienes en el momento de la delación de la herencia son legitimarios de grado preferente por sustitución de un ascendiente que no había sido preterido» (art. 503.1). La preterición se presume intencional, salvo prueba en contrario (art. 505.2). Se prescinde del término «legítima formal» que empleaba la Compilación. No existe una legítima formal distinta de la material. Por otra parte, se da un concepto de preterición cosa que no hace el Código Civil.

Para que no haya preterición será suficiente «cualquier mención del legitimario en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura en la que se ordene la sucesión, aun sin disposición alguna a su favor ni exclusión expresa de la legítima o de beneficios sucesorios» (art. 504.1). «Es también suficiente cualquier atribución de carácter simbólico o de valor irrelevante» (art. 504.2). Digno de alabanza, dice el Profesor MIQUEL⁸³, lo que disponía el artículo 189.3 de la Ley de Sucesiones y hoy 504.3 CDFA: «No es mención suficiente, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento o la escritura, el uso de expresiones no referidas expresamente a ellos. Tampoco es mención suficiente la referencia a un descendiente como fallecido cuando en realidad vive».

Es decir, para resultar preterido es necesario no haber sido favorecido en vida o en la sucesión legal, o no haber sido mencionado en el pacto, en el testamento o en el acto de ejecución de la fiducia, o sea que «la preterición consiste por tanto en una infracción, frente al descendiente inmediato que no ha recibido liberalidades computables, del deber de legítima formal»⁸⁴. La preterición en

Derecho aragonés es básicamente una infracción de la legítima formal y no cabe duda de que es una consecuencia de la libertad de testar relativa que supone la legítima colectiva⁸⁵.

El legitimario preterido intencionalmente tiene derecho a reclamar la legítima colectiva frente a terceros cuando exista lesión de la misma (art. 507), así como alimentos en los términos del artículo 515⁸⁶.

El legitimario preterido no intencionalmente «tiene derecho, salvo previsión distinta del disponente, a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido por aquel. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente la participación de los restantes legitimarios, aunque estos tendrán derecho a pagar al preterido su parte en metálico...» (art. 508.1). Se convierte la legítima del preterido, caso de que los restantes legitimarios opten por pagar en dinero, en una *pars valoris*. Pero «cuando todos o el único legitimario de grado preferente hayan sido preteridos no intencionalmente y no haya sido designado heredero o legatario ningún otro descendiente, se produce la delación legal de todo el caudal relicto» (art. 508.2). Y «el preterido no intencionalmente tendrá, además, el derecho que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma» (art. 508.3).

Hay que tener en cuenta que dado que se puede disponer en favor del *concepturus* —el artículo 325.1 establece que «en la sucesión voluntaria puede disponerse a favor de los hijos no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión»—, ello evitará la preterición no intencional en caso de fecundación *post mortem* cuando el consentimiento para la utilización del material reproductor se hubiere producido con posterioridad al otorgamiento del testamento.

4. PRESUPUESTOS PARA LA PRETERICIÓN EFECTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN

En Cataluña, según el artículo 451-16 CCCat para que un legitimario se considere preterido es preciso que no se le haya hecho ninguna atribución en concepto de legítima o imputable a ella⁸⁷ y que tampoco haya sido desheredado⁸⁸, pudiendo el preterido intencionalmente exigir lo que por legítima le corresponda. La preterición errónea —que poco tiene que ver con la legítima y mucho con la voluntad del testador⁸⁹— cuando se refiere a hijos o descendientes que han nacido o devenido legitimarios con posterioridad al otorgamiento del testamento, o cuya existencia el causante ignoraba en el momento de testar, concede acción a legitimario para pedir la nulidad del testamento, con las excepciones siguientes:

- Si ha sido instituido heredero único el cónyuge o conviviente en pareja estable.
- Si ha sido instituido heredero único a un hijo u otro descendiente y al otorgar testamento tenía más de un hijo o un hijo y una stirpe del hijo premuerto.
- Si la relación de filiación en virtud de la cual deviene legitimario ha quedado legalmente determinada con posterioridad a la muerte del causante.

Estas excepciones no se contemplaron en la versión inicial de la Compilación de 1960, si bien aparecieron (art. 141) a raíz de la Ley 13, 1984 de 20 de marzo, pasando al artículo 139 por obra de la Ley 8, 1990, de 9 de abril, de modificación de la regulación de la legítima, y con ligeras modificaciones al Código de

Sucesiones y al CCCat. LAMARCA I MARQUÉS las justifica diciendo que lo que está protegiendo el precepto es la presunta voluntad del testador en favor de sus hijos, si hay circunstancias que permiten descartar esta voluntad presunta u otros supuestos excepcionales en los que no parece razonable mantener los efectos de la presunción, procede suavizar la regla, dando lugar únicamente a la acción para reclamar la legítima⁹⁰. Por nuestra parte, consideramos que estas excepciones significan que la protección del cónyuge o conviviente sobreviviente heredero único o del hijo también único heredero prima sobre una voluntad del testador que produce sus efectos aun cuando se haya conformado erróneamente, de una voluntad testamentaria que de no existir el error tal vez hubiese sido distinta. Por otra parte, mientras que los póstumos matrimoniales podrán pedir la ineficacia del testamento, no lo podrán hacer aquellos cuya filiación se haya determinado legalmente con posterioridad a la muerte del causante, que normalmente serán extramatrimoniales. No hay razón que explique el distinto tratamiento discriminatorio por razón de filiación. Es de una más que dudosa constitucionalidad⁹¹.

El reconocimiento genérico del derecho de legítima a quien corresponda o la atribución de un legado simple de legítima a favor de los hijos no excluye la acción de preterición errónea.

La acción para impugnar el testamento por preterición errónea caduca a los cuatro años de la muerte del testador. Antes eran cinco.

5. BALEARES. MALLORCA Y MENORCA

En Mallorca y Menorca, la preterición intencional de un legitimario da lugar a la corrección del testamento a fin de garantizar la intangibilidad cuantitativa de la legítima (art. 46.1 CDCB)⁹². Dado que no se prevé un régimen de reducciones se plantea si procede la aplicación de los artículos 814 y 820 del Código Civil, ante lo cual GRIMALT SERVERA considera que se deberá tener en cuenta que en Mallorca y Menorca el testamento debe contener indefectiblemente la institución de heredero, y que el heredero, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa, tiene derecho a la cuarta falcidia, con lo que la reducción de la institución deberá simultanearse con la de los legados de modo que al heredero siempre le quede la cuarta parte del haber; amén de que con arreglo al artículo 39.3 hay una serie de legados que no son reducibles y la parte que de dichos legados debiera reducirse no afectará a los demás legados reducibles⁹³.

La preterición no intencional de hijos o ascendientes permite al preterido pedir la anulación del testamento en el plazo de cuatro años a contar desde el fallecimiento del causante (art. 46.2 CDCB), con las siguientes excepciones: a) Cuando el testador ha instituido únicos herederos a sus hijos, descendientes o cónyuge; b) Cuando la filiación del preterido resultare de procedimiento judicial de investigación de paternidad iniciado con posterioridad al fallecimiento del causante; c) Cuando el testador, respetando las legítimas, hubiese ordenado que valga el testamento aun en el supuesto de preterición no intencional.

Con respecto a estas excepciones vale repetir lo dicho para Cataluña. En relación con la letra C), únicamente decir que si el testador respeta las legítimas no hay preterición que valga.

No distingue entre la preterición de alguno y la preterición de todos, y, por otro lado, se anula no la institución sino el testamento, es decir, también las disposiciones de carácter no patrimonial resultan afectadas, lo que parece excesivo.

En Ibiza y Formentera, dado que no hay reglas propias, será de aplicación supletoria la regulación del Código Civil.

6. EL NUEVO DERECHO CIVIL GALLEGO

En Galicia es la Ley 2, 2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, la que regula por primera vez la preterición (arts. 258 a 261), y lo hace de una forma muy parecida a la del Código Civil común, hasta el punto de que reproduce al pie de la letra el famoso párrafo 3.º del artículo 814 del Código Civil que ha dado lugar a la polémica sobre el derecho de representación en la sucesión testada. Aunque la preterición no intencional no producirá sus efectos si los preteridos concurren a la partición con los instituidos (art. 260), caducando la acción de preterición a los cinco años de la muerte del causante (art. 266).

Tampoco la ley gallega ofrece una definición de preterición lo que hace que surjan casos dudosos de preterición o desheredación injusta o sin expresión de causa, u otros supuestos. Difieren levemente en los sujetos preteribles: con independencia de si la preterición es intencional o no, son preteribles los descendientes y el cónyuge, quedando excluidos los ascendientes. No aparece la referencia a la institución del cónyuge que no se anulará si no perjudica las legítimas⁹⁴.

III. CUESTIONES SOBRE DERECHO COMPARADO⁹⁵

1. EEUU

En EEUU dieciocho Estados han adoptado sustancialmente el «Uniform Probate Code» que en su § 2-302 declara:

«a) Si un testador no dispone en su testamento nada en favor de su hijo nacido o adoptado después de otorgado dicho testamento, el hijo omitido recibe una cuota hereditaria igual a la que habría recibido si el testador hubiera muerto intestado, a no ser que:

1. Del mismo testamento resulte que la omisión fue intencional;
2. Si al otorgar el testamento el testador tenía otros hijos y ha destinado la mayor parte de la herencia al otro progenitor del hijo omitido;
3. El testador ha dispuesto en favor del hijo fuera del testamento y la intención de que la disposición haga las veces de una disposición testamentaria aparece por palabras del testador, por la cuantía de la disposición o por otros indicios.

b) Si al tiempo del otorgamiento del testamento el testador omite hacer alguna disposición en favor de un hijo únicamente por creer que este hijo ya ha muerto, el hijo recibe una cuota de la herencia igual a la que habría recibido si el testador hubiera muerto intestado».

El «Probate Code» de California en § 90 declara: «Si un testador omite disponer en su testamento en favor de alguno de sus hijos, o en favor del descendiente de un hijo premuerto, bien haya nacido antes o bien después del otorgamiento, antes o después de la muerte del testador, y dicho hijo o descendiente no han sido favorecidos por ninguna disposición y no han obtenido una parte equivalente de los bienes del

testador por vía de anticipo, a no ser que del testamento resulte que dicha omisión fue intencional, tal hijo o descendiente sucede en una cuota de la herencia del testador igual a la que le hubiera correspondido si este hubiera muerto intestado».

En realidad hay dos grandes tipos de estatutos relativos a la preterición: los de tipo Missouri y los de tipo Massachusetts.

En los de tipo Missouri que para que se abra la sucesión intestada utilizan las siguientes expresiones: “ni sea nombrado ni favorecido”, “ni favorecido ni mencionado”, “no nombrado”, “no favorecido”, “ni favorecido ni desheredado en el testamento”, “a no ser que sea favorecido o mencionado en el testamento”. En este tipo de estatutos, para evitar la preterición la intención ha de derivar del testamento, no se admite la prueba extrínseca.

En los de tipo Massachusetts, se admite la prueba extrínseca para probar que la omisión era intencional en los Estados cuyo estatuto establece que el hijo omitido o su descendencia tiene derecho a una cuota de herencia «a menos que aparezca que tal omisión fue intencional y no causada por error o accidente».

Entendiendo por desheredado al privado de su cuota intestada, «en EEUU se repite constantemente, a propósito de la preterición, que la finalidad de los estatutos no es impedir que un testador pueda desheredar a sus hijos ni compelele a efectuar disposiciones en su favor. Su propósito es únicamente evitar que un hijo sea desheredado por descuido o inadvertencia del testador al otorgar su testamento»⁹⁶.

2. GRAN BRETAÑA: INGLATERRA Y ESCOCIA

En Inglaterra, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, no se regula la preterición no intencional de hijos, descendientes y demás allegados, los cuales únicamente podrán reclamar la *provision* que les corresponda. Esto pone de manifiesto que si bien se tiene en gran consideración la libertad de testar, no se tiene en tanta la libertad para testar, la autonomía, por cuanto no existe un instituto que haga que devenga ineficaz una voluntad viciada.

Tampoco en Escocia, en donde los *legal rigths* equivalen a la legítima, existe una regulación de la preterición no intencional. Únicamente cabe reclamar la legítima. Vale lo dicho para Inglaterra.

3. ALEMANIA

En Derecho alemán, no se contempla la preterición intencional, solo la preterición no intencional (§2079)⁹⁷ o desconocimiento de la existencia del legitimario en el momento de otorgar testamento o nacido o llegado a ser legitimario después. Dice el §2079: *Una disposición de última voluntad puede ser impugnada si el causante ha omitido a un legitimario existente al tiempo de la muerte del causante, cuya existencia era desconocida para él al tiempo de otorgarse la disposición, o el cual ha nacido o ha llegado a ser titular de la legítima únicamente después del otorgamiento. La impugnación queda excluida siempre que se entienda que el causante hubiera adoptado la (misma) disposición incluso con conocimiento de la situación fáctica*⁹⁸.

Este último inciso deja claro que lo que se protege es la voluntad del testador. Se permite la indagación de la voluntad del testador.

Por otra parte, el §2078.1 BGB trata del error en el acto y en el contenido de la disposición, y el §2078.2 BGB trata del error en los motivos, lo que hace pensar que el §2079 BGB representa una modalidad concreta del error en los motivos. En ambos casos la acción es la de anulabilidad —de la disposición, no del testamento— dando lugar a la sucesión intestada. La legitimación activa la ostenta la persona sobre la cual ha recaído el error; en el caso del §2078.2 BGB, y el preterido en el supuesto del §2079 BGB. La acción de impugnación por preterición prescribe al año a contar desde que tuvo conocimiento de la causa de impugnación, con un límite de treinta años (§2082 BGB)⁹⁹.

4. FRANCIA

Por el contrario, el Derecho galo no prevé la preterición. No exige la mención del legitimario. Esto se debe a la configuración de la reserva francesa que a diferencia de lo que ocurre con la legítima del Código Civil español el *Code* señala los bienes que puede distribuir libremente el testador correspondiendo el resto a los legitimarios. Tanto el que no ha recibido lo suficiente como el que no ha recibido nada, tienen derecho a reclamar lo que por legítima les corresponda. Habrá que acudir a las normas que regulan la privación de la reserva, procediendo únicamente una acción personal de reducción de las disposiciones inoficiosas. Dado que la libertad de testar es escasa, no ofrecen demasiado interés la preterición errónea y la legítima formal¹⁰⁰.

5. ITALIA

En Italia el Código Civil en su artículo 687 ordena la revocación *ipso iure* de las disposiciones a título universal o particular realizadas por quien al tiempo de otorgarlas no tenía o ignoraba tener hijos o descendientes. Dice así: *Le disposizioni a titolo universale o particolare (588), fatte da chi al tempo del testamento non aveva o ignorava di aver figli o discendenti, sono revocate do diritto per l'esistenza o la sopravvenienza di un figlio o discendente legittimo del testatore, benché postumo, o legittimato (280 e seguenti) o adottivo (291, 314-396), ovvero per il riconoscimento di un figlio naturale (250 e seguenti).*

La revocazione ha luogo anche se il figlio è stato concepito al tempo del testamento, e, trattandosi di figlio naturale legittimato, anche se è già stato riconosciuto dal testatore prima del testamento e soltanto in seguito legittimato.

La revocazione non ha invece luogo qualora il testatore abbia provveduto al caso che esistessero o sopravvenissero figlio o discendenti da essi.

Se i figli o discendenti non vengono alla successione e non si fa luogo a rappresentazione (467 e seguenti), la disposizione ha il suo effetti.

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. A la vista de lo que sucede en el Derecho común, en los Derechos forales y en el Derecho comparado, cabe concluir con el Profesor MIQUEL diciendo que «estos datos muestran que la preterición está más ligada a la libertad de testar y

a la sucesión intestada que a la legítima y que es tanto más importante cuanto mayor sea la libertad de testar»¹⁰¹.

II. Un sistema de absoluta libertad de testar, es decir, de ausencia absoluta de legítima material, obliga a establecer indefectiblemente la legítima formal y a regular los efectos de la preterición no intencional a fin de salvaguardar la voluntad del testador y, por ende, su libertad. La legítima formal «está representada por la carga de mencionar a los hijos en el testamento para claridad de la voluntad del testador respecto de ellos o, si se quiere, para dejar constancia de que usa la libertad de testar teniéndolos en cuenta con independencia de si se les hace o les ha hecho atribuciones patrimoniales. Se manifiesta en la sanción de la preterición no intencional»¹⁰². La preterición no intencional está directamente relacionada, no con la legítima, sino con la ineficacia de la disposición testamentaria, esto, claro está, en el caso de que la preterición no intencional abra paso a la cuota intestada, cosa que, como hemos visto, no ocurre siempre. La importancia de la legítima formal crece a medida que se reduce la legítima material, es decir, a medida que amplía la libertad de testar. Es lo que ocurre en muchos Estados de Norteamérica en los que no existiendo una legítima material se contempla la preterición no intencional sin que se dé ninguna importancia a la intencional. Significativamente, en Luisiana, el único Estado en el que se contempla la legítima, no se regula la preterición no intencional¹⁰³.

III. En la medida en que desaparece la legítima material cobra rigor la legítima formal. Cuando existe libertad absoluta de testar ya no es el legislador el que vela, a su manera, por los hijos, sino el causante en el ejercicio de su libertad y de su responsabilidad, y por esto se exige que el testamento contenga una rigurosa declaración de conocimiento de todos los legitimarios.

IV. En cualquier caso, la voluntad presunta de la sucesión intestada debe prevalecer sobre la voluntad testamentaria viciada por error o ignorancia. Solo así se respetará la autonomía, la libertad para testar.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1970). *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones. Parte general*, Bosch, Barcelona, p. 344.
- ATXUTEGI GUTIÉRREZ, J. (2016). La preterición y la petición de herencia ¿Constituyen pretensiones, finalmente, autónomas a disposición del legitimario? STS de 23 de junio de 2015, CCJC, núm. 101, p. 163.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2016). La preterición no intencional en el Código Civil español. Un estudio doctrinal, en *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões* (Actas Congreso Internacional FDUP, Porto 2 y 3 de octubre de 2015), Helena Mota y María Raquel Guimarães, coords., Almedina, Coimbra, pp. 521 y sigs.
- BOLÁS ALFONSO, J. (1983). La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981, AAMN, T. XXV, pp. 183 y sigs.
- CALVO VIDAL, F. (2014). La preterición. Sus efectos (El mundo no está precisamente lleno de preteridos), en *Estudios de derecho de sucesiones* ('*Liber amicorum*' Teodora F. Torres García), Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, pp. 229 y sigs.
- CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, R. M. (2004). La preterición de herederos en el Derecho común y en el Derecho aragonés, *Cuadernos Lacruz Berdejo*, núm. 1

- <http://derecho-aragones.net>, cuadernos, document.php?id=170&format=print: pp. 3 y sigs.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1979). *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. VI, v. II, *Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria. La sucesión forzosa*, 8.ª ed., Reus, Madrid, p. 681.
- COBACHO GÓMEZ, J. A. (1986). Notas sobre la preterición, *RDP*, p. 413.
- DE LA PEÑA CADENATO, J. M. (2007). El Derecho foral de Álava: El Derecho de la Tierra de Ayala, *documentación entregada en la comparecencia ante el Parlamento Vasco el día 12 de junio de 2007*: <http://www.parlamento.euskadi.net>, irud, 08, 00, 008848.pdf: p. 7.
- GAGOS, C. (2016). Efectos de la preterición no intencional de un legitimario. Sentencia de 10 de diciembre de 2014, *CCJC*, núm. 100, p. 102.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2016). La nueva legítima vasca (Ley 5, 2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco), *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, parte Tribuna (BIB 2016/21192).
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2004). *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código Civil y en los derechos civiles forales*, Comares, Granada.
- GRIMALT SERVERA, P. (2006). Los derechos legitimarios en el Derecho Civil Balear, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1627 y sigs.
- JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2014). La preterición: una reforma necesaria, *RJN*, núms. 88-89, pp. 708 y sigs.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2009). *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, 4.ª ed., revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson.
- LAMARCA I MARQUÉS, A. (2009). *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Joan Egea i Fernández, Josep Ferrer i Riba (dirs.), Laura Alascio Carrasco (coord.), v. II, Atelier, pp. 1386 y sigs.
- LANZAS GALVACHE, J. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1988). El Derecho de representación del artículo 814 párrafo 3.º del Código Civil, *RCDI*, núm. 586, p. 941.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013). *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, octava edición, Madrid, p. 203.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (1988). Algunos problemas de la preterición no intencionada de los hijos o descendientes, *RCDI*, núm. 585, marzo-abril, pp. 357 y sigs.
- MADRINÁN VÁZQUEZ, M. (2007). La preterición en el Derecho civil de Galicia», *Dereito*, vol. 16, núm. 1 (2007), pp. 285 y sigs.: [https://dspace.usc.es/bitstream/10347/7876/1, pp. 287-296_dereito16-1.pdf](https://dspace.usc.es/bitstream/10347/7876/1/pp_287-296_dereito16-1.pdf)
- (2009). *El derecho de representación en la sucesión testada*, Aranzadi, Pamplona.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª (2009). Legítima material y legítima formal, *AAMN*, T. II, pp. 493 y sigs.
- (2002). Notas sobre La voluntad del testador, *RJUAM*, núm. 6, pp. 153 y sigs.
- MORETÓN SANZ, M. F. (2010). Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cualitativa sobre la sucesión testamentaria, *RCDI*, núm. 722, noviembre-diciembre, p. 2897.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1904). *Código Civil T. XX*. Sociedad Editorial Española, p. 866.
- PUIG BRUTAU, J. (1977). *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, vol. 3.º, Bosch, Barcelona, p. 215.
- REY PORTOLÉS, J. M. (1982). Comentario a «vuela pluma» de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11, 1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filia-

- ción, patria potestad y régimen económico del matrimonio, *RCDI*, núm. 549, p. 359.
- ROCA SASTRE, R. M. (1976). En KIPP, Theodor, *Derecho de sucesiones*, t. V, vol. I, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, pp. 97 y sig.
- SAN SEGUNDO MANUEL, T. (2007). Preterición por omisión del legitimario, *RCDI*, núm. 700, p. 826.
- SERRANO GARCÍA, J. A. (2010). La legítima en Aragón, *RDCA*, XVI, p. 115. <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/30/96/02serrano.pdf>
- URIARTE LEBARIO, L. M. (1912). *El fuero de Ayala*, Imprenta Hijos de M.G. Hernández, p. 130.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. XI: Artículos 807 a 857, EDESA.
- (1974). *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, t. I, Tratado práctico y crítico de Derecho civil, vol. LVIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid.
- (1967). El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de preterición en los derechos civiles españoles, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 20 núm. 1.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

- STS, de 2 de julio de 1904
- STS, de 23 de enero de 1959
- STS, de 4 de mayo de 1966
- STS, de 1 de julio de 1969
- STS, de 20 de febrero de 1981
- STS, de 17 de marzo de 1995
- STS, de 14 de octubre de 1997
- STS, de 23 de enero de 2001
- STS, de 9 de julio de 2002
- STS, de 31 de mayo de 2010
- STS, de 10 de diciembre de 2014
- STS, de 23 de junio de 2015
- STSup de Navarra, de 1 de diciembre de 2008
- AP de Álava, (Sección 1.^a) de 14 de enero de 2004
- SAP de Barcelona, de 19 de marzo de 2010
- RDGRN, de 10 de mayo de 1950

NOTAS

¹ Refiriéndose al artículo 814 del Código Civil en su antigua redacción, dice PUIG BRUTAU que «cuando el hecho de prescindir de los legitimarios deriva de que el testador desconocía su existencia, hay una firme base para presumir que el contenido del testamento no se ajusta a lo que el mismo testador hubiese dispuesto sin tan decisiva ignorancia. Es tarea del ordenamiento jurídico resolver si la protección al testador exige en este último supuesto una ineficacia de lo dispuesto mucho más radical» (PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, vol. 3.º, Bosch, Barcelona, 1977, p. 215).

² Se trata de una institución de creciente importancia dado la proliferación de hijos extramatrimoniales, por lo que ya veremos si es del todo acertado el título del trabajo de

Félix CALVO VIDAL, La preterición. Sus efectos (El mundo no está precisamente lleno de preteridos), en *Estudios de derecho de sucesiones* ('*Liber amicorum*' Teodora F. Torres García), Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 2014, pp. 229 y sigs. Pensemos por un momento en las repercusiones que para que para la herencia de un abuelo puede tener la inseminación *post mortem* que tal vez ignore.

³ Esta es precisamente la acepción 2.^a del término «preterición» en el DRAE: «Omitir en la institución de herederos a los que son forzosos, sin desheredarlos expresamente en el testamento».

⁴ «Si en aquellos tiempos de Roma hubiera habido un Código Civil, la preterición se habría regulado en el capítulo de la ineficacia testamentaria, no en el de las legítimas» (JIMÉNEZ GALLEGU, Carlos, La preterición: una reforma necesaria, *RJN*, núms. 88-89, octubre de 2013, marzo de 2014, p. 708).

⁵ Vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código Civil y en los derechos civiles forales*, Comares, Granada, 2004, p. 1.

⁶ En cambio las Partidas (6.7.10) sí definieron la preterición: «Praeteritio en latín tanto quiere dezir en romance como pasamiento que es fecho calladamente, non faziendo mencion en el testamento de los que habien derecho de heredar lo suyo [...] non faziendo emiente de su fijo, heredándolo nin desheredándolo». Continuamos aquí con el legitimario-heredero del Derecho romano.

⁷ Vid. BOLÁS ALFONSO, Juan, La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981, *AAMN*, T. XXV, 1983, p. 183.

⁸ Vid. *Ibidem*, p. 185.

⁹ En Derecho romano, el testador que quería evitar la preterición debía instituir o desheredar «*nominatim*». Hoy cabe estimar válida cualquier fórmula «con tal de que no ofrezca duda la intención del testador de incluir en ella al no designado *nominatim* de quien se trate» (VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. XI: Artículos 807 a 857, EDESA, 1982, p. 185).

¹⁰ Vid. *Ibidem*, p. 170.

¹¹ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de preterición en los derechos civiles españoles, *ADC*, vol. 20, núm. 1, 1967, p. 19.

¹² La ley de 1958 suprimió el inciso «sea que vivan al otorgarse el testamento o sea que nazcan después de muerto el testador» para disipar las dudas en relación con los cuasi póstumos, es decir, los nacidos después de otorgar el testamento y antes de la muerte del testador.

¹³ Con la reforma de 1981 pasan a ser legitimarios todos los hijos, tanto matrimoniales como extramatrimoniales. A la vista de la DT 8.^a y del principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE podemos afirmar con MORETÓN SANZ que hasta el momento es pacífico que las sucesiones abiertas antes de la Constitución de 1978 se regirán por la legislación vigente en aquel momento, a las abiertas con posterioridad se les aplicará el principio de igualdad, y las posteriores a la Ley 11, 1981 se atenderán a lo que allí se dispone (Vid. MORETÓN SANZ, María Fernanda, Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cualitativa sobre la sucesión testamentaria, *RCDI*, núm. 722, noviembre-diciembre 2010, p. 2897). El TS en su Sentencia núm. 224, 1995, de 17 de marzo (*RJ* 1995, 1961) FD 13 con respecto a lo que dispone la DT 8.^a «Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación» afirma, a propósito de las sucesiones abiertas a partir del 29 de diciembre de 1978, que «la doctrina jurisprudencial al ocuparse de casos semejantes al presente de manera clara establece la prioridad de la Constitución Española, artículo 14 sobre la legalidad subsistente y, con ello, la inaplicabilidad de la disposición transitoria en cuanto a la legalidad anterior que solo puede tomarse en consideración en tanto sus preceptos discriminatorios se tengan por derogados». La misma Profesora MORETÓN se plantea, apoyándose en la SAP de Barcelona de 19 de marzo de 2010, la superación de la actual doctrina jurisprudencial, así «habrá de ventilarse si sobre los testamentos otorgados antes de la Constitución puede o no apreciarse la igualdad y el derecho a mantener una relación familiar. Así la cuestión girará en torno al momento en que se otorgó testamento

y a la existencia o no de «relación o apego familiar» entre el causante y sus hijos no matrimoniales. Como decimos, es posible que pueda concurrir no tanto un cambio de línea jurisprudencial, como la incorporación de los efectos del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la preterición de hijos o hijas no matrimoniales» [ibídem, p. 2906].

¹⁴ Gracias a la presencia de los Profesores ALBALADEJO y DE LA CÁMARA en la Comisión de Codificación.

¹⁵ Básicamente, un trasunto de la Ley 24 de Toro.

¹⁶ «Es el ejemplo típico de un “cruce” de regulaciones: la preterición y la protección de legítimas, aunque el “péndulo” estaba del lado de la preterición» (JIMÉNEZ GALLEGÓ, Carlos, La preterición: una reforma necesaria, *cit.*, p. 709).

¹⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, Legítima material y legítima formal, *AAMN*, T. II, curso 2008, 2009, pp. 507 y sigs.

¹⁸ MORETÓN SANZ, María Fernanda, Cuestiones litigiosas sobre la preterición..., *cit.*, p. 2895.

¹⁹ Cuando aquí hablamos de «reducción» estamos hablando de lo mismo que en los artículos 654 y 656 del Código Civil. No se abre la sucesión intestada.

²⁰ Aquí podemos considerar incluidos el negocio fundacional y las disposiciones modales.

²¹ Probablemente habrá quien considere que nos encontremos ante una desheredación sin expresión de causa, aunque la STS de 23 de enero de 1959 (*RJ* 1959, 125) distingue entre la preterición intencional que tiene lugar cuando no hay una voluntad declarada del testador, por un lado, y la desheredación que implica una voluntad declarada, por otro. O como en la doctrina, CASTÁN: la preterición es «una privación de la legítima hecha tácitamente, a diferencia de la desheredación, que es una privación por modo expreso» (CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. VI, v. II, *Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria. La sucesión forzosa*, 8.^a ed., Reus, Madrid, 1979, p. 681).

²² Y con respecto a la desheredación injusta es más que dudoso pensar que una voluntad considerada injusta para unos efectos pueda ser considerada justa para otros, por tanto, no cabe suponer, si el testador se equivocó sobre la existencia de la causa de desheredación o si esta no ha sido probada, que el testador quiso reducir al legitimario a la legítima estricta, es decir, recibirá la parte alícuota de los dos tercios excepto la de la parte empleada válidamente en mejorar. Aunque siempre cabe argumentar, de acuerdo con la tesis dominante (que encuentra apoyo en la STS de 23 de enero de 1959), la aplicación del mismo régimen a todo tipo de desheredación conforme al artículo 851 del Código Civil, entendemos con el Profesor MIQUEL, que solo en los casos de causa insuficiente, pero cierta, y en los casos de causa falsa en el sentido de mentira cabrá pensar que fue voluntad del testador no dejar nada al legitimario cuya legítima se verá reducida a la estricta (*Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, Notas sobre «La voluntad del testador», *RJUAM*, núm. 6, 2002, pp. 170 y sigs.).

²³ Por todos, BOLÁS ALFONSO: «la preterición es un engranaje más del mecanismo legal que actúa en protección de las legítimas» (BOLÁS ALFONSO, Juan, La preterición tras la reforma..., *cit.*, p. 183).

²⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, Notas sobre «La voluntad del testador», *cit.*, p. 162.

²⁵ *Ibídem*, p. 163.

²⁶ *Ibídem*, p. 164.

²⁷ *Vid.* BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, La preterición «no intencional» en el Código Civil español. Un estudio doctrinal, en *Autonomía e heteronomía no Direito da Família e no Direito das Sucessões* (Actas Congreso Internacional FDUP, Porto 2 y 3 de octubre de 2015), Helena Mota y María Raquel Guimarães, coords., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 522 y sigs.

²⁸ Esta era la regulación que existía antes de la reforma de 1981 en que no se distinguía entre preterición intencional y no intencional, y era de todos los herederos forzosos en línea recta. La nueva regulación ha reducido los efectos de la preterición intencional y los ha aumentado en el caso de la no intencional de todos los descendientes.

²⁹ Nos parece atinada la consideración del Profesor LASARTE cuando dice que «la inoficiosidad de mandas y legados implica que todas las atribuciones patrimoniales que puedan comprenderse dentro del tercio de libre disposición, a título de legado, mantienen su validez. La preterición recupera su papel de institución protectora de las legítimas, pero

sin afectar al tercio de libre disposición. En caso de superar dicho tercio, las mandas habrán de ser reducidas conforme a las reglas generales» (LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, octava edición, Madrid, 2013, p. 203).

³⁰ Lo que no quita, si la cuota intestada no cubre la legítima, que deba procederse a la reducción de las donaciones inoficiosas. Esto es una manifestación de la legítima en la sucesión abintestato.

³¹ ROCA SASTRE, Ramón María, en KIPP, Theodor, *Derecho de sucesiones*, t. V, vol. I, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1976, p. 98.

³² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, Algunos problemas de la preterición no intencionada de los hijos o descendientes, *RCDI*, núm. 585, marzo-abril 1988, p. 367.

³³ La STS núm. 325, 2010, de 31 de mayo (*RJ* 2010, 2653) FD 3.º nos recuerda que «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 este 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».

³⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, José M.ª, Notas sobre «La voluntad del testador», *cit.*, p. 168, nt. 31.

³⁵ *Ibidem*, p. 175.

³⁶ MORETÓN SANZ, María Fernanda, Cuestiones litigiosas sobre la preterición..., *cit.*, p. 2891.

³⁷ *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José M.ª, Legítima material y legítima formal, *cit.*, p. 511.

³⁸ Según LACRUZ BERDEJO «imponer al causante un deber de mencionar al legitimario en el testamento parece un *plus* inútil e irracional: un rito sin contenido, arrastrado por una tradición superada» (LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, 4.ª ed., revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, 2009, p. 399). Así lo entendió, como *obiter dicta*, la STS núm. 725, 2002, de 9 de julio (*RJ* 2002, 8237) FD 5.2 al formular «el concepto de preterición intencional: omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nunca nada en concepto de legítima».

³⁹ Magistrado ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Martínez.

⁴⁰ SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, Preterición por omisión del legitimario, *RCDI*, núm. 700, marzo-abril de 2007, p. 826.

⁴¹ «Si el testador dispone que lega la legítima a quienes por ley corresponda, no habrá preterición si se ve el problema solamente como falta de cobertura de la legítima, pero si se contempla como un defecto de voluntad, esta cláusula no evitará la preterición de los hijos que el testador no tenía en mente al establecerla, como decidió la acertada Sentencia de 4 de mayo de 1966» (MIQUEL GONZÁLEZ, José M.ª, Legítima material y legítima formal, *cit.*, p. 513).

⁴² *Vid.* BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, La preterición «no intencional»..., *cit.*, pp. 527 y sigs.

⁴³ *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José M.ª, Notas sobre «La voluntad del testador», *cit.*, pp. 179 y sigs.

⁴⁴ JIMÉNEZ GALLEGU, Carlos, La preterición: una reforma necesaria, *cit.*, p. 712.

⁴⁵ «Si se parte de la hipótesis de que la ignorancia acerca de la existencia de un ascendiente vicia la voluntad en menor grado que esa misma ignorancia respecto de los descendientes, la hipótesis no siempre responderá a la realidad» (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Algunos problemas de la preterición no intencionada..., *cit.*, p. 379).

⁴⁶ «...que la preterición no fue voluntaria, sino producto de la verosímil esperanza de sobrevivir la testadora, joven, a la madre de procreta edad» [STS núm. 878, 1997, de 14 de octubre (*RJ* 1997, 7408) FD 3.º].

⁴⁷ Hay autores que propugnan esta solución (*Vid.* LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, *cit.*, p. 201; *Vid.* COBACHO GÓMEZ, José Antonio, Notas sobre la preterición, *RDP*, 1986, p. 413).

⁴⁸ BOLÁS ALFONSO, Juan, La preterición tras la reforma..., *cit.*, p. 227.

⁴⁹ Con razón el Proyecto de Código Civil de 1836 contemplaba la preterición no intencional del hijo legítimo nacido o legitimado después de haber testado (art. 2326 1.º) al regular

la ineficacia del testamento (Libro Cuarto «De las sucesiones hereditarias», Título 2.º «De la sucesión testamentaria», Capítulo 6.º «De la nulidad e invalidación de los testamentos...») y no al regular las legítimas. ROCA SASTRE afirma que «en el C.c. alemán, la preterición, en el sentido de omisión de legitimarios en el testamento del causante, es tratado como un supuesto que extravasa el campo legitimario para pasar a constituir un caso de impugnación del testamento por causa de error (24,II,2,d), mas no así en nuestro C.c. el cual contempla la preterición como un suceso estrictamente legitimario» (ROCA SASTRE, Ramón María, en KIPP, Theodor, *Derecho de sucesiones...* cit., p. 97).

⁵⁰ Según la STS núm. 878, 1997, de 14 de octubre (RJ 1997, 7408) FD 3.º: «Ciertamente que bajo la vigencia de este precepto, se distinguía por la doctrina entre preterición errónea o involuntaria de legitimarios y la intencional y que a esta se la equiparaba con la desheredación para salvar el testamento, pero tal doctrina, que inspiró la reforma del precepto, no es aplicable al presente caso, en que se ha declarado por la Sala y su criterio es racional y lógico, que la preterición no fue voluntaria, sino producto de la verosímil esperanza de sobrevivir la testadora, joven, a la madre de procreta edad. No permitan tampoco las pruebas apreciar causas de desheredación. Esto sentado queda como cuestión decidir si puede la Audiencia tener por nulo un testamento sin que medie petición expresa, y la solución afirmativa que es la dada por la Sentencia recurrida es la razonable, porque criterios previamente formales no pueden prevalecer sobre los substanciales, porque pedida la nulidad de la declaración de herederos, ese pedimento solo puede tener como razón de fondo para obtenerla, que el testamento fuera válido, y porque la nulidad de este, no pedida formalmente, ha sido esgrimida como excepción contra la demanda de nulidad del auto de declaración de herederos. Y sabido es que un acto nulo permite ser tenido como tal cuando realmente lo es, incluso de oficio, por los Tribunales, y esgrimirse como excepción, como sucede por ejemplo en las tercerías de dominio, en que los ejecutados demandados pueden oponerse frente a quien demanda la propiedad de un bien con fundamento en contrato nulo. No se puede hablar de indefensión, porque en el presente litigio están todos los interesados en mantener las respectivas posturas. En consecuencia, el testamento nulo con arreglo al viejo artículo 814, da paso a la apertura de la sucesión legítima, según el tenor del artículo 912, y no se infringen ninguno de los preceptos invocados».

⁵¹ La acción de preterición intencional es una acción rescisoria y el plazo de prescripción será de cuatro años, mientras que la acción de preterición no intencional, tanto total como parcial, es una acción de nulidad y prescribirá a los quince años. Tanto en un caso como en otro los únicos legitimados para instarla serán los herederos preteridos o sus causahabientes (Vid. BOLÁS ALFONSO, Juan, La preterición tras la reforma..., cit., pp. 232 y sig.).

⁵² Magistrado ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

⁵³ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XI..., cit., p. 185.

⁵⁴ Vid. Ibídem, p. 190.

⁵⁵ Ibídem, pp. 189 y sig.

⁵⁶ GAGOS, Clara, Efectos de la preterición no intencional de un legitimario. Sentencia de 10 de diciembre de 2014, CCJC, núm. 100, enero-abril de 2016, p. 102.

⁵⁷ Vid. MORETÓN SANZ, María Fernanda, Cuestiones litigiosas sobre la preterición..., cit., p. 2892.

⁵⁸ «Un procedimiento que se dirige a hacer ineficaz un contrato válidamente celebrado, y obligatorio en condiciones normales, a causa de accidentes externos mediante los que se ocasiona un perjuicio económico a alguno de los contratantes, o de sus acreedores» (MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, t. XX, Sociedad Editorial Española, 1904, p. 866).

⁵⁹ Por haberse producido una lesión o perjuicio a los contratantes o a terceras personas.

⁶⁰ Vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1970, p. 344.

⁶¹ «Si la preterición es la intencional o deliberada, el testador ha omitido de forma consciente la mención a un legitimario, y siendo premisa en el Derecho testamentario la apreciación de la voluntad del causante y no siendo esta materia una especialidad, no se sanciona al testador que ha omitido deliberadamente a uno de sus legitimarios, sino que antes bien, se entiende que siendo esa su voluntad, al preterido solo le cabe instar la acción

de reducción o rescisoria. En cuanto a la preterición no intencional autoriza, frente a la voluntaria, al ejercicio de la acción de anulabilidad por la que la finalidad de la demanda será la de la anulación de las disposiciones testamentarias o, cuando menos, la de la institución de heredero» (MORETÓN SANZ, María Fernanda, Cuestiones litigiosas sobre la preterición..., *cit.*, p. 2896).

⁶² «La acción nacida de la preterición no intencional, errónea, en cuanto dirigida a corregir un vicio de la voluntad del disponente, es de anulabilidad» (LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones...*, *cit.*, p. 407).

⁶³ Magistrado ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

⁶⁴ El legislador español se mira en el § 2069 BGB que preceptúa lo siguiente: «Si el testador hubiese llamado a uno de sus descendientes y este muere después de hecho el testamento, se admitirá, en caso de duda, que sus descendientes están llamados en la medida en que puedan entrar reemplazándole en el orden de la sucesión legal».

⁶⁵ Con anterioridad a la Ley 11, 1981, de 13 de mayo, puesto que el artículo 766 del Código Civil disponía y dispone que «el heredero voluntario que muere antes que el testador... no transmite ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857», un sector doctrinal (avalado por el TS) consideró que para el caso de que el legítimo heredero instituido heredero falleciese antes que el testador había la aplicación analógica de la representación prevista para los casos de desheredación e indignidad (arts. 857 y 761 del Código Civil), mientras que otro sector doctrinal, con el apoyo de la DGRN, entendió que la omisión en el testamento de los nietos de un hijo fallecido constituía un claro caso de preterición, así VALLET DE GOYTISOLO sostuvo con rotundidad que «la mención del padre premuerto no excluye la preterición de su estirpe si esta no ha sido llamada en sustitución vulgar de aquel o mencionada en cualquier otra forma que no dé lugar a la preterición» (VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, t. I, Tratado práctico y crítico de Derecho civil, vol. LVIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p. 627).

⁶⁶ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones...*, *cit.*, p. 203.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 24 y sig.

⁶⁸ MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta, La preterición en el Derecho civil de Galicia, *Dereito*, vol. 16, núm. 1 (2007), p. 294: https://space.usc.es/bitstream/10347/7876/1/pg_287-296_dereito16-1.pdf Vid. *El derecho de representación en la sucesión testada*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

⁶⁹ LANZAS GALVACHE, Joaquín y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix, El Derecho de representación del artículo 814 párrafo 3.º del Código Civil, *RCDI*, núm. 586, mayo-junio de 1988, p. 941.

⁷⁰ Una mayor concreción nos la ofrece el artículo 46.2 3.º de la Compilación balear cuando dispone que no procederá la acción de anulación «si el testador, respetando las legítimas, hubiere ordenado que valga el testamento aun en el supuesto de preterición no intencional».

⁷¹ REY PORTOLÉS, Juan Manuel, Comentario a «vuela pluma» de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la ley 11, 1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, *RCDI*, núm. 549, marzo-abril de 1982, p. 359.

⁷² MIQUEL GONZÁLEZ, José M.º, Legítima material y legítima formal, *cit.*, pp. 508 y sig., nt. 34.

⁷³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, Algunos problemas de la preterición no intencionada..., *cit.*, p. 385.

⁷⁴ ATXUTEGI GUTIÉRREZ, Jon, La preterición y la petición de herencia ¿Constituyen pretensiones, finalmente, autónomas a disposición del legítimo? STS de 23 de junio de 2015, *CCJC*, núm. 101, mayo-agosto de 2016, p. 163.

⁷⁵ «El Derecho navarro nos ofrece un ejemplo de cómo, en ausencia de legítima material, cabe que actúe la preterición a modo de legítima formal» (VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *El deber formal de instituir herederos a legítimos...*, *cit.*, p. 67).

⁷⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El testamento viciado por preterición no intencional...*, *cit.*, p. 127.

⁷⁷ «No faltaron ciertamente en el proceso compilador voces que, en consideración al principio de libertad dispositiva y al carácter meramente formulario de la legítima foral, propusieron su supresión; pero sobre ellas terminó prevaleciendo el mantenimiento de su exigencia, en garantía de la efectiva contemplación de los hijos o descendientes más próximos del disponente al tiempo de ordenar libremente la sucesión en sus bienes por actos de última voluntad, a través de una institución simbólica excluyente del olvido de aquellos en la disposición» (STSup de Navarra núm. 21, 2008, de 1 de diciembre (*RJ* 2009, 1454) FD 3.º).

⁷⁸ GALICIA AIZPURUA, Gorka, La nueva legítima vasca (Ley 5, 2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco), *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016, parte Tribuna (BIB 2016, 21192), p. 14.

⁷⁹ Como refiere URIARTE LEBARIO, el apartamiento se había hecho en el pasado «con un real, una teja y el árbol más infructífero y lejano» (URIARTE LEBARIO, Luis María, *El fuero de Ayala*, Imprenta Hijos de M.G. Hernández, 1912, p. 130). El artículo 135.2 de la Ley de 1992 estableció que la preterición intencional «se considerará apartamiento tácito». La Sentencia de la AP de Álava, Sección 1.ª, núm. 4, 2004, de 14 de enero (*JUR* 2006, 228524) FD 2.º asume la unánime tesis doctrinal según la cual no es necesario apartar con bienes.

⁸⁰ «En los antecedentes históricos (Capítulo XXVIII, del Fuero de 1373), no se requería, para disponer libremente de los bienes, el apartamiento, pues este fue introducido en el Acuerdo de 1487, cuando hablaba de apartar a «susijos e parientes con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren»» (DE LA PEÑA CADENATO, José María, «El Derecho foral de Álava: El Derecho de la Tierra de Ayala», *documentación entregada en la comparecencia ante el Parlamento Vasco el día 12 de junio de 2007*: http://www.parlamento.euskadi.net/irud/08_00_008848.pdf: p. 7).

⁸¹ GALICIA AIZPURUA, Gorka, La nueva legítima vasca..., *cit.*, pp. 30 y sig.

⁸² *Ibidem*, p. 31.

⁸³ *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José M.ª, Legítima material y legítima formal, *cit.*, p. 520, nt. 55.

⁸⁴ CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, Rafael M., La preterición de herederos en el Derecho común y en el Derecho aragonés, *Cuadernos Lacruz Berdejo*, núm. 1 (2004): <http://derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=170&format=print>: p. 4.

⁸⁵ Esta vinculación de la legítima formal a la libertad de testar nos la muestra CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE cuando dice que «manifestación aún más absoluta de la libertad de testar, la encontramos en la práctica testamentaria de instituir heredero a un extraño habiendo hijos, extrapolada y ratificada respecto de las donaciones por el Fuero *De Donationibus* de 1398 que, equiparando a estos efectos las donaciones a las sucesiones *mortis causa*, permitía la donación universal a favor de un extraño habiendo hijos (el equivalente a la institución de heredero a favor de un extraño), y con la única prevención del nombramiento de los hijos con esa referencia patrimonial puramente simbólica cumplimentada con la cláusula de legítima foral» (*ibidem*, p. 3).

⁸⁶ *Vid.* SERRANO GARCÍA, José Antonio, La legítima en Aragón, *RDCA*, 2010-XVI, p. 115: http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/30_96_02serrano.pdf

⁸⁷ Se trata de un concepto material y no formal de preterición.

⁸⁸ La distinción entre preterición intencional y preterición errónea ya resultaba de la ley 2.ª, título II, libro 6.º, volumen 1.º de las Constituciones de Cataluña y del Privilegio concedido por Pedro III a la ciudad de Barcelona en 1339 (ley única, título I, libro 6.º, volumen 2.º de las Constituciones de Cataluña) que acabó extendiéndose a toda Cataluña.

⁸⁹ «Está claro que con esta acción no se está protegiendo el derecho a la legítima, sino que se está presumiendo un defecto de la voluntad del testador (*defectus voluntatis*), que ha ordenado su sucesión de acuerdo con unos presupuestos que posteriormente cambian. Se trata, pues, de un supuesto de modificación sobrevenida de los fundamentos negociales, de la base del negocio que en este caso es el testamento [...] Se trataría de una norma similar a la del artículo 422-13, que presupone que todo testador habría revocado su testamento en caso de crisis conyugal o de pareja [...] La regla es homóloga a la de supervivencia o superveniencia de hijos en caso de donación (art. 531-15) (LAMARCA I MARQUÉS, Albert, en *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Joan Egea i Fernández, Josep Ferrer i Riba (dirs.), Laura Alascio Carrasco (coord.), v. II, Atelier, 2009, p. 1386). La traducción es mía.

⁹⁰ *Vid.* Ibídem, pp. 1387 y sig.

⁹¹ *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, Legítima material y legítima formal, *cit.*, p. 520, nt. 54.

⁹² La regulación de la preterición data de 1990, en la redacción originaria de la Compilación de 1961 no se contempló.

⁹³ *Vid.* GRIMALT SERVERA, Pedro, Los derechos legitimarios en el Derecho Civil Balear, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1627 y sigs.

⁹⁴ *Vid.* MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta, La preterición en el Derecho civil de Galicia, *cit.*, pp. 285 y sigs.

⁹⁵ Seguimos en el examen del Derecho comparado, básicamente, a MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, Legítima material y legítima formal, *cit.*, pp. 521 y sigs.

⁹⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, Legítima material y legítima formal, *cit.*, p. 524.

⁹⁷ En la sistemática del BGB (Buch 5, Abschnitt 3, Titel 1). En cambio, la legítima, *pflichtheil*, se regula en Buch 5, Abschnitt 5.

⁹⁸ Traducción de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, en *El testamento viciado por preterición no intencional...*, *cit.*, p. 28.

⁹⁹ *Vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, en *El testamento viciado por preterición no intencional...*, *cit.*, pp. 28 y sig.

¹⁰⁰ «La consideración del abintestato como la situación «normal» y el testamento como la excepción, aunque algo menos tras la reforma de 2006, pueden haber tenido influencia en esta cuestión» (JIMÉNEZ GALLEGU, Carlos, La preterición: una reforma necesaria, *cit.*, p. 737).

¹⁰¹ MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, Legítima material y legítima formal, *cit.*, p. 525.

¹⁰² Ibídem, p. 500. Queda fuera del artículo 814 del Código Civil la preterición no intencional de ascendientes y cónyuge, supuestos un tanto difíciles.

¹⁰³ *Vid.* Ibídem, p. 520.