

#### 1.4. Sucesiones

Intangibilidad cuantitativa de la legítima y preterición testamentaria:  
revisión crítica de las cuestiones controvertidas en materia de preterición,  
sus clases y efectos

*Quantitative intangibility of forced shares and testamentary preterition:  
a critical review of controversial issues in the area of preterition,  
its types and effects*

por

INMACULADA VIVAS-TESÓN  
*Profesora titular de Derecho Civil*  
*Universidad de Sevilla*

**RESUMEN:** En el presente trabajo se realiza, a través de un recorrido por los pronunciamientos judiciales más recientes sobre la materia, una revisión crítica de las cuestiones (sustantivas y procesales) más controvertidas (no unanimemente resueltas por la doctrina ni por la jurisprudencia) que suscita el artículo 814 del Código Civil, precepto que regula la preterición testamentaria, institución protectora de la intangibilidad cuantitativa de la legítima que puede definirse como la omisión o silencio de un heredero forzoso en el testamento, a sabiendas (intencional) o por descuido o ignorancia (no intencional o errónea).

**ABSTRACT:** *In this article, by going through the most recent judicial decisions in this area, we will carry out a critical review of the most controversial (substantive and procedural) issues raised by art. 814 of the Spanish Civil Code, which have not yet been unanimously answered by scholars or the Courts. This is a precept which regulates testamentary preterition, representing an institution that protects the quantitative intangibility of forced shares, which may be defined as the omission or silence of a forced heir in a will, this either done either in full knowledge (intentionally) or as a result of oversight or ignorance (unintentional or by mistake).*

**PALABRAS CLAVE:** legítima, testamento, preterición.

**KEY WORDS:** *forced shares, wills, preterition.*

**SUMARIO:** I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRETERICIÓN.—II. EL ARTÍCULO 814 DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS SUCESIVAS REDACCIONES.—III. EL CARÁCTER INTENCIONAL O NO DE LA PRETERICIÓN TESTAMENTARIA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS: 1. PRETERICIÓN INTENCIONAL (ART. 814, PFO. 1.<sup>º</sup> CC). 2. PRETERICIÓN NO INTENCIONAL O ERRÓNEA (ART. 814, PFO. 2.<sup>º</sup> CC).—IV. LA/S ACCIÓN/ES DE IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO POR PRETERICIÓN: ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRETERICIÓN

Partiéndose de que el Diccionario de la Lengua Española define la palabra «*preterición*», en su tercera acepción, como la «*omisión, en la institución de herederos, de uno que ha de suceder forzosamente, según la ley*»<sup>1</sup>, la STS de 31 de mayo de 2010 establece que esta institución<sup>2</sup> «*viene regulada por el artículo 814 del Código Civil, redactado por la Ley de 13 de mayo de 1981, que produjo un cambio sustancial en su regulación. En todo caso exige la omisión de todos o alguno de los legítimarios en el contenido patrimonial del testamento, sin haberles atribuido en el mismo o anteriormente ningún bien y que le sobrevivan. La intencional se produce cuando el testador sabía que existía el legítimario preterido, al tiempo de otorgar testamento y la no intencional o errónea, cuando el testador omitió la mención de legítimario hijo o descendiente ignorando su existencia, siempre al tiempo de otorgar testamento (así la distinguen las sentencias de 30 de enero de 1995, 23 de enero de 2001 y 22 de junio de 2006)*» (FJ 1.<sup>o</sup>)<sup>3</sup>.

Según la denominada *jurisprudencia menor*, existe preterición cuando el heredero forzoso no haya recibido nada del causante por actos *inter vivos* ni *mortis causa*, y además cuando ni tan siquiera es nombrado en su testamento. No es otra cosa sino la privación total tácita de la legítima del heredero forzoso por parte del testador. Los efectos jurídicos de la misma son diversos en el caso de que la preterición sea intencional (a sabiendas) o no intencional (errónea) por descuido o ignorancia<sup>4</sup>.

Importante es subrayar que la preterición requiere despojo u omisión íntegros de la legítima, de modo que cuando el legítimario recibe una asignación (sea por negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa*) que satisface su derecho a la porción que legalmente le corresponde, no se trata de preterición sino de insuficiencia de legítima, procediendo el ejercicio de la acción de complemento de la misma *ex artículo 815 del Código Civil*<sup>5</sup>.

En relación con lo apuntado, en la SAP de Pontevedra (Sección 3.<sup>a</sup>) de 13 de diciembre de 2007, se ventila el supuesto de un testador con dos únicas hijas, no existiendo preterición (ni intencional ni tampoco no intencional), puesto que en el testamento ninguna de las dos fueron omitidas, sino que una de ellas era instituida heredera mientras que a la otra hija solo le otorgaba un legado de determinados bienes: «*la demandante entiende obligada la institución de herederos de todos los legítimarios pero esta tradición del Derecho Romano ya no está vigente con el Código Civil, por lo que es posible la atribución de una parte de la herencia como legado, como sucede en este caso. El legado otorgado a la actora no es compatible con su preterición. En este sentido el Tribunal Supremo, ya en sentencia de 23 de abril de 1932 explicaba que "no existe preterición cuando el testador, lejos de omitir, mencione en su última voluntad la persona del heredero forzoso, aunque no le instituya, pero dejándole manda especial e inferior a lo que por legítima le corresponda". En sentencia de 30 de enero de 1973 acepta el caso de un testador que declara que su hija "está completamente pagada y satisfecha en todos cuantos derechos pudieran corresponderle en mi herencia". Y la sentencia de 17 de julio de 1996 mantiene que no hay preterición cuando el testador, aunque no designe heredero al legítimario, le lega bienes suficientes para cumplir con lo dispuesto en la Ley sobre legítimas.*

*En el testamento litigioso es claro que la voluntad del testador ha sido cubrir la legítima de su hija María Antonieta mediante el legado que le otorga, con exclusión por tanto de la preterición y sin infracción tampoco de la institución de heredero»* (FJ 1.<sup>o</sup>).

De acuerdo con ello, en el FJ 2.<sup>º</sup> de su sentencia, la AP afirma: «*otra cosa es que ese legado sea suficiente para cubrir la totalidad de su legítima. A esto se refiere la pretensión subsidiaria en base a que puede estar perjudicada en sus derechos legitimarios. Es posible como hipótesis, pero no está probado.*

*La demanda solo plantea ese perjuicio formalmente, sin contenido material. La misma Jurisprudencia ya referida admite en aquellos casos la acción de complemento de la legítima prevista por el artículo 815 del Código Civil, por lo que es admisible su ejercicio. Pero es evidente que habrá de hacerse sobre la base de la realidad del perjuicio al que se refiere su petición. En este juicio no se prueba perjuicio alguno con el pretexto de desconocerse la masa hereditaria, y tampoco es procedente dejarlo sin más para el trámite de ejecución de sentencia como se pretende, pues el Tribunal carece de unas mínimas bases para hacerlo».*

Así las cosas, la preterición supone un olvido o exclusión (sean deliberados o involuntarios) de disposición a favor de un pariente del causante con derecho a legítima<sup>6</sup>. La preterición, como relego, omisión o falta de mención de alguno de los herederos forzosos, se desenvuelve, en particular, en el ámbito testamentario<sup>7</sup> y en la intangibilidad cuantitativa de la legítima. Es algo diferente de la desheredación, en tanto en cuanto no hay privación explícita sino mera elipsis del afectado; el testador de forma voluntaria o no intencional omite, de entre sus herederos, a uno o a todos, privándoles de las legítimas correspondientes<sup>8</sup>.

## II. EL ARTÍCULO 814 DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS SUCESIVAS REDACCIONES

La preterición se regula en el artículo 814 del Código Civil, precepto que contiene la reacción del Ordenamiento Jurídico ante la omisión testamentaria de un sucesor por ministerio de la ley y que ha recibido diversas redacciones.

La primitiva de 1889 y vigente hasta 1958 era la siguiente: «*La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador, la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.*

*La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 835, 836, 837 de este Código.*

*Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador la institución surtirá efecto».*

En la redacción vigente desde 1958 hasta 1981 se suprimiría el inciso «*sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea, que nazcan después de muerto el testador*» (con la finalidad de evitar equívocos sobre la omisión de los hijos llamados *cuasi-póstumos*, es decir, nacidos en vida del padre pero con posterioridad al otorgamiento del testamento<sup>9</sup>), quedando, por tanto, del siguiente tenor literal: «*La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.*

*La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 839 de este Código.*

*Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto».*

Y la Ley 11/1981, de 13 de mayo, volvería, nuevamente, a modificar su texto con el fin de armonizarlo con los mandatos constitucionales, en concreto, a la equiparación de los hijos ante la ley con independencia de su filiación *ex artículos 14 y 39.2 CE*<sup>10</sup>, ampliando el ámbito subjetivo de los legitimarios e incluyendo,

además, la distinción entre preterición intencional e involuntaria<sup>11</sup>, desconocida en las anteriores redacciones del precepto<sup>12</sup>, de manera que la nulidad de la institución de heredero deja de ser el único efecto de la preterición testamentaria. Literalmente, el artículo 814 del Código Civil, pasa a expresar lo siguiente: «*La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.*

*Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:*

- 1.<sup>o</sup> *Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.*
- 2.<sup>o</sup> *En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge solo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.*

*Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a este en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.*

*Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.*

*A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador»<sup>13</sup>.*

Como señala VATTIER FUENZALIDA<sup>14</sup>, la actual redacción del artículo 814 del Código Civil procede de la reforma de 1981 pues, como consecuencia de la equiparación de las filiaciones, se estimó que podían aumentar los casos de preterición en la línea recta y que la nulidad de la institución de heredero, establecida por la redacción anterior, era una reacción excesiva, y de aquí que se recuperara la antigua distinción de la preterición a secas, hoy llamada intencional, cuyos efectos se contraen a la reducción de la mencionada institución, y la preterición errónea o no intencional de los descendientes, única para la que se mantienen los graves efectos destructivos del régimen anterior. A esto se une la preocupación por los descendientes de los hijos premuertos, a los que se les confiere un derecho de representación, como lo hizo la STS de 6 de diciembre de 1952, y no se consideran por ello preteridos. En fin, se quiso resaltar la prevalencia de la voluntad del testador, quedando a salvo la legítima, en una norma que, bien mirada, debería encabezar el artículo 815.

Como era de esperar, el *cambio sustancial* (como lo califica la ya citada STS de 31 de mayo de 2010), operado por la reforma de 1981, plantearía no pocos problemas de Derecho Transitorio, sobre los cuales han coexistido jurisprudencias encontradas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Hasta el momento es pacífico que las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución se regirán por el Derecho vigente en aquel momento, se ajuste o no al principio de igualdad<sup>15</sup>; a las sucesiones que se abran después de la entrada en vigor de la Constitución y antes de la Ley 11/1981, les será de aplicación las prescripciones constitucionales sobre la igualdad. Por último, las que se hayan producido después de la Ley 11/1981 se ventilarán por sus dictados.

En definitiva, es evidente que el legislador de 1981, al introducir las dos clases de preterición, consciente o equivocada del causante, pone todo el peso en la *voluntas testatoris*<sup>16</sup> que, como es sabido, en el ámbito de la sucesión testada, es ley suprema de la sucesión (sin perjuicio, naturalmente de las normas imperativas establecidas por el CC, v.gr. en materia de legítimas): *dicat testator et erit*

*lex voluntad eius* (Dig. 35, 1, 19). Por tanto, la interpretación testamentaria viene presidida por la regla de la preponderancia de la voluntad real del testador<sup>17</sup> y así se plasma explicitamente en el inciso final del artículo 814 del Código Civil: «*a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador*»<sup>18</sup>.

### III. EL CARÁCTER INTENCIONAL O NO DE LA PRETERICIÓN TESTAMENTARIA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Como establece la antes citada STS de 31 de mayo de 2010, «*los efectos son bien distintos: mientras en la intencional se rescinde la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta, se rescinden los legados a prorrata, en la errónea de alguno de los hijos o descendientes, se anula la institución de heredero y si no basta, los legados*» (FJ 1.<sup>º</sup>). Por tanto, si en la preterición deliberada del testador la acción de reducción o rescisión tiene como finalidad la de conseguir un resultado económico para el legitimario omitido, si bien respetando las disposiciones testamentarias de las que se detrae su derecho, en la errónea procede anular la institución de heredero y, en su caso, las disposiciones patrimoniales contenidas en el testamento<sup>19</sup>.

La diferente intensidad de las consecuencias de la preterición (menor en la intencionada que en la provocada por equivocación) conduce a discernir, en el caso concreto, cuándo la omisión realizada en el testamento responde a la intención o al error del testador, como reconoce la SAP de Alicante (Sección 6.<sup>a</sup>) de 22 de septiembre de 2010: «*hemos de tener en cuenta que la distinción es importante porque los efectos que la ley atribuye a una y otra son muy diferentes, toda vez que en tanto que la preterición intencional no da lugar a la nulidad del testamento sino solo a que el preterido pueda reclamar lo que por legítima le corresponda, la preterición errónea conlleva esta nulidad, y la parte actora ahora apelante, no solicita la legítima sino la nulidad radical o parcial del testamento, declarándola heredera universal o subsidiariamente de la declaración de heredera respecto de las dos terceras partes de la herencia y, en consecuencia, la apertura de la sucesión intestada, y ello solo es posible si la preterición, que en su caso pudiera haberse producido, hubiera sido por causa de error*» (FJ 1.<sup>º</sup>).

Son muchos los pronunciamientos judiciales que giran alrededor de la calificación de la preterición testamentaria. Veamos algunos de los más recientes.

En la SAP de Sevilla (Sección 5.<sup>a</sup>), de 18 de marzo de 2012, se ventila un supuesto en el que el testador, conocedor de la existencia de un hijo extramatrimonial anterior al otorgamiento del testamento, instituyó herederos a sus hijos añadiendo la expresión «*y a los demás que tenga en lo sucesivo*». El hijo biológico, basándose en dicha expresión testamentaria, considera que ha de reconocérsele su condición de heredero testamentario. La AP considera: «*hemos de ratificar la acertada apreciación de la prueba que efectúa el juez a quo, siendo totalmente correcta su valoración de que la preterición del hijo extramatrimonial del señor Bernardo en el testamento que este otorgó el año 1971 fue intencional. No es solo que no podamos aceptar o compartir la forzada interpretación que de la expresión testamentaria de "los demás [hijos] que tenga en lo sucesivo" realiza el apelante, sino que ha quedado evidenciado claramente en este proceso a través de la prueba practicada, entre ella la documental del juicio de filiación que se siguió en el Juzgado número 1 de Coria del Río, que cuando el señor Bernardo otorgó el testamento conocía perfectamente que tenía un hijo no matrimonial y sin embargo no le reconoció la cualidad de heredero ni en el momento del otorgamiento ni durante*

*los años posteriores hasta su fallecimiento, nada menos que diecisiete años. En el anterior juicio de filiación quedó acreditada la relación de noviazgo entre el señor Bernardo y la madre del actor, que esta quedó embarazada en aquella época, la posterior ruptura de los novios. La sentencia que declaró la filiación habla de una “posesión por notoriedad pública” de la condición de hijo biológico, ya que los vecinos del pueblo vienen reconociendo desde siempre al demandante como hijo extramatrimonial del fallecido señor Bernardo. También declara dicha sentencia, “la pacífica aceptación pública y privada de la paternidad en el entorno vecinal e incluso familiar de aquél de quien se reclama que autoriza apreciar una situación próxima a la posesión de estado o equivalente reconocimiento tácito”.*

*Así pues, no puede quedar duda de que nos hallamos ante una preterición intencional por parte del testador, que está claro que no quiso reconocer en vida la condición de heredero del demandante ni, por consiguiente, la de hijo extramatrimonial. De ninguna manera puede considerarse al demandante incluido en la expresión testamentaria “los demás que tenga en lo sucesivo”, pues el testador era conocedor de la existencia de este hijo biológico anterior al otorgamiento del testamento» (FJ 2.º).*

También es calificada de intencional la omisión testamentaria de una hija por la SAP de A Coruña (Sección 4.<sup>a</sup>) de 30 de enero de 2013: «*no nos encontramos ante un supuesto en el que la hija hubiera nacido tras el fallecimiento del padre o años después de haber otorgado testamento (STS de 23 de enero de 2001 y 22 de junio de 2006), sino que había nacido veinticinco años antes de que don Alberto otorgase el acto de última voluntad en la que fue preterida, teniendo además perfecta constancia de tal omisión, que merece por ello el calificativo de intencional»* (FJ 2.º).

Y en la SAP de Valladolid (Sección 3.<sup>a</sup>) de 7 de febrero de 2013, don Prudencio, conocedor del embarazo de doña Andrea, con quien había mantenido una relación extraconyugal, otorga testamento en el que instituye como herederos a los dos hijos que ya tenía de su matrimonio y a los posibles futuros hijos que tuviera dentro del mismo matrimonio. El hijo extramatrimonial (cuya filiación fue posteriormente determinada) interpone demanda contra los tres hijos matrimoniales, la cual es desestimada tanto en primera como en segunda instancia: «*cuando doña Andrea pone en conocimiento de don Prudencio en el mes de diciembre de 1977 que se encuentra embarazada porque ha tenido la primera falta (...) le promete que una vez trascurran dos o tres meses se irá a vivir con ella a una casa que tiene en Benidorm.*

*No es cierto que tenga tal casa. Don Prudencio comenta con su amigo don Fabio el problema que se le presenta, teniendo en cuenta su estado de casado (trascurrián las Navidades de 1977), y este le remite al notario señor Barbero, amigo de sus padres para que le asesore.*

*Así las cosas, don Prudencio procedió a otorgar testamento cuando ya sabía el estado de embarazo de doña Andrea. En ningún momento se ha puesto en tela de juicio de que en aquellos momentos se discutiera si el causante del embarazo era don Prudencio o cualquier otro.*

*Entendemos que a través del testamento don Prudencio manifestó su voluntad y la postura que quiso adoptar ante el futuro nacimiento del hijo de doña Andrea. No quiso saber nada de su futuro hijo, y su manifestación ante ese nacimiento fue la de otorgar testamento a pesar de que no es frecuente dicho acto a la edad de treinta y seis años. Y es muy significativa la declaración que en el mismo se hace de que “instituye herederos a sus dos hijos Covadonga y Gervasio y a los que pudiera tener de su actual matrimonio”.*

*A través de dicha manifestación podemos ver de forma clara cómo don Prudencio, conocedor del embarazo de doña Andrea, se quiso asegurar de que ese hijo quedaba excluido en su sucesión. No sufrió ningún error en el sentido de olvido, sino que todo lo contrario, afirmó que solo nombraba herederos a los posibles futuros hijos que tuviera pero dentro de su actual matrimonio. Esos y solo ellos eran nombrados herederos. Dejaba abierto un portillo a futuros hijos, pero únicamente cuando esos hijos lo fueran dentro de su matrimonio. Y no a futuros matrimonios, sino al matrimonio actual.*

*Con ello entendemos que la preterición del actor fue intencional y que el otorgamiento del testamento fue la respuesta que dio don Prudencio cuando conoció el embarazo de la madre del actor» (FJ 4.º).*

En la SAP de Asturias (Sección 6.º), de 22 de abril de 2013, se aborda un caso similar a los ya descritos (paternidad del causante respecto del actor, quien interpone demanda contra los instituidos herederos, sus sobrinos, al declarar aquel en su testamento que era soltero y no tenía descendientes), si bien su interés reside en que el JPI consideró que la preterición no era intencional, basándose, para ello, de un lado, en que la sentencia firme de reconocimiento de la filiación extramatrimonial del actor respecto del causante testamentario había sido dictada con posterioridad a su fallecimiento y, de otro, en lo declarado en el testamento por el propio causante en cuanto a que no tenía descendencia. Los demandados interponen recurso de apelación contra el fallo de instancia, la cual es revocada parcialmente por la AP en cuanto considera que la preterición de que fue objeto el actor en el testamento otorgado por su padre «*ha de ser calificada de intencional, sin que a ello se oponga la circunstancia de que el testador no hubiera mantenido relaciones paterno-familiares con el actor ni hubiera reconocido formalmente su paternidad, esta la conocía, dado que su hijo tras su nacimiento residía en la misma pequeña localidad en que todos los vecinos se conocen muchos años antes de otorgar el citado testamento hoy rector de su sucesión, por lo que es lógico concluir que ese conocimiento público y notorio de la filiación también alcanzaba al padre, razón por la que aun cuando la declaración legal de filiación fue declarada con posterioridad a su fallecimiento, el conocimiento previo de la misma y su negativa a reconocerlo en el testamento no puede más que ser calificada de intencional, de la que derivan por ello las consecuencias legales, en que están conformes todas las partes, que no son otra que las de mantener la validez de la institución de herederos efectuada en el testamento, bien que la misma no puede perjudicar a la legítima del actor, que en este caso no se discute por los demandados que al ser el único hijo y descendiente del causante, lo es la larga comprensiva de los dos tercios de la herencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 808 y 823, ambos del Código Civil» (FJ 3.º).*

De una atenta lectura del artículo 814 del Código Civil, podemos distinguir las consecuencias jurídicas de cada clase de preterición, teniéndose en cuenta que la intencional se refiere a cualquier legitimario, en tanto que la errónea o involuntaria se circunscribe a los hijos y descendientes<sup>20</sup>.

## 1. PRETERICIÓN INTENCIONAL (ART. 814, PFO. 1.º CC)

Si el testador deliberada o conscientemente omite a un legitimario en el testamento, existiendo otros no preteridos, el heredero forzoso preterido solo puede reclamar su participación en la legítima estricta (tal y como se deduce de los arts. 814, pfo. 1.º y 808, pfo. 2.º CC), en cuyo caso se reduce (no anula,

intentándose, por consiguiente, respetar en lo posible la voluntad del testador) la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias<sup>21</sup>. Por tanto, al ordenar el precepto la reducción de la institución de heredero antes que las mejoras, se llega al resultado de que el hijo preterido, de existir otras personas mejoradas, solo tiene derecho a reclamar lo que por legítima estricta le corresponda<sup>22</sup>, no pudiendo, por tanto, reclamar su participación en la legítima íntegra (tercio de legítima estricta y tercio de mejora).

En el caso enjuiciado por la STS, de 8 de octubre de 2010, la demandante, hija adoptiva de los testadores, había sido preterida intencionalmente por ambos. La AP revocó la sentencia de primera instancia (la cual declaraba nulo uno de los testamentos), declarando la preterición intencional de la demandante y manteniendo la validez de ambos testamentos, de manera que ordenó la reducción de sus disposiciones patrimoniales hasta el extremo de salvaguardar los dos tercios de la legítima que corresponden a la actora. Algunos de los demandados recurren en casación pretendiendo, esencialmente, que se niegue que la actora sea hija adoptiva, por razón de que no se otorgó escritura pública de adopción, como exigía el Código Civil en la redacción dada por la mencionada Ley de 1970.

Al respecto, se pronuncia el TS en el FJ 2.<sup>º</sup> de su sentencia, analizando las dos cuestiones, la constitución de la adopción simple y los efectos de la preterición:

*«1. (...) En el tiempo de producirse la adopción (1983) el Código Civil vigente en esta materia venía redactado por la Ley 7/1970, de 4 de julio, que había derogado el texto según Ley de 24 de abril de 1958 y a su vez fue derogado por la Ley 21/1887, de 11 de noviembre SIC, con ciertas modificaciones anteriores y posteriores. Según aquel texto del Código Civil se distinguía entre adopción plena y simple y en ambas se daba una fase judicial en la que se emitía la declaración de voluntad de los adoptantes ante el juez y auto de este aprobando la adopción; la fase notarial, otorgamiento de la escritura pública; y la fase registral, inscripción en el Registro Civil.*

*Se había planteado en aquel tiempo cuál era el momento de perfección del negocio jurídico de la adopción. Ciertamente, había unanimidad en la consideración de que su naturaleza era de negocio jurídico de Derecho de Familia, naturaleza que desapareció con la reforma de 1987, pasando a ser un acto de Derecho público, acto de autoridad. Como tal negocio jurídico debía entender que se perfecciona con las declaraciones de voluntad y el auto aprobándola, opinión mantenida tanto doctrinalmente como por la sentencia de esta Sala, de 6 de febrero de 1982, que admitió la adopción en un caso en que la adoptante falleció tras el auto y aceptó que los albaceas otorgaran la escritura. El artículo vigente en aquel tiempo disponía: aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública, que se inscribirá en el Registro Civil correspondiente. La escritura pública no era más que una ratificación de lo expresado ante el juez que, a su vez, la había aprobado; no era, por ello, más que un elemento ad probationem, no ad solemnitatem. Esta es la posición de esta Sala, que reitera la doctrina de la mencionada sentencia de 1982.*

*2. La preterición, también modificada el Código Civil en este y otros muchos temas, por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, comprende dos casos, las llamadas intencional y errónea, según el testador conocía o no la existencia del legitimario que ha olvidado, ya que la preterición no es otra cosa que el olvido del legitimario en el sentido de falta de atribución de bien alguno en concepto de legítima.*

*El primer párrafo del artículo 814 del Código Civil se refiere a la preterición intencional al disponer: la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que*

*los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. La demandante, hija adoptiva de los testadores, ha sido preterida por una y otro, sabiendo que era hija; preferición intencional, por tanto. En el testamento de la madre dejando su institución de heredera para un momento posterior como heredera fideicomisaria que, por cierto, nunca se cumplió. En el del padre, totalmente, pues distribuyó toda su herencia en legados, sin incluirla a ella.*

*Se podrá discutir la conveniencia de mantener la legítima en el tiempo actual, pero mientras se recoja en el Código Civil no pueden los padres ignorar la existencia de la hija legítimaria que, en este momento, nada ha percibido de la herencia de sus padres porque nada le fue atribuido. A ello hay que añadir lo ya apuntado sobre el principio de igualdad de los hijos, sea cual fuere su filiación, que proclaman el artículo 14 de la Constitución Española y el 108 del Código Civil que, tal como expresa la sentencia de 6 de febrero 1997, “una cosa es la eficacia de la adopción simple, que se mantiene incólume y otra su inclusión en el concepto de hijo, sin discriminación, que debe mantenerse a ultranza desde la Constitución y desde la reforma del Código Civil, de 13 de mayo de 1981, a todos los efectos que se refieran a hijo o hijos en abstracto...”».*

En el caso de preterición intencional total, esto es, el testador omite conscientemente a todos sus hijos y descendientes, estos pueden reclamar su legítima entera, pues, en virtud de lo establecido en el artículo 808 del Código Civil, el testador solo puede disponer libremente de una tercera parte de la herencia, de modo que un extraño solo puede percibir como máximo una tercera parte de la herencia, recibiendo los herederos forzosos los otros dos tercios (legítima corta y mejora). De este modo, se ha de reducir la institución de heredero y, en su caso, los legados en dos terceras partes.

En el caso de que exista un único heredero forzoso deliberadamente preterido, siendo el cónyuge supérstite el único instituido heredero, a aquel corresponde, asimismo, la legítima larga, como establece la SAP de Las Palmas (Sección 5.<sup>a</sup>), de 28 de abril de 2009: «...no se puede privar al único heredero forzoso existente, en el que concurre la condición de hija, del denominado tercio de mejora para con ello beneficiar al cónyuge viudo o a un tercero, destacando en relación a la viuda que su legítima se concretará en todo caso al derecho de usufructo sobre el tercio destinado a mejora. De todo ello, resulta que al concurrir la demandada, como viuda del causante y como única heredera instituida, con la demandante, como heredera forzosa en su calidad de hija del causante, la primera solo puede concretar sus derechos hereditarios en los términos señalados en el artículo 834 del Código Civil y sobre el tercio de libre disposición, sin que tales derechos (el legal y el derivado de su condición de heredera voluntaria), puedan afectar a los legítimos y legales derechos de la demandante, los cuales no solo se extienden sobre el tercio de la legítima estricta, sino también sobre el tercio de mejora, con las limitaciones que sobre este último recaen como consecuencia de la legítima que corresponde al cónyuge supérstite. En definitiva, y como bien se indica en la resolución de primera instancia, la demandante, ahora apelada, como hija y única descendiente del causante, tiene derecho a los dos tercios partes del haber hereditario y la demandada, ahora apelante, como viuda del causante, al usufructo del tercio destinado a mejora, y, como única heredera voluntaria instituida por el testador, tiene derecho a la parte de libre disposición restante» (FJ 1.<sup>º</sup>).

Interesante resulta la SAP de Alicante (Sección 6.<sup>a</sup>), de 22 de septiembre de 2010, que conoce de un supuesto en el que el JPI desestimó la demanda interpuesta por la hija biológica en la que solicitaba la nulidad del testamento pese a ser

preterida intencionalmente por su padre, al considerar que, consiguientemente, procedía únicamente la reducción de la cuota de los otros herederos para conseguir su legítima y no la nulidad del testamento, la cual solo es posible solicitar en caso de preterición no intencional o por error, que no era el caso. Interpuesto recurso de apelación, este es estimado por la AP: «...no debe realizarse reducción de legítima alguna al corresponderle las dos terceras partes del haber hereditario según lo previsto en el artículo 808 en relación con el artículo 823 del Código Civil en consecuencia y a pesar de la preterición intencional de la actora en el testamento de su padre, y no siendo procedente reducir la institución de heredero al no existir otros herederos forzosos, debe estimarse el recurso interpuesto en cuanto a la nulidad parcial del testamento, declarando a la actora doña Antonieta heredera de las dos terceras partes del haber hereditario de su padre don Segundo, correspondiendo a la demandada el usufructo del tercio destinado a mejora (art. 834 del CC)» (FJ 1.º).

Cuando el único heredero forzoso sea intencionadamente preterido y concorra con legatarios tíos o sobrinos del causante, tampoco le corresponde la legítima estricta o corta, como fueron los casos enjuiciados por la SAP de A Coruña (Sección 4.º), de 7 de mayo de 2004; la SAP de Lugo (Sección 1.º), de 20 de febrero de 2013 o la SAP de Asturias (Sección 6.º), de 22 de abril de 2013, pues aquellos no pueden ser mejorados al no ostentar la condición de hijos y descendientes del difunto como exige el artículo 808 del Código Civil, sin perjuicio de los bienes que les puedan corresponder del tercio de libre disposición.

Omitido conscientemente un hijo y ante la falta de previsión testamentaria al respecto, ¿es voluntad o no del testador preterir también a la posible y futura descendencia del hijo preterido para el caso de premoriencia de este? De otra manera, el carácter (intencional o erróneo) de la preterición del legitimario omitido y premuerto al causante, ¿afecta a la estirpe de igual modo?

La cuestión es afrontada por la SAP de Asturias (Sección 7.º), de 30 de mayo de 2008, cuyo FJ 2.º, dado su enorme interés, pasamos a transcribir: «*la peculiaridad del supuesto hace que carezcamos de decisiones jurisprudenciales que hayan tratado casos análogos. En la doctrina, LLEDO YAGÜE, citando a VALLET, sostiene que el tipo de preterición del padre condiciona la del hijo. Entiende que la solución que ofrece la Compilación catalana puede aceptarse para el Código Civil por argumentación a simili. Dispone el párrafo V del artículo 141 de la Compilación catalana que el descendiente del causante que resulte ser legitimario por derecho de representación y resulte preterido según las normas anteriores, no tendrá derecho a ejercitarse la acción por preterición errónea, si no hubiese podido ejercerla su representante de haber sobrevivido al causante. Lo cual quiere decir que si el legitimario preterido lo fue intencionalmente sus descendientes no tendrían derecho a ejercitarse la acción de nulidad derivada de la preterición no intencional o errónea, es decir, solo tendrían derecho a su cuota legitimaria y no a su total cuota "abintestato". En otras palabras, el carácter de la preterición del legitimario omitido —intencional y/o errónea— estigmatiza o vincula a la estirpe a la que afecta de igual modo. Por tanto, según los referidos autores, si el legitimario ha sido preterido intencionalmente, el descendiente de este en ningún caso podrá demostrar una preterición errónea en su favor, ya que él no puede arguir error, que por otra parte no podía existir cuando vivía su padre (que fue preterido intencionalmente), y ellos —los descendientes— no eran herederos forzosos. Solamente tendrán derecho a la legítima, y la razón habría que buscarla en el hecho de que, a fin de cuentas, la preterición no deja de ser una desheredación tácita, y sabido es que los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto de la legítima, luego mutatis mutandis en la preteri-*

ción los descendientes del legitimario preterido ocuparán su lugar respecto de la legítima exclusivamente.

Es evidente que la Compilación catalana no es de aplicación al supuesto que nos ocupa, pero aporta un criterio de interpretación que, como muy bien defiende el referido autor, resulta conciliable con la normativa del Código Civil, que no contiene previsión específica al respecto.

Existen, no obstante, a nuestro juicio, otros motivos que apoyan la tesis de dichos autores, y conducen a la conclusión de que en el presente caso, hubo preterición intencional. En primer lugar, establece el párrafo tercero del artículo 814 del Código Civil que “los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a este en la herencia del ascendiente, y no se consideran preteridos”; es decir, se presume que el testador que no omitió a un hijo suyo —heredero forzoso— que premuere, tampoco quiso preterir a los hijos de este, y por eso reconoce a los nietos un derecho de representación en la herencia del abuelo. Siguiendo el mismo razonamiento, habrá de presumirse que el testador que omite en el testamento a un hijo suyo —heredero forzoso—, que premuere, quiso también preterir a los hijos y descendientes de este, ya existentes o por nacer, independientemente, por tanto, de que hayan nacido ya o no en la fecha en que se otorgó el testamento, salvo que este contenga alguna previsión al respecto, por lo que, en tal caso, no solo habrá preterición de los nietos, sino que, además, esta será intencional, salvo que se pruebe lo contrario, y dará lugar a que los nietos representen a su padre en la herencia del abuelo, pero solo en lo que se refiere a la legítima que correspondería a su padre. En segundo lugar, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.<sup>a</sup>, de 22 de febrero de 2007, una interpretación conjunta de la Jurisprudencia escasa del Tribunal Supremo recatada sobre tal institución jurídica (sentencias de Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2005, 29 de octubre de 2004, 9 de julio de 2002, 23 de enero de 2001, 6 de abril de 1998, 13 de julio de 1985, 9 de octubre de 1975 e incluso más antiguas) conducen a entender que la regla general debe ser la preterición intencional, que además tiene efectos más leves, siendo la excepción, la preterición errónea la que debe probarse. La versión vigente del artículo 814 trata en su último inciso, de despejar el campo de acción de la voluntad del testador a la que no opone otro límite que las legítimas. La voluntad del testador es ley prevalente, por lo que al heredero forzoso no hay que reconocerle más de lo que rigurosamente le reconoce la Ley (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1985), debiendo reducirse la institución de heredero “antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias”. Y es que, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, de 10 de marzo de 2005, “el artículo 814 del Código Civil no establece presunción alguna a favor de una u otra clase de preterición, pero se entiende por la doctrina que ha de ser la regla la preterición intencional, en función de que tiene efectos menos rigurosos, siendo la excepción la preterición errónea y deberá esta probarse por quien la alega, para lo cual serán utilizables los medios demostrativos extrínsecos al testamento (sentencia del Tribunal Supremo del 9 de julio de 2002)”.

En consecuencia, procede calificar la preterición de los actores como intencional, por haberlo sido la de su padre, que premurió a la causante, con la consecuencia de que procede reducir la institución de heredero efectuada en el testamento de doña Secundina, en la medida suficiente para respetar la legítima de los demandantes, que, en todo caso, será la legítima estricta, pues, como expresa la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2002, el efecto de la preterición intencional se equipara al de la desheredación injusta (art. 851), de modo que el preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero solo a la legítima

estricta o corta, es decir, un tercio, ya que la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue el privarle del todo y si por Ley se le atribuye, no se puede extender a una parte (legítima larga) que corresponde a su libre disposición (entre hijos) y que voluntariamente nunca le quiso atribuir (en el mismo sentido, sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1985; 5 de octubre de 1991, 6 de abril de 1998 y 9 de julio de 2002, y sentencias de esta Audiencia Provincial de Asturias, de 26 de octubre y 7 de diciembre de 2005 [Sección 5.º], y 6 de noviembre de 1997 y 19 de diciembre de 2005 [Sección 6.º])».

## 2. PRETERICIÓN NO INTENCIONAL O ERRÓNEA (ART. 814, PFO. 2.º CC)

Si se trata de un error del testador y esta ignorancia afecta a la totalidad de los hijos y descendientes o bien al único hijo o descendiente<sup>23</sup>, el artículo 814, párrafo 2.º, número 1.º del Código Civil establece que, en tal caso, «se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial» y, por tanto, se procede a la apertura de la sucesión intestada por ser nulo el testamento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 912.1.º del Código Civil. En este supuesto, como señala LASARTE ÁLVAREZ, el testamento es «papel mojado en relación con los bienes»<sup>24</sup>.

En cambio, si se trata de un error del testador y esta ignorancia no afecta a todos los hijos y descendientes, de modo que algunos son designados testamentariamente como herederos o legatarios, el artículo 814, párrafo 2.º, número 2 del Código Civil señala que, en tal caso, «se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas», de modo que se sigue el mismo orden que en la preterición intencional, con la especialidad de que la institución de heredero a favor del cónyuge se invalida solamente en la medida en que perjudique la legítima.

Así, la SAP de Murcia (Sección 1.ª) de 21 de junio de 2010, habiendo sido preterido erróneamente un hijo por el testador (el demandante) y no los otros herederos forzosos (los demandados), considera que «es ajustada a Derecho la declaración de anulación de la institución de herederos realizada en el testamento a favor de estos últimos, debiendo en consecuencia percibir los tres hijos, en partes iguales, las dos terceras partes de la herencia, legítima amplia, manteniéndose la institución de heredera del cónyuge viudo, que se concreta conforme al testamento a la cuota legal usufructuaria prevista en el artículo 834 en relación con el 807 del Código Civil, manteniéndose el legado a la misma del tercio de libre disposición» (FJ 3.º).

En relación a la calificación de la preterición como no intencional o errónea se pronuncia el TS, en su sentencia de 23 de enero de 2001: «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 aquél otorgamiento.

*En definitiva, ha de entenderse:*

- a) Que el causante no se hallaba animado de especiales intenciones en cuanto a su hijo extramatrimonial, en el momento de expresar su última voluntad ante el notario autorizante de su único testamento. Simplemente, no podía presumir que llegase a producirse su nacimiento, por lo que la no referencia al mismo es lógica y su preterición debe ser calificada de no intencional.

- b) *Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de su sexto hijo en el año 1991, no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria expresada el 2 de diciembre de 1988.*

*Por lo tanto, únicamente puede afirmarse que don Fernando Javier —fuera o no conocedor de las consecuencias jurídicas de su conducta— se limitó a dejar las cosas como estaban y, pudiendo hacerlo, no volvió a testar al objeto de establecer diferencias en cuanto a las porciones hereditarias correspondientes a uno y otros hijos. Este silencio ha de interpretarse como conformidad de que se produjera el efecto que las leyes establecen para tales casos, que no es otro que el prevenido en el segundo párrafo, supuesto segundo del artículo 814 del Código Civil, como acertadamente ha entendido el Tribunal de instancia».* De este modo, la preterición es errónea cuando el testador omite a un legitimario que nació o fue conocido con posterioridad al otorgamiento del testamento, como señalan las STS de 22 de junio de 2006 y 31 de mayo de 2010.

A fin de dar estricto cumplimiento a los límites de extensión del presente trabajo, permítasenos remitirnos al artículo 451-16.2.<sup>o</sup> del Código Civil de Cataluña en relación a la preterición errónea (vid. *infra* nota 13) y a la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.<sup>a</sup>) de 10 de septiembre de 2012, de interés al realizar una exposición de los diversos cambios normativos operados en la regulación de la preterición (art. 367 CS, art. 141.3 CDCC de la Ley 19/1984, sustituido por el art. 139 por la Ley 8/1990, que modificó la CDCC por lo que se refiere a la legítima).

#### IV. LA/S ACCIÓN/ES DE IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO POR PRETERICIÓN: ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES

Consistiendo la preterición en la omisión de un heredero forzoso en el testamento, la acción o acciones (¿una o dos?) sucesorias de ella derivadas son el medio con el que cuenta el legitimario para defender sus expectativas legitimarias cuando estas han sido lesionadas por el testador con su silencio.

Como ya se ha apuntado, la acción de preterición en reclamación de legítima hereditaria (reduciendo o anulando, según el carácter de la preterición, la institución de heredero) es distinta de la acción de complemento por insuficiencia de la atribución legitimaria (art. 815 CC). Tampoco puede confundirse con la acción de petición de herencia<sup>25</sup>, la cual, en palabras del TS, en su S. de 23 de marzo de 2006, es una «acción que tiene el heredero (o coheredero) para obtener, a través del reconocimiento de su título hereditario, los bienes que componen el patrimonio hereditario que le corresponde (sentencias de 20 de junio de 1992, 27 de noviembre de 1992, 12 de julio de 2002)» (FJ 2.<sup>o</sup>)<sup>26</sup>.

La reducción o anulación de la institución de heredero por causa de preterición ha de ser solicitada a instancia del legitimario preterido, quien, en consecuencia, puede renunciar a su acción de impugnación o transigir mediante la aceptación de bienes que los designados herederos le entreguen como compensación de su legítima<sup>27</sup>.

Dado que el artículo 814 del Código Civil no establece ninguna presunción en favor de una u otra clase de preterición<sup>28</sup>, quien ejerzte la acción por preterición debe probar la calificación del silencio del testador en consonancia con los efectos que pretenda<sup>29</sup>.

De este modo, la SAP de Madrid (Sección 21.<sup>a</sup>), de 27 de marzo de 2007, considera: «*para la correcta aplicación del artículo 814 del Código Civil es imprescindible precisar si la preterición de los hijos o descendientes ha sido o no intencional. Pero no existe precepto alguno que, en ausencia de prueba concluyente de que el testador tuvo o no voluntad de preterir, haga prevalecer la intencionalidad o la no intencionalidad de preterir. Ante lo cual, si tenemos en cuenta que la preterición no intencional tiene efectos más devastadores para el testamento que la intencional (que los desencadena más leves), que las personas físicas son seres conscientes, libres y responsables por lo que cuando omiten a un heredero forzoso en su testamento es porque nada han querido dejarle y la regla procesal de distribución de la carga de la prueba que se desprende del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, debemos concluir que es la demandante, hijo o descendiente del causante, como legitimario preterido al que incumbe la carga de la prueba de que su preterición fue no intencional y, si no logra acreditarlo, debe partirse de una preterición intencional. Pero en el buen entendimiento de que en aquellos casos de nacimiento posterior al testamento, llegar a ser legitimario después del testamento y supervivencia de hijo que se creía fallecido, basta con probar en sí esos hechos para sin más calificar de no intencional la preterición, salvo que ello se desvirtúe con la prueba de la parte contraria» (FJ 7.<sup>º</sup>).*

Para la SAP de Sevilla, de 28 de marzo (Sección 5.<sup>a</sup>) de 2012, es a la parte actora «*a la que corresponde la carga de probar que la preterición fue errónea o no intencional, conforme sostiene constante jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1985, 6 de abril de 1998, 23 de enero de 2001, 12 de mayo de 2005, 29 de octubre de 2004, entre otras). La preterición no intencional solo puede presumirse cuando se deduzca sin dificultades esa falta de intención, esto es, cuando se trate de un error, de un mero defecto de transcripción o la preterición resulte del contenido de las propias disposiciones testamentarias sin que su conjunto se deduzca que tal fuese la intención explícita del causante*» (FJ 2.<sup>º</sup>).

Interesante resulta la SAP de Jaén (Sección 2.<sup>a</sup>), de 8 de febrero de 2013, en la que se recurre la sentencia de instancia por la que se desestimaba íntegramente la demanda en la que se ejercitaba acción de nulidad de la institución de heredero efectuada en el testamento otorgado por el causante, por haber sido desheredada la actora, madre y hermanas sin causa, debiendo, pues, considerar al causante fallecido abintestato y a los citados herederos intestados, así como la ampliación de la misma en la que subsidiariamente se solicita la misma declaración de nulidad por haberse producido una preterición no intencional, con el efecto de que se declarara la nulidad de las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial, declarando herederos a los antedichos. La actora interpone recurso de apelación esgrimiendo como motivo la infracción de lo dispuesto en los artículos 813 y concordantes del Código Civil, en relación con los artículos 848 y siguientes del Código Civil, y manifestando al respecto que admitida la preterición, aun intencional del causante en el citado testamento, debió estimarse parcialmente la demanda presentada en cuanto que las consecuencias o efectos de tal preterición sería la nulidad de la institución de heredero efectuada en lo que afectare a la legítima de los herederos forzosos. La AP responde: «*es cierto, como se alega en el escrito de recurso que el hecho de haber solicitado solo la nulidad de la institución de heredero por causa de preterición no intencionada, no obstaba a la apreciación de la preterición intencionada estimada en atención a que al tiempo de otorgar testamento el causante sí tenía conocimiento de los legitimarios que omitía, pues no se puede entender con ello se altere la causa petendi y en consecuencia está habilitado este Tribunal por el principio general iura novit curia, no incurriendo*

*en incongruencia alguna al concederse menos de lo solicitado en base a un mismo fundamento y así debió entenderse en la resolución recurrida» (FJ 2.º).*

El momento temporal relevante para apreciar la omisión de un legitimario y la calificación que esta ha de recibir, no es el de la muerte, como sostiene la STS de 12 de mayo de 2005<sup>30</sup>, sino el del testamento, conforme a la STS de 22 de junio de 2006<sup>31</sup>, seguida por la posterior de 31 de mayo de 2010.

En cuanto al plazo de prescripción de la acción (o acciones), ni la doctrina ni la jurisprudencia son unánimes en cuanto a la naturaleza jurídica de la acción derivada de la preterición no intencional, si la misma es de nulidad, anulabilidad o rescisión y, como consecuencia de ello, el plazo para su ejercicio (inexistente en el primer caso, cuatro años en los otros dos<sup>32</sup>)<sup>33</sup>.

## V. CONCLUSIONES

I. La preterición es la omisión, intencionada o no, de un legitimario en el testamento, constituyendo una institución jurídica protectora de la intangibilidad cuantitativa de la legítima.

II. La preterición se regula en el artículo 814 del Código Civil, precepto que ha recibido diversas redacciones. En la actualmente vigente, procedente de la Ley 11/1981, al introducir la distinción entre preterición intencional y no intencional, el legislador quiso resaltar la prevalencia de la *voluntas testatoris*, ley suprema de la sucesión, quedando a salvo la legítima.

III. La diferente intensidad de las consecuencias de la preterición (menor en la intencionada que en la provocada por equivocación) conduce a discernir, en el caso concreto, cuándo la omisión realizada en el testamento responde a la intención o al error del testador.

IV. El carácter (intencional o erróneo) de la preterición del legitimario omitido estigmatiza o vincula a la estirpe a la que afecta de igual modo.

V. La acción (o acciones) de preterición no puede confundirse con la de complemento de la legítima, ni con la de petición de herencia; el legitimario preterido debe probar la calificación del silencio del testador como intencional o erróneo en consonancia con los efectos que pretenda; el momento temporal para apreciar la omisión es el del testamento y sobre la naturaleza jurídica de la acción (nulidad, anulabilidad o rescisión) y consiguiente plazo de ejercicio, no existe unanimidad doctrinal ni jurisprudencial.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 6 de diciembre de 1952.
- STS de 23 de enero de 2001.
- STS de 9 de julio de 2002.
- STS de 12 de mayo de 2005.
- STS de 23 de marzo de 2006.
- STS de 22 de junio de 2006.
- STS de 31 de mayo de 2010.
- STS de 8 de octubre de 2010.
- STS de 20 de julio de 2012.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.<sup>a</sup>), de 10 de septiembre de 2012.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de A Coruña (Sección 4.<sup>a</sup>), de 7 de mayo de 2004.
- SAP de Madrid (Sección 21.<sup>a</sup>), de 27 de marzo de 2007.
- SAP de Pontevedra (Sección 3.<sup>a</sup>), de 13 de diciembre de 2007.
- SAP de Asturias (Sección 7.<sup>a</sup>), de 30 de mayo de 2008.
- SAP de Las Palmas (Sección 5.<sup>a</sup>), de 28 de abril de 2009.
- SAP de Murcia (Sección 1.<sup>a</sup>), de 21 de junio de 2010.
- SAP de Alicante (Sección 6.<sup>a</sup>), de 22 de septiembre de 2010.
- SAP de Sevilla (Sección 5.<sup>a</sup>), de 18 de marzo de 2012.
- SAP de Sevilla (Sección 5.<sup>a</sup>), de 28 de marzo de 2012.
- SAP de Cádiz (Sección 7.<sup>a</sup>), de 2 de julio de 2012.
- SAP de Madrid (Sección 11.<sup>a</sup>), de 3 de julio de 2012.
- SAP de A Coruña (Sección 4.<sup>a</sup>), de 30 de enero de 2013.
- SAP de Valladolid (Sección 3.<sup>a</sup>), de 7 de febrero de 2013.
- SAP de Jaén (Sección 2.<sup>a</sup>), de 8 de febrero de 2013.
- SAP de Lugo (Sección 1.<sup>a</sup>), de 20 de febrero de 2013.
- SAP de Asturias (Sección 6.<sup>a</sup>), de 22 de abril de 2013.
- SAP de A Coruña (Sección 5.<sup>a</sup>), de 8 de octubre de 2013.
- SAP de Barcelona (Sección 13.<sup>a</sup>), de 6 de noviembre de 2013.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BOLAS ALFONSO, J. (1982): «La preterición tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXV, págs. 177-238.
- DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A. (1995): *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, Tecnos.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1988): *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, Bosch.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005): *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, Marcial Pons.
- LINARES NOCI, R. (1988): «La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 588, págs. 1491-1582.
- (1992): «La preterición: su origen y evolución en el Derecho Romano», en *Derecho y Opinión*, págs. 141-150.
- (1993): «La preterición en el Derecho histórico español», en *Derecho y Opinión*, págs. 247-260.
- LLEDÓ YAGÜE, F. (1998): *Compendio de Derecho de Sucesiones*, Madrid, Dykinson.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1988): «Algunos problemas de la preterición no intencional de los hijos o descendientes», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 585, págs. 357-388.
- MORETÓN SANZ, F. (2010): «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa

- sobre la sucesión testamentaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, págs. 2890-2909.
- ROYO MARTÍNEZ, M. (1951): *Derecho Sucesorio mortis causa*, Sevilla, Edelce.
- VATTIER FUENZALIDA, C. (2010): «Sub artículo 814 del Código Civil», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.): *Comentario al Código Civil*, Madrid, Lex Nova, págs. 931-933.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1993): «Sub artículo 814», en C. PAZ-ARES, L. DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y P. SALVADOR (dir.): *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, págs. 2014-2020.
- VIVAS TESÓN, I. (2012): «La restitución de bienes hereditarios al heredero: cuestiones controvertidas sobre la acción de petición y las relaciones entre el heredero aparente y el real», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, págs. 2867-2892.

## NOTAS

<sup>1</sup> DRAE, 22.<sup>a</sup> edición, 2001 (<http://lema.rae.es/drae/?val=preterici%C3%B3n>).

<sup>2</sup> Acerca de sus orígenes históricos, vid. LINARES NOCI, R. (1992), «La preterición: su origen y evolución en el Derecho Romano», en *Derecho y Opinión*, 141-150 y (1993). «La preterición en el Derecho Histórico español», *ibidem*, págs. 247-260.

<sup>3</sup> Y en la misma línea, en su STS de 8 de octubre de 2010, afirma que «la preterición... comprende dos casos, las llamadas intencional y errónea, según el testador conocía a no la existencia del legitimario que ha olvidado, ya que la preterición no es otra cosa que el olvido del legitimario en el sentido de falta de atribución de bien alguno en concepto de legítima» (FJ 2.<sup>º</sup>).

<sup>4</sup> Así se pronuncian, entre otras, las sentencias de la AP de A Coruña (Sección 4.<sup>a</sup>), de 7 de mayo de 2004 y 20 de diciembre de 2006.

<sup>5</sup> Como precisa ROYO MARTÍNEZ, M. (1951), *Derecho Sucesorio mortis causa*, Sevilla, Edelce, pág. 244, «caracteriza, por último, a la preterición la inexistencia total o absoluta de disposición a favor de un heredero forzoso..., pues si el defecto consiste en una asignación insuficiente o menor de lo que el legitimario tiene derecho a recibir, no se produce la consecuencia peculiar de la preterición, y el respeto a la ley se restablece mediante una simple acción de suplemento o complemento de legítima».

<sup>6</sup> ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio mortis causa*, cit., pág. 243.

<sup>7</sup> Como indica LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005), *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, Marcial Pons, pág. 265: «si el causante no ejercita su facultad de otorgar testamento, evidentemente, no puede omitir a ninguno de sus herederos forzosos, ni se producirá lesión de las expectativas legítimas de estos, pues las reglas de la sucesión intestada embeben las legítimas. Por tanto, el ámbito propio de la preterición se circunscribe a la sucesión testamentaria para el supuesto de que alguno de los legitimarios sea omitido en el testamento, de tal manera que la legítima no solo se ve protegida en sentido material, sino también formal, pues el causante está obligado a tener en cuenta a sus herederos forzosos en el caso de que decida otorgar testamento».

<sup>8</sup> MORETÓN SANZ, F. (2010), «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, pág. 2891.

<sup>9</sup> ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio mortis causa*, cit., pág. 242.

<sup>10</sup> Para MORETÓN SANZ, *Cuestiones litigiosas...*, cit., pág. 2894, «como en otras tantas instituciones, la entrada en vigor de la Carta Magna también produjo un importante cambio sobre la preterición. En este sentido, el propósito principal de esta Ley 11/1981, de 13 de mayo, fue la adaptación expresa de las previsiones del Código Civil a su dictado. En su virtud, supuso que hijos e hijas no matrimoniales fuesen equiparados en derechos a los que sí tuviesen este origen».

Al respecto, se pronuncia la STS de 23 de enero de 2001: «*Desde la promulgación de la Constitución en 1978, todos los hijos ostentan los mismos derechos, sin posible discriminación*».

ción en atención a que tengan o no la condición de matrimoniales, según se desprende de lo prevenido en los artículos 14 y 39 de dicha norma.

En desarrollo de dichos preceptos se ha modificado en 1981 el Código Civil y particularmente, en lo que aquí interesa, el artículo 108, segundo párrafo, con carácter general, y el 931 respecto a la sucesión hereditaria de los padres, dan cumplida aplicación al principio fundamental de que se trata.

En consecuencia y de acuerdo con la normativa vigente, si cualquier progenitor omite hacer uso de la facultad que le concede el artículo 662 del Código Civil, respecto a la regulación del curso y destino de sus bienes, después de su fallecimiento, una vez acaecido este, la herencia se repartirá a partes iguales entre sus hijos, ya sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos.

Por ello, quien realmente deseé establecer alguna diferencia, debe otorgar testamento haciendo uso, en él, de las facultades de disposición que respecta a dos de los tercios de su haber hereditario le atribuyen los párrafos segundo y tercero del artículo 808 del Código Civil» (FJ 3.).<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Al respecto, vid. BOLAS ALFONSO, J. (1982), «La preterición tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXV, 177-238, y LINARES NOCI, R. (1988), «La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 588, págs. 1491-1582.

<sup>12</sup> Para VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1993), «Sub artículo 814», en C. PAZ-ARES, L. DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y P. SALVADOR (dir.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, pág. 2014, «la reforma de 13-V-81, que dio redacción totalmente nueva a este artículo, resucita la distinción entre la preterición *facta scienter* y la *ab ignorantie*, definidas por BARTOLO, partiendo de una distinción de efectos (los de la Novela 115 y auth *Ex causa*, para aquella, y de D. 31, 81 y *Codex* 6, 39, 1, para esta) y de la cual no faltaron autores castellanos (Antonio GÓMEZ y Luis DE MOLINA) que hicieran aplicación. La nueva regulación presenta una diferencia fundamental con la del *ius commune*. En este, la preterición *ab ignorantie* se refería exclusivamente a hijos legítimos póstumos. En la reforma de 1981, el artículo 814.II, refiere la preterición no intencional a hijos o descendientes que sean legítimarios».

<sup>13</sup> El artículo 451-16 del Código Civil de Cataluña dispone:

«1. Es preterido el legítimario a quien el causante no ha hecho ninguna atribución en concepto de legítima o imputable a esta y que tampoco ha sido desheredado. El legítimario preterido puede exigir lo que por legítima le corresponde.

2. Si el legítimario preterido es un descendiente del causante que ha nacido o ha devenido legítimario después de haberse otorgado el testamento o un descendiente cuya existencia el causante ignoraba en el momento de testar, tiene acción para que se declaren ineficaces el testamento y, si procede, los codicilos otorgados por el causante, por causa de preterición errónea. Se exceptúan los siguientes casos:

- a) Si el causante ha instituido heredero único, en toda la herencia, al cónyuge o al conviviente en pareja estable.
- b) Si el causante ha instituido heredero único, en toda la herencia, a un hijo o a otro descendiente y en el momento de otorgar testamento tenía más de un hijo o al menos un hijo y una estirpe de hijo premuerto.
- c) Si la relación de filiación en virtud de la cual se deviene legítimario ha quedado legalmente determinada después de la muerte del causante.

3. El legítimario por derecho de representación solo puede ejercer la acción de preterición errónea si el representado, en caso de haber sobrevivido al causante, hubiera podido hacerlo.

4. El simple reconocimiento genérico del derecho de legítima a quien corresponda o la atribución de un legado simple de legítima a favor de todos los hijos no excluye el derecho de los legítimarios a ejercer la acción de preterición errónea si procede de acuerdo con los apartados 1 a 3.

5. La acción para impugnar el testamento o los codicilos por causa de preterición errónea caduca a los cuatro años de la muerte del testador».

<sup>14</sup> VATTIER FUENZALIDA, C. (2010), «Sub artículo 814 del Código Civil», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentario al Código Civil*, Madrid, Lex Nova, pág. 931-932.

<sup>15</sup> Sirva de ejemplo de los problemas de Derecho Transitorio que suelen surgir con ocasión del cambio normativo de 1981 en esta materia, la reciente SAP de A Coruña (Sección 5.<sup>a</sup>),

de 8 de octubre de 2013, acerca de la determinación de la filiación paterna no matrimonial tras el fallecimiento del padre en el año 1963. En tal supuesto, se aplica lo dispuesto por la Disposición Transitoria 8.<sup>a</sup> de la Ley 11/1981, según la cual: «*las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley, se regirán por la legislación anterior...*» y, dado que el fallecimiento del causante había ocurrido en el año 1963, no es aplicable a la sucesión del fallecido el artículo 807 del Código Civil en su nueva redacción dada por la Ley de 1981, de modo que aquella debe regirse por la antigua versión del citado precepto, conforme a la cual «*son herederos forzosos... los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos*». Por consiguiente, se niega la cualidad de legitimario al demandante y de los derechos hereditarios derivados de la misma.

<sup>16</sup> Como señala MORETÓN SANZ, *íd*, pág. 2894, «el trasfondo o la esencia de ambas clases de pretericiones reside en la apreciación de la fundamental voluntad del testador, toda vez que esta última ilumina la interpretación del testamento, hasta el extremo de hacer entender que si el causante ha omitido en el momento de otorgar testamento a alguno de sus legitimarios, es precisamente porque su voluntad ha sido la de limitar, sin desheredar, sus derechos. Tendrá, por tanto, derecho a percibir la legítima, pero no más».

<sup>17</sup> STS de 20 de julio de 2012.

<sup>18</sup> DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A. (1995), *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, Tecnos, pág. 486, deducen de dicho inciso que la regulación de los efectos que señala el artículo 814 del Código Civil a la preterición es meramente dispositiva y no imperativa: «así, pues, puede haber querido [el testador], por ejemplo, la reducción de los legados antes que la institución de herederos o de las mejoras».

<sup>19</sup> La reducción o, en su caso, nulidad a causa de la preterición afecta solo a las disposiciones patrimoniales contenidas en el testamento, de modo que las no patrimoniales, como el reconocimiento de hijos, el nombramiento de tutor, las designaciones de albaceas o contadores-partidores, agradecimientos, previsiones sobre las exequias, etc., no resultan afectadas.

<sup>20</sup> En este sentido, se pronuncia LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil...*, cit., pág. 266: «dado que la preterición no intencional (conforme al propio tenor literal del art. 814) ha de entenderse referida exclusivamente a los «hijos y descendientes», no queda otro remedio que entender que la omisión de los restantes legitimarios (ascendientes y cónyuge viudo) ha de encontrarse necesariamente comprendida en la regulación de la preterición intencional».

<sup>21</sup> Según la SAP de Sevilla (Sección 5.<sup>a</sup>), de 28 de marzo de 2012, «el artículo 814 del Código Civil dispone que la preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima, restringiendo la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Ello significa que en el supuesto de preterición intencional se mantiene la eficacia de la institución de heredero producida en el testamento, con solo reducirle en lo que cuantitativamente afecte a la legítima del heredero forzoso preterido. La omisión voluntaria que la preterición intencional significa no tiene más alcance que el previsto para la desheredación que, según el artículo 851 del Código Civil anula la institución de heredero tan solo en cuanto signifique perjuicio al desheredado sin causa o sin eficiencia de la causa en que se base la desheredación, con pervivencia de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, en lo que no perjudiquen la legítima del desheredado por ser en el terreno de los principios la solución más justa, equivalente y equiparable, toda vez que cuando el testador conoce la existencia de un heredero forzoso y sin embargo lo ignora en absoluto en el testamento omitiéndolo en él o lo deshereda sin expresión de causa o con la que contradicha no es probada o que sea de las no establecidas por la ley para desheredar, está poniendo de manifiesto que el testador no quiso privar al preterido o desheredado de todo su patrimonio y por tanto que únicamente es de respetarle la legítima, como porción que la ley imperativamente le reconoce y de la que por tanto no puede verse privado, lo que en definitiva es consecuencia de reconocimiento de que la voluntad del testador, que es la ley prevalente en toda disposición testamentaria, fue no reconocer al heredero forzoso más que lo rigurosa y estrictamente reconocido por la ley (sentencia del TS de 13 de julio de 1985)» (FJ 2.<sup>º</sup>).

<sup>22</sup> LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 267.

<sup>23</sup> LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil...*, cit., pág. 268, plantea el supuesto de un hijo extramatrimonial, hábilmente ocultado al otro cónyuge, a quien se designa en el testamento heredero universal ante la inexistencia de ascendientes del causante.

<sup>24</sup> LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.*, págs. 268-269, quien añade: «el testamento desaparece y ha de atenderse exclusivamente a las reglas de la sucesión intestada».

<sup>25</sup> En la SAP de Cádiz (Sección 7.<sup>a</sup>), de 2 de julio de 2012, se ejercitó la *actio petitio hereditatis* y no la acción derivada de la preterición.

<sup>26</sup> Para un mayor estudio de la acción de petición de herencia, vid. VIVAS-TESÓN, I. (2012), «La restitución de bienes hereditarios al heredero: cuestiones controvertidas sobre la acción de petición y las relaciones entre el heredero aparente y el real», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, págs. 2867-2892.

<sup>27</sup> V. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1993), *Sub artículo 814*, cit., pág. 2019.

<sup>28</sup> Para LACRUZ BERDEJO, J. L. (1988), *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, Bosch, págs. 550-551, pese a no existir dicha presunción a favor de una u otra clase de preterición, la omisión intencionada del legitimario constituye la regla general, mientras que la errónea es la excepción.

<sup>29</sup> LINARES NOCI, *La preterición intencional y no intencional...*, cit., pág. 1541, y DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, cit., pág. 485.

<sup>30</sup> «La preterición es la omisión de un legitimario en el testamento, sin que el mismo haya recibido atribución alguna en concepto de legítima; lo cual no puede advertirse hasta que haya muerto el causante, con testamento y haya sido examinado este; no se puede hablar de preterición respecto a un acto producido antes de la apertura de la sucesión» (FJ. 3.<sup>a</sup>).

<sup>31</sup> Se advierte que estos conceptos vienen referidos al testamento, no a la muerte. Es decir (como mantiene la sentencia de primera instancia), que la preterición se produce si en el testamento se omite al legitimario, sin importar que en la apertura de la sucesión, producida por la muerte del causante, este haya sabido o no de la existencia de aquél. No se tiene en cuenta la preterición al tiempo de la muerte, según conozca o no de la existencia del legitimario, sino al tiempo del testamento» (FJ 2.<sup>a</sup>).

<sup>32</sup> El artículo 451-16 del Código Civil de Cataluña, en su número 5 establece: «5. La acción para impugnar el testamento o los codicilos por causa de preterición errónea caduca a los cuatro años de la muerte del testador». Vid. la SAP de Barcelona (Sección 13.<sup>a</sup>), de 6 de noviembre de 2013.

<sup>33</sup> Para la SAP de Cádiz (Sección 7.<sup>a</sup>), de 2 de julio de 2012, entiende que «no tiene naturaleza rescisoria sino más propiamente de nulidad de la institución de heredero al infringirse normas imperativas, concretamente las reguladoras de la institución de la legítima, aun cuando sus efectos no sean los inherentes a toda declaración de nulidad sino los específicamente regulados en el artículo 814 del Código Civil y a la que estiman es aplicable el plazo general de quince años al ser de naturaleza personal, declarativa de la condición de herederos legítimos y del derecho que tienen a la cuota que les corresponde sobre el tercio de la legítima estricta o corta» (FJ 1.<sup>a</sup>).

Por la nulidad en caso de preterición no intencional se inclina también la AP de Madrid (Sección 11.<sup>a</sup>) en el FJ 4.<sup>a</sup> de su sentencia de 3 de julio de 2012: «estimamos que en el supuesto como el que nos ocupa de preterición no intencional la naturaleza jurídica de la acción que asiste al heredero preterido se acomoda mejor a la nulidad absoluta, no sometida a plazo, que a la anulabilidad, pues se afecta a la intangibilidad de la legítima y no en forma que permita su complemento o subsanación, sino afectando a la propia determinación de los herederos legítimos llamados a la sucesión por expresa disposición legal y sin posibilidad de omisión por el testador salvo la concurrencia de justa causa de desheredación, y todo ello de manera no intencional, lo que es tanto como decir sin el consentimiento del testador en el momento en el que se hace el testamento, no pareciendo ello incluirse en la posibilidad de rescisión de los artículos 1290 a 1299 del Código Civil, y expresando el artículo 814 del Código Civil en cuanto a la preterición no intencional que si son preteridos todos los herederos, "se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial", y en otro caso, "se anulará la institución de herederos", lo que desde luego no conduce necesariamente al artículo 1301 del Código Civil en relación con los supuestos del artículo 1300 del Código Civil.

(...) Llegados a este punto, la Sala va a desestimar el motivo del recurso en parte con argumentos coincidentes con la sentencia apelada, pues en principio estimamos que estamos en presencia de un supuesto que se acomoda a la nulidad absoluta que no hace aplicable el plazo del artículo 1301 del Código Civil, y además porque aun en el supuesto de que se esti-

*mara que el supuesto es de anulabilidad, el ejercicio del derecho en el juicio de testamentaría, con manifestación expresa de mantener vivo el ejercicio de la acción invocando el derecho del legitimario preferido permitiría entender sin dificultad interrumpido el plazo conceptuado como de prescripción, y sin perjuicio de que en otro caso, de estimarse no ejercido el derecho por la madre en aquel juicio de testamentaría al ser el mismo un procedimiento inadecuado, tendría el menor a su disposición el ejercicio de la acción una vez alcanzada la mayoría de edad».*