

La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981 (*)

SUMARIO: A) UN PRIMER ACERCAMIENTO A LA FIGURA DE LA PRETERICION: a) UN TEXTO ACTUAL Y UNA POLÉMICA HISTÓRICA. b) EL INICIO DE UNA NUEVA ETAPA JURÍDICA: a') *Una misma orientación: distintas vías para la preterición*: a") Un apunte de las consecuencias de una elección. b") La simple mención testamentaria: su alcance: a'") Diferencia o indiferencia ante algunas soluciones. b'") Mención y no intención: aparente incompatibilidad. c'") El conocimiento de una cualidad: un presupuesto general de idoneidad. d'") La incidencia de un nuevo planteamiento. e'") Puntualizaciones en torno a una nueva posibilidad: excluir la preterición. c'") La sola atribución material: otra alternativa: a'") Distintas soluciones: idéntica cobertura de los intereses de los omitidos. b'") Un conflicto de intereses: algunas consideraciones para su posible solución.—B) NUEVOS LEGITIMARIOS: EXIGENCIA DE UN MANDATO CONSTITUCIONAL: a) LOS DESCUBRIMIENTOS CIENTÍFICOS: CAUSA DE IMPREVISIONES JURÍDICAS: a') *Algunas medidas de prevención*. b') *Un dilema jurídico: existencia o no de preterición*. c') *Un embrión preterible: una posibilidad legal*: a'") La administración de la herencia: un mecanismo de eficacia discutible. d') *La nada: etéreo fundamento de unas soluciones jurídicas*. b) UNA EXPRESIÓN: ALGUNAS INTERROGANTES: a') *¿Legítima de quién?* b') *¿Qué legítima?*—C) LA REDUCCION: UN EFECTO DE LA PRETERICION: a) PRESUPUESTOS TÁCITOS Y EFECTOS EXPLÍCITOS. b) COORDENADAS BÁSICAS DE UNA INSTITUCIÓN. c) UN ORDEN PREVISTO Y SU POSIBLE ALTERACIÓN. d) DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: UNA EXPRESIÓN GENÉRICA DE CONTENIDO PARTICULAR.—D) UNA DISTINCION ACOGIDA IMPLICITAMENTE: PRETERICION INTENCIONAL Y NO INTENCIONAL: a) UN PUNTO DE CONVERGENCIA DE TODA PRETERICIÓN. b) COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS: DOS NOTAS A DESTACAR DE LAS VARIANTES DE LA PRETERICIÓN: a') *Contenido y vacío de una intención*. b') *Los titulares de un derecho: sujetos pacientes*. c') *Los gravados con un deber: sujetos agentes*. c) APRECIACIONES SOBRE LA INTENCIONALIDAD: SUS CONSECUENCIAS. d) UNA CUESTIÓN DE IMPORTANCIA: LA FIJACIÓN DEL MOMENTO PARA CALIFICAR LA PRETERICIÓN. e) OPOSICIÓN A LA EXISTENCIA DE UNA PRESUNCIÓN. f) ANÁLISIS DE UNAS EXPRESIONES: SU INFLUENCIA SOBRE EL DESPLIEGUE DE UNOS EFECTOS: a') *Rechazo de una teoría y aceptación de una hipótesis*: a'") Una flexibilidad unidireccional: incoherencia de una teoría. b'") Unas consecuencias paradójicas: refuerzo de un planteamiento. c'") Dos casos y una misma solución. g) UNOS EFECTOS INTER-

(*) Este trabajo constituye el último capítulo de la tesis doctoral del autor, recientemente defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba.

MEDIOS DE LA PRETERICIÓN: a') *La exclusión: un medio para concretar: «En otro caso».* b') *Un texto de mayor claridad:* a'') Causa falsa o preterición o causa falsa y preterición. b'') Preterición mixta simultánea: ¿a quién beneficia? c'') El traslado de una teoría: una posible respuesta. c') *La continuación de un párrafo: su particularismo legitimario:* a'') El contraste de una expresa regulación pasada con un silencio presente: una nueva cuestión.—E) EL CONFLICTIVO TERCER PÁRRAFO: a) MULTIPLICIDAD DE PROBLEMAS Y DIVERSIDAD DE RESPUESTAS. b) UN RETO: COADYUVAR AL ENCUENTRO DE SOLUCIONES: a') *La búsqueda de una salida viable para la premoriencia:* a'') La opción intestada: su rechazo. b'') Incompatibilidades de la simple nominación. c'') El equilibrio argumental de dos opciones. d'') Una proyección institucional de corto, medio y largo alcance: razones para la defensa de esta última. b') *Desheredación e indignidad: su relación con el artículo 814, 3, del Código Civil:* a'') Inclusión literal y exclusión real. b'') La doble posibilidad del instituto de la indignidad. c') *Descendiente omitido y descendientes preteridos.* d') *El estrecho ámbito personal.*—F) UN TEXTO PRACTICAMENTE INMUNE A LAS REFORMAS.—G) EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE UNA VOLUNTAD SOBERANA: SUS POSIBILIDADES REALES.

A) UN PRIMER ACERCAMIENTO A LA FIGURA DE LA PRETERICION

a) UN TEXTO ACTUAL Y UNA POLÉMICA HISTÓRICA

Trancurridos más de dos decenios desde la última redacción del artículo 814 del Código Civil, a la que sólo, ante las escasas variaciones que introducía en el texto originario que pasaba a sustituir, con amplitud de criterio se podría calificar de reformadora (1), el legislador de 1981 se decidió a dar una formulación totalmente novedosa al mencionado artículo. Decisión que se justifica, y así se constata en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley (14 septiembre 1979) (2), no tanto por las insuficiencias que, en la regulación de esta materia, había puesto de relieve la doctrina, sino, fundamentalmente, por la ampliación de la cualidad de legitimarios a sujetos que con anterioridad no la tenían y el previsible aumento, que ello podía comportar, del número de pretericiones testamentarias (3).

Nueva formulación del artículo 814 del Código Civil que nos lleva, dentro de nuestras posibilidades, a analizar el alcance que, para el ins-

(1) La Ley de 24 de abril de 1958 se limitó a suprimir del primer párrafo del artículo 814 la siguiente proposición: «... sea que vivan al otorgarse testamento o sea que nazcan después de muerto el testador...»; a utilizar el plural en lugar del singular, al cambiar «institución de heredero» por «institución de herederos», y a ampliar el número de artículos, del 834, 835, 836 y 837 al 834 a 839, referidos al supuesto de la preterición del viudo o viuda.

(2) *Código Civil (reformas 1978-1983). Trabajos parlamentarios*, tomo I, edición dirigida por F. SANTAOLALLA, Madrid, 1985, págs. 169 y sigs.

(3) Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, que no recoge la Ley 11/1981, de 13 de mayo (ver BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981).

tituto de la preterición contemplado en el Código Civil, la misma ha venido a representar. Con todo, antes de adentrarnos en el objetivo propuesto, entendemos conveniente aclarar una cuestión previa que, aún suscitada ahora de nuevo, había constituido ya, tiempo atrás, uno de los puntos de enfrentamiento entre la doctrina patria. Concretamente estamos aludiendo a la tradicional polémica planteada a raíz de la siguiente pregunta: ¿Admite o no nuestro Código Civil una sucesión forzosa junto a la testada e intestada? Ahora, en el período de tiempo que nos ocupa (a partir de 1981), el enfrentamiento se vuelve a reproducir (4), pues si bien la doctrina mayoritariamente considera que en el Código no tiene acogida, ni siquiera en favor de los llamados herederos forzosos, una sucesión de ese carácter además de la testamentaria y *ab intestato* (5), algún autor (6), pese a ello, se aventura a mantener, por el contrario, que en aquél existe, en favor de los legitimarios, un llamamiento hecho directamente por la ley y en virtud del cual van a recibir su legítima; es decir, que la expresión «herederos forzosos» debe entenderse en un sentido técnico.

Por nuestro lado, no vamos a entrar ahora en un análisis pormenorizado de la disyuntiva (sucesión forzosa sí, sucesión forzosa no), si bien debemos señalar nuestra inclinación por la teoría que rechaza la presencia en nuestro Código Civil de un tercer género sucesorio, el forzoso, junto al testado e intestado, en atención a consideraciones como las que siguen:

— Admitir que la expresión «heredero forzoso» tiene, como título de adquisición de una sucesión forzosa, un sentido rigurosamente técnico conlleva no sólo la idea de que el mismo es el único a través del cual la ley permite adquirir la legítima, sino además que únicamente con aquél se podría adquirir ésta. De no reconocer esa vinculación entre am-

(4) Es de destacar la producida entre: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «La naturaleza de la legítima», *ADC*, tomo XXXVIII, fasc. IV, 1985, págs. 849 y sigs.; *idem*, «La naturaleza de la legítima (nota final)», *ADC*, tomo XXXIX, fasc. II, 1986, págs. 571 y sigs., y VALLET DE GoytisoLo: «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima», *ADC*, tomo XXXIX, fasc. I, 1986, págs. 3 y sigs.

(5) Entre otros: BOLAS ALFONSO: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*, tomo XXV, pág. 225; DOMÍNGUEZ RODRIGO: «El concepto de preterición en el artículo 814 del Código Civil vigente», *RGLJ*, núm. 6, 1983, página 659, en la que se rechaza una configuración de la legítima al modo de la reserva germánica; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA: «Naturaleza de la legítima y pago en metálico», *R. J. La Ley*, núm. 4, 1984, págs. 1006 y sigs.; VALLET DE GoytisoLo: *Panorama del Derecho de sucesiones. I. Fundamentos*, Madrid, 1982, página 615; *idem*, «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima», *ADC*, tomo XXXIX, fasc. I, 1986, págs. 41 y sigs.; DE LA CÁMARA: «El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la Ley de 13 de mayo de 1981», *ARALJ*, núm. 11, Madrid, 1983, pág. 133.

(6) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *loc. últ. cit.*, págs. 864 y sigs.

bos elementos, el primero quedaría vacío de contenido, al no concedérsele otra función que la de atribuir directamente la legítima a quienes tuvieran la condición de herederos forzosos (7).

— Aceptar que la legítima puede adquirirse por cualquier otro título que no sea el de heredero forzoso, supondría que el testador pudiera, por cualquiera de los títulos sucesorios admisibles en testamento, conferirle al legitimario; en cuyo caso éste recibiría aquella cuota legal no por sucesión forzosa, sino testada, lo que desligaría, con las consecuencias anteriormente apuntadas, la mencionada cuota de aquel título (8).

— Ante lo dicho cabe considerar que para dar un adecuado juego a la sucesión forzosa, como tercer género sucesorio perfectamente diferenciado del testado o intestado, la preterición vendría a producirse no sólo cuando el testador dispusiera de la legítima en favor de extraños, sino lo que resulta ciertamente paradójico cuando lo hiciera en beneficio de los legitimarios (9).

— El único efecto coherente para el caso de preterición sería el de la nulidad total de las instituciones que dispusieran de la porción legítima; sencillamente porque es el único que permite mantener siempre el título de heredero forzoso en el legitimario y en consecuencia la posi-

(7) En efecto, si se considera que cuando el Código habla de herederos forzosos no comete una imprecisión terminológica, sino, por el contrario, emplea el mismo con pleno sentido por aludir con él a un título (el de heredero forzoso), aunque peculiar por pertenecer a un tipo de sucesión distinto de la testada o intestada, suficiente para adquirir *mortis causa*, se tiene que admitir necesariamente para sostener esas afirmaciones, aun cuando no se diga de manera expresa, que la porción legitimaria se encuentra vinculada forzosamente por la Ley a dicho título.

(8) Además, en el caso de que el *de cuius* no dispusiera de la legítima pudiéndolo hacer, lo lógico sería dar entrada a la sucesión intestada y no a la forzosa, que se debía de considerar como inexistente al reconocer sobre la porción legítima facultades dispositivas al causante.

(9) Más concretamente, si la sucesión forzosa, entendida en sentido técnico, supone que la disposición en favor de los herederos forzosos venga hecha imperativa y directamente por la Ley, cabe pensar que la «preterición» podía aparecer tanto si se disponía de la legítima en favor de los herederos forzosos, lo que no deja de ser paradójico, como de quienes no lo fueran.

Con todo, se podría considerar que la citada paradoja cabría sortearla si la preterición se entendiera referida únicamente a aquellos casos en los que se hubiera dispuesto de la legítima en favor de quienes no eran herederos forzosos, pero no cuando se hacía en favor de éstos; supuesto en el que, para no alterar el planteamiento anterior (la disposición en favor de los herederos forzosos viene hecha imperativa y directamente por la Ley), entraría en juego el artículo 6, apartado 3, del Código Civil, en virtud del cual sería declarado nulo de pleno Derecho el acto (en este caso, el de disposición de la legítima por parte del testador en favor de los herederos forzosos) por ir en contra de una norma imperativa. Pero esta solución provocaría el efecto igualmente paradójico de que la reacción contra la disposición de la legítima favorable a un legitimario sería más fuerte que si esa disposición se hubiera hecho en favor de quien no lo fuera.

bilidad de hablar con pleno acierto de una sucesión forzosa en sentido técnico (10).

b) EL INICIO DE UNA NUEVA ETAPA JURÍDICA

Una vez aclarada, en la dirección referida la mencionada cuestión previa dirigimos nuestra atención a examinar la incidencia que ha venido a tener, sobre la figura de la preterición contemplada en el Código Civil, la Ley 11 de 13 de mayo de 1981. Propósito que afrontaremos mediante el estudio de las diferentes cuestiones que se vayan suscitando a lo largo del recorrido que vamos a emprender a través del nuevo texto del artículo 814 del Código Civil (11). Así, el primer tramo a estudiar sería: «La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima» (art. 814, 1, del CC).

La simple lectura del párrafo permite apreciar que en el mismo sólo hay, pues no aparece matización alguna que lo desdiga, una referencia a una idea general de preterición; o dicho de otra manera, que en él no se alude a un determinado tipo de preterición en particular. Afirmación que conduce a la siguiente interrogante: ¿La preterición reseñada coincide o se diferencia en algo de «la preterición» acogida en el artículo 814 del Código Civil antes de la reforma de 1981?

a') *Una misma orientación: distintas vías para la preterición*

La respuesta a la interrogante anterior se puede empezar a construir atendiendo a los distintos planteamientos que la doctrina ha elaborado en torno a la figura de la preterición. Orientados en ese sentido pronto nos encontramos con un gran número de opiniones doctrinales que tratan

(10) De propugnarse como efecto de la preterición la anulabilidad y no la nulidad absoluta, se estaría admitiendo la posibilidad de que la legítima la recibieran los legitimarios como herederos testamentarios e incluso legatarios, título que presumiblemente no impugnarían de no perjudicarles en su porción legítima, con lo que el de herederos forzosos no se podría entender como una cualidad adquisitiva de una peculiar forma de sucesión: la forzosa.

(11) Al texto del artículo 814 contenido en el Proyecto de Ley se presentaron en el Congreso de los Diputados dos enmiendas: Una, la número 435, correspondiente al Grupo Centrista (primer firmante: don Antonio Díaz Fuentes), que proponía del párrafo 1.º del artículo 814 la siguiente enmienda: «La preterición de herederos forzosos no perjudica sus legítimas, que se les reconocerán, respetando en lo posible los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias». Otra, la número 500, correspondiente también al Grupo Centrista (primer firmante: don Oscar Alzaga Villaamil), en la que se ofrecía una nueva redacción del artículo 814 recogido en el Proyecto. Para más datos, ver *Código Civil (reformas 1978-1983). Trabajos parlamentarios*, tomo I, Cortes Generales, edición dirigida por D. F. SANTIAGO LALLA, Madrid, 1985, págs. 169 y sigs.

de acotar el concepto de la institución citada, si bien todas ellas se pueden reconducir a tres grandes grupos:

— Uno, formado por quienes acogen como fundamental para no incurrir en la preterición la idea de la mención testamentaria, en el que nos encontramos afirmaciones como:

1. Si no hay atribución de bienes al legitimario, pero sí mención testamentaria, no habrá preterición (12).
2. La alusión al legitimario en el testamento para evitar su preterición debe ser siempre demostrativa de que el causante, en el momento de disponer, ha tenido en cuenta al legitimario concreto en su individualidad subjetiva (13).
3. Reconocido en el testamento algún descendiente, éste no estará preterido (14).

— Otro, al que pertenecen aquellos que rechazan la exigencia anterior y mantienen que la falta de mención en testamento no supone, si al legitimario se le confirió su legítima por algún título, incurrir en la preterición del mismo, donde aparecen expuestas ideas como estas:

1. Si no hay mención testamentaria pero sí atribución de bienes del testador al legitimario, éste podrá pedir el complemento de su legítima, pero no existirá preterición (15).
2. Si algo se hubiera recibido como legítima, por cualquier título, sólo podrá (el legitimario) ejercitar la acción de complemento, aunque no haya sido mencionado en el testamento (16).
3. La donación (se refiere a la *inter vivos*) debería servir para satis-

(12) COBACHO GÓMEZ: «Notas sobre la preterición», *RDP*, mayo 1986, pág. 410.

(13) LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981), Barcelona, 1981, págs. 518 y sigs.

(14) ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, artículos 806 a 857, comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.^a ed., Madrid, 1982, págs. 195 y sigs.

(15) COBACHO, *loc. últ. cit.*, pág. 410. Por su lado, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de julio de 1985 (*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 9, septiembre-diciembre 1985, págs. 230 y sigs.), tampoco resulta clarificador, porque si bien afirma que hay preterición cuando el heredero forzoso es ignorado absolutamente en el testamento, omitiéndosele en él, se está concretando a un supuesto en el que el legitimario no había recibido nada por título alguno, es decir, en el que faltaba mención testamentaria y atribución material de la legítima.

(16) O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Compendio de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, Madrid, 1982, págs. 330 y sigs.

facen la legítima formal que al igual que la material puede cumplirse por cualquier título (17).

4. Si el legitimario recibió una donación del testador es evidente que está cumpliendo con su deber de satisfacer la legítima (18).

— Un tercero, constituido por los partidarios de considerar, como imprescindibles para no caer en la preterición del legitimario, la atribución material de la legítima y la mención o recuerdo testamentario, en el que se daban asertos como estos:

1. Ambas (la preterición intencional y la errónea) implican la concurrencia de requisitos generales como (existencia de herederos forzosos preteribles y testamento en el que no se les menciona con atribución patrimonial simultánea o simplemente relacionada (19).
2. La preterición aparece como una privación de la legítima efectuada formalmente (en testamento) por una doble vía, la ausencia de disposición patrimonial al legitimario (condición necesaria pero no suficiente) y la mediación al efecto de la (ausencia de) atribución testamentaria (20).

(17) LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *loc. ult. cit.*, tomo V, págs. 518 y sigs., en las que además se afirma, entre otras cosas: Imponer en esos casos (los de donación *inter vivos* en favor del legitimario) al causante un deber de mencionar al legitimario en el testamento parece un plus inútil e irracional.

(18) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 599 y sigs., en las que se añade: Resultaría ilógico considerarlo preterido (al que recibió una donación *inter vivos*) cuando lo primero que tiene que hacer si triunfa su pretensión es realizar la imputación a su legítima de lo percibido en vida del testador. En este grupo también cabe dar entrada al concepto que de preterición dio la Comisión de Codificación, en cuya parte final se decía: «Se exceptúa el caso de que el testador, antes o después de testar, haya otorgado alguna donación en favor del omitido u omitidos, salvo que se trate de una liberalidad de uso», recogido por AMORÓS y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, págs. 1276 y sigs.

(19) BOLAS ALFONSO, *loc. ult. cit.*, págs. 199 y 200; si bien con anterioridad (páginas 191 y 192) había formulado, atendiendo a las sentencias del Tribunal Supremo, el siguiente concepto de preterición: «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».

(20) DOMÍNGUEZ RODRIGO, *loc. ult. cit.*, pág. 600. Hemos de advertir que aun cuando en el texto se dice literalmente «(ausencia de) atribución testamentaria», parece que el término «atribución» ha sido colocado erróneamente en el mismo por el de «mención». La observación anterior cobra sentido cuando el mismo autor más adelante (pág. 669) explica el contenido de lo que él llama «la mención apretiriente». Ver también págs. 659 y sigs.

a") *Un apunte de las consecuencias de una elección.*—Posiciones dispares que encontraban el número de su polémica no en aquellos supuestos en los que, al estar presente la mención testamentaria y la atribución material (*inter vivos* o *mortis causa*) de la legítima, difícilmente podría apreciarse la existencia de preterición, ni por aquellos otros, antagónicos a los primeros, en los que, al faltar absolutamente la una y la otra, sólo cabía admitirla; sino en aquellos casos que al carecer de alguna de ellas (mención o atribución) las consecuencias serían distintas según la corriente doctrinal de la que se participara. En efecto, y sólo por poner un ejemplo: de mantener que la preterición se evita con la simple mención testamentaria (aunque falte, por tanto, la atribución material de la legítima), si únicamente existe una donación *inter vivos* en favor del heredero forzoso, incluso superior a aquella cuota legal, se le habrá preterido; por el contrario, si se defiende que la preterición queda excluida si el legitimario, aún sin mencionar en el testamento, recibe por cualquier título (normalmente una donación *inter vivos*) parte al menos de su legítima, resultará que aquél, en el mismo supuesto, no se entenderá preterido. Sin embargo, para la teoría que defiende la necesidad de la concurrencia de ambos requisitos (mención y atribución) para no incidir en vicio de preterición ésta no dejaría de producirse tanto en el supuesto referido como en el de existir solamente la mención testamentaria. En resumidas cuentas, la dificultad de coordinar las posiciones expuestas estriba en que las mismas fundamentan la existencia o no de preterición desde perspectivas distintas. Una, hace descansar todo el peso de la figura en la simple mención testamentaria del legitimario, con lo que resalta en ella sólo el aspecto formal de la misma; otra, utiliza como jácena de su construcción la atribución real de la legítima y destaca así su vertiente material y la tercera al conjugar las dos exigencias anteriores muestra una preterición asentada sobre un doble aspecto: el formal y el material.

b") *La simple mención testamentaria: su alcance.*—Ante este panorama centraremos nuestra atención, en un intento de extraer las primeras consecuencias, únicamente en los resultados que se derivarían de conectar los distintos efectos previstos, para cada tipo de preterición, en el artículo 814 del Código Civil con las primeras dos grandes líneas directrices anteriormente señaladas (21).

(21) La tercera la descartamos inicialmente porque si se llega a admitir como válida para evitar la preterición alguna de las primeras, esta última resultaría, con independencia de cuál de aquéllas lo fuera, en principio (aunque ya veremos que no necesariamente), incompatible con la misma. De otro lado, las observaciones que se hagan a cualquiera de las teorías de las que nos vamos a ocupar, pueden entenderse hechas igualmente, según la perspectiva en la que se esté, al aspecto formal o material de aquella tercera corriente doctrinal.

Empezaremos por considerar las diversas posibilidades a las que da entrada la simple mención testamentaria del legitimario. Ubicados en este punto se aprecian dos posibilidades totalmente diferenciadas:

1.^a Admitir la teoría de quienes entienden en tal caso, acaecida la preterición del heredero forzoso.

2.^a Participar de la opinión de aquellos otros que en idéntico supuesto (simple mención testamentaria sin atribución material por título alguno) niegan que pueda apreciarse la preterición de aquél.

a''') *Diferencia o indiferencia ante algunas soluciones.*—De conectar la primera posibilidad expuesta en el apartado precedente con los efectos previstos en el artículo 814 del Código Civil para la preterición se obtiene:

1.º Toda preterición, distinta de la no intencional de hijos o descendientes, traerá consigo el efecto de reducir la institución de heredero (22) antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

2.º El alcance de esa reducción llegará, como parece desprenderse del artículo 814 del Código Civil, al límite necesario para cubrir sólo la legítima (más adelante entraremos a diucidar si la corta o la larga) de los herederos forzosos preteridos según la teoría que ahora tomamos en consideración.

3.º Si toda preterición, salvo la no intencional de hijos o descendientes, supone para el preterido únicamente la posibilidad de reducir, en la medida necesaria para cubrir estrictamente su legítima, las disposiciones testamentarias, queda claro que sus intereses resultarán igualmente cubiertos, por las consecuencias previstas en el artículo 851 del Código Civil, si en lugar de preteridos se entienden desheredados injustamente.

4.º Es más, podría llegarse inicialmente a pensar que los legitimarios sólo mencionados en testamento verían, en la misma medida a la ex-

(22) Expresión que la enmienda número 435 (presentada al Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio), cuyo primer firmante era Díaz Fuentes, consideraba poco acertada al afirmar en la motivación de la misma: «No es correcto decir, como hace el Proyecto, que se reducirá la institución de heredero, porque la de heredar es, por definición, una institución a título universal que cualitativamente no es susceptible de reducción ni de ampliación, aunque en cada caso varía su trascendencia económica, como varía previamente por la cuantía de la del hereditario.

La expresión del texto del Proyecto reproduce el error usual de la «institución de heredero en el remanente», que es, en rigor, un legado.

Decir se reducirá la institución de heredero es un dislate jurídico.

puesta, satisfecha su legítima, sin necesidad de considerárseles preteridos o desheredados injustamente, mediante el ejercicio de la acción de reducción prevista en el artículo 817 del Código Civil, pero esta solución se encontraría con obstáculos como estos.

a) Si se contrasta el contenido de los artículos 814, 1, y 851 del Código Civil con el del artículo 817 del mismo cuerpo legal se aprecia que la reducción del primero o la anulación del segundo debe producirse según el orden señalado (en el que la primera afectada por la reducción o la anulación es la institución de heredero), que no aparece previsto en el texto del artículo 817 del Código Civil.

b) Lo anterior supone que si bien a los legitimarios sólo mencionados en el testamento tanto les da, al verse sus intereses protegidos en la misma medida, que se les considere preteridos (insistimos si no se trata de una preterición no intencional de hijos o descendientes), desheredados injustamente o sencillamente con derecho a ejercitar la acción de reducción del artículo 817 del Código Civil, puede no sucederle igual a los legitimarios o no, beneficiados con alguna disposición testamentaria; simplemente porque en el último caso la reducción de las mismas afectará, al no establecerse orden alguno para ello, inicialmente a todas, si bien sólo en lo que fueran inoficiosas o excesivas.

En resumen, si a los herederos forzosos nombrados sin más, les resulta en buena medida indiferente cualquiera de las tres posibilidades citadas, pues con cualquiera de ellas recibirían en principio sólo su legítima (otra cosa sería determinar el título en virtud del cual lo hicieran), no ocurre lo mismo del lado de los beneficiados, herederos forzosos o extraños, en el testamento.

b'') *Mención y no intención: aparente incompatibilidad.*—El siguiente paso, según el recorrido previsto, se habrá de dar conectando los efectos indicados para la preterición no intencional de hijos o descendientes con la idea de la simple mención testamentaria como insuficiente para excluir la preterición. Aquí nos encontramos las siguientes variantes:

1.^a Que se vean afectados por la simple mención la totalidad o al menos parte de los hijos o descendientes, si bien todos deben poder considerarse preteridos no intencionalmente (24). En este caso los efectos

(23) Así lo entienden también: BOLAS ALFONSO, *loc. últ. cit.*, pág. 195; PINTO RUIZ: «El actual artículo 814 del Código Civil no introduce el instituto de la representación sucesoria en la sucesión testada», *RDG*, núm. 483, 1984, año XLI, páginas 2679 y sigs.

(24) En definitiva, para que el efecto previsto en el párrafo 2.º, 1, del artículo 814 pueda desplegarse es necesario que se dé la preterición no intencional en

que señala el precepto son los de anular las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial (art. 814, 2.º, 1, CC). Supuesto que cobra especial relevancia porque si bien el interés de los legitimarios simplemente mencionados (y el de los que no lo estén siquiera) será, por las radicales consecuencias previstas en el artículo 814, 2.º, 1, del Código Civil el de propugnar la existencia de la preterición de todos, el de los beneficiados por alguna disposición testamentaria de contenido patrimonial resultará justamente el contrario. Planteamiento ante el que se pueden hacer las siguientes reflexiones:

a) Es posible defender, como lo hace la teoría que ahora tomamos en consideración (25), que la mención testamentaria del legitimario es insuficiente en sí misma para evitar su preterición.

b) Admitido lo anterior resulta más discutible, aún con la simple mención en testamento de todos o parte de los legitimarios, poder hablar de una preterición no intencional total de los mismos.

En definitiva, la simple alusión testamentaria del heredero forzoso parece en principio difícil de casar con la falta de intencionalidad en el causante y en consecuencia con la posibilidad de hablar de preterición no intencional. Según esto, resulta inicialmente posible no juzgar acaecida la preterición o bien considerarla intencional, en cuyo caso, al coincidir sus efectos, carecería de importancia práctica defender la existencia de ésta o de desheredación injusta. A pesar de lo dicho cabe pensar que la simple mención no excluye siempre la intencionalidad en la preterición de tal manera que incluso con aquélla se podría incurrir en una preterición no intencional. Ahora bien, la posibilidad expuesta (preterición no intencional pese a la mención testamentaria del legitimario) requiere, a nuestro entender, como presupuesto elemental de existencia que el causante desconozca la cualidad de heredero forzoso de aquél a quien se limita a nombrar en su testamento; de lo contrario, es decir, de conocer esa cualidad y mencionarlo se podría admitir (si se acepta que la simple mención no excluye la preterición) ésta, pero no que la misma es inintencional.

c'') *El conocimiento de una cualidad: un presupuesto general de idoneidad.*—La exposición anterior hace nacer la siguiente interrogante: ¿De no darse el presupuesto mencionado, se incurriría en preterición tanto para la teoría que nos ocupa como para la que ve en la simple mención base suficiente para excluir la preterición? Pregunta que puede tener una respuesta positiva si se piensa:

todos los legitimarios, hijos o descendientes, con independencia de que la simple mención testamentaria incida también sobre la totalidad o sólo sobre parte de ellos.

(25) Para conocer los autores que la mantienen, ver nota anterior número 15.

1.º La teoría que ahora atrae nuestra atención fundamenta la existencia de la preterición no sobre una falta de atribución de la cuota de la preterición no sobre una falta de atribución real de la cuota forzoso en el testamento, es decir, en una omisión del mismo.

2.º De acuerdo con lo dicho, si el causante se limita sin más a nombrar en su testamento al legitimario, sin conocer que el mismo tenía respecto de él esa condición, de tal manera que ni siquiera resulta posible, con arreglo a una interpretación de aquél, descubrir una intención en el *de cuius* de nombrar a éste como tal, no parece forzado llegar a admitir que el mismo (incluso para la teoría que considera la mención como suficiente para evitar la preterición) ha sido preterido, pues no cabe duda que ha resultado, a pesar de la mención, formalmente omitido legitimaria, sino sobre la idea de una ausencia de mención del heredero dición.

como heredero forzoso del causante al no nombrarlo éste en esa conque si el *de cuius* se ciñe a nombrar estrictamente en su testamento a un legitimario del que desconocía esa condición (situación, como es fácil de imaginar, nada frecuente, pues supone no sólo el desconocimiento de una determinada relación de parentesco, sino además, lo que por sí mismo ya puede entenderse como excepcional, que el causante nombre a alguien sin otro alcance que ese, es decir, simplemente por nombrarlo sin atribuirle nada (26), parece lógico pensar que de haberla conocido no se hubiera limitado a nombrarlo, sino que habría hecho alguna disposición patrimonial a su favor.

4.º No admitir, inclusive para la teoría que considera la simple mención como suficiente para excluir la preterición, que en esas circunstancias no queda ésta obviada, colocaría a sus defensores a un paso de dar entrada, en la normativa que regula la materia sucesoria en el Código Civil, a la sucesión forzosa entendida en sentido técnico, por:

a) Conforme al artículo 658, 1, del Código Civil la sucesión testamentaria es aquella que se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento.

b) Si, como hemos dicho, ni una interpretación, de acuerdo con el artículo 675 del Código Civil, de las cláusulas testamentarias (con utilización si se quiere de los llamados medios de prueba extrínsecos) permite afirmar la presencia en ellas no ya de la voluntad del causante de mencionar al legitimario como tal, sino ni tan siquiera la intención de ello, parece evidente que todo lo que resulte añadido a esa escueta mención

(26) Con todo, puede darse, por ejemplo: Un abuelo que nombra a un nieto extramatrimonial con el que tenía amistad, pero del que desconocía su condición de descendiente.

no será voluntad ni intención del causante manifestada en testamento y, por ende, parte de una sucesión testametararia.

c) Si junto a lo expuesto concurre, como es preciso para poder dar entrada a la idea de preterición, que el testador dispuso de todo su as hereditario, nos encontraremos con que ni por sucesión testada, al estar ausente incluso la intención del testador en el sentido expuesto, ni por sucesión intestada, por que no se llega (al tener, art. 658, 1, *in fine*, CC, un carácter subsidiario) a abrir, tiene acceso la consideración de que el legitimario nombrado, pero no como tal en el testamento por desconocer el causante esa condición de él, lo fue con dicha cualidad.

d) Si por sucesión testada (y mucho menos por la intestada, que ni siquiera llega a producirse) no cabe, por lo que hemos dicho, la posibilidad de que en la simple mención pueda entenderse incluida la cualidad de heredero forzoso, es evidente que la única manera, y puesto que la sucesión *ab intestato* no se da, de encajar la misma en la primera, por encima, por tanto, de la voluntad del causante, sería a través de una imposición legal; es decir, por la vía de una sucesión forzosa, lo que avocaría a la siguiente pregunta: ¿Qué sentido tienen los efectos previstos para la preterición en el artículo 814 del Código Civil si se admite en dicho cuerpo legal la existencia de un tercer género sucesorio como el forzoso? (27).

A lo anterior se puede objetar que la cualidad de heredero forzoso no viene conferida por el causante, sino atribuida directa o imperativamente por la ley a quienes reúnen unos determinados requisitos, de tal manera que el heredero forzoso que lo es no deja de serlo únicamente porque el testador simplemente lo mencione o lo deje de hacer. La objeción, aunque atinada, no choca con el planteamiento expuesto en el que no sólo no se rechaza, sino que ni siquiera se cuestiona que el heredero forzoso deje de tener, al menos en potencia, en ningún momento esa condición. Ahora bien, esto no empece para considerar que existe, entre la mención sin más (o por otra consideración distinta de la de legitimario) hecha en testamento y la cualidad de heredero forzoso que tiene el mencionado, una disociación, consecuencia del desconocimiento de dicha cualidad por el causante, que se traduce en la imposibilidad de reconocer, como parte de la voluntad (o intención) del causante, que aquélla

(27) En otros términos, si admitir la sucesión forzosa supone que la legítima la va a recibir el legitimario siempre por el título de heredero forzoso, en virtud del cual la Ley ha dispuesto imperativamente de aquélla en favor de quien la ostenta, de tal manera que cualquier disposición del testador respecto de la misma, como parece coherente mantener, será radicalmente nula, qué sentido tiene el instituto de la preterición cuando el mencionado efecto puede igualmente desencadenarse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, del Código Civil, por el que se declara nulo de pleno Derecho el acto que vaya en contra de una norma imperativa.

está contemplada en ésta; de tal manera que si en la voluntad testamentaria del *de cuius* no se puede apreciar inserta la condición de heredero forzoso que, no obstante, tiene el mencionado, cabe pensar que testamentariamente éste ha resultado omitido como legitimario y, por ende, preterido, aunque legalmente haya tenido siempre, desde que se abrió la sucesión, aquella condición, de otro lado, indispensable para poder hablar de la preterición.

d'') *El alcance de un nuevo planteamiento.*—La otra variante prevista era:

2.^a Que no se vean afectados por la simple mención testamentaria todos los hijos o descendientes ni todos ellos puedan considerarse preteridos. Ahora los efectos (art. 814, 2.º, 2, CC) son los de anular la institución de heredero, si bien mantendrán su validez las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. Sin embargo, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en la medida en que perjudique a las legítimas (efectos en los que profundizaremos más adelante). Supuesto contemplado en el que se ven enfrentados los intereses de los herederos forzosos simplemente mencionados (preteridos, por tanto, según la teoría a la que ahora atendemos) con los favorecidos, legitimarios o no, con una institución de heredero al beneficiar los efectos de la preterición a los primeros y perjudicar a los segundos y ocurrir justamente lo contrario de mantenerse que ese supuesto es de desheredación injusta. De distinta manera ocurre entre los beneficiados con mandas o mejoras e incluso el cónyuge instituido heredero y los herederos forzosos mencionados sin más, por cuanto los primeros se verán perjudicados en igual medida tanto si se entiende acaecida la preterición como la desheredación injusta y los segundos porque en uno y otro caso sólo recibirán lo que por legítima tenga derecho a percibir.

Distintas consecuencias previstas en los párrafos 1 y 2 del número 2 del artículo 814 que no afectan al planteamiento de fondo en la medida en que con independencia de que resulten o no afectados todos los legitimarios por la preterición ésta deberá ser, para que se desplieguen los efectos de alguno de los mencionados párrafos, no intencional de hijos o descendientes. Aserto que permite trasplantar, sin que de ello resulte en principio especial dificultad, las reflexiones hechas, al conectar los efectos de la preterición no intencional total de hijos o descendientes con la idea de insuficiencia de la mención testamentaria para evitar la preterición, al supuesto de preterición no intencional, pero parcial, de hijos o descendientes.

e'') *Puntualizaciones en torno a una nueva posibilidad: excluir la*

preterición.—La otra posibilidad, a la que daba entrada la simple mención testamentaria del legitimario, suponía la exclusión (a pesar de la falta de atribución material en favor del heredero forzoso) de la preterición. Opción que podía ser matizada en el sentido expuesto al contestar la pregunta que en estos términos: ¿De darse el presupuesto mencionado (desconocimiento por el causante de la cualidad de heredero forzoso de aquél a quien se limita a nombrar), se incurriría en preterición tanto para la teoría que nos ocupa como para la que ve en la simple mención base suficiente para excluir la preterición? fue formulada con anterioridad.

Pero no quedaban aquí las puntualizaciones que cabía hacer en relación con la teoría que ahora atrae nuestra atención (simple mención testamentaria excluye la preterición). En efecto, si se piensa detenidamente sobre la posición expuesta aparece de forma inmediata la siguiente duda: ¿No hay preterición porque se entiende que se produce un supuesto de desheredación injusta, o no hay ni una ni otra porque se entienden satisfechos, al menos parcialmente, los derechos legitimarios del heredero forzoso? La primera posibilidad aludida (no hay preterición porque se ha producido una desheredación injusta) nos parece poco aceptable si se toma en cuenta el punto del que partimos (simple mención, sin más, del legitimario en testamento) y se conecta con el planteamiento que aceptamos respecto de los presupuestos de existencia de la desheredación injusta (28). Conforme al mismo llegamos a mantener, y sólo por dar un apunte de ello, que de no confirmarse en el testamento (pese a una labor de interpretación del mismo realizada de acuerdo con el artícu-

(28) A nuestro entender, estaremos ante un supuesto de desheredación injusta (lógicamente además de si no cumple los requisitos de la desheredación justa) cuando conozcamos que la voluntad del testador es la de privar de la legítima a los legitimarios (únicos que por tener derecho a recibir esa cuota legal pueden ser desheredados); de otra manera, si se demuestra la conexión entre la voluntad de privar de la legítima del causante y quienes pueden ser privados de la misma (los legitimarios). Cualquier caso en el que no se pueda establecer fehacientemente esa relación entre los dos términos mencionados, bien porque se desconozca la voluntad del causante, bien porque aun conocida no se pueda referir a los legitimarios, deberá entenderse como un supuesto de preterición y no de desheredación injusta.

De otro lado, para que exista desheredación resulta preciso que la voluntad de privar de la legítima aparezca reflejada en el testamento, de lo contrario, es decir, cuando ninguna cláusula testamentaria reflejara expresamente la intención del causante de privar (conforme a Derecho o no) de la legítima a quienes les correspondía, ni la misma resultara, dentro de las disposiciones testamentarias, evidente como voluntad o intención del testador, lo único absolutamente cierto sería que el *de cuius* no había cumplido (si lógicamente no se admitía, de existir, la donación *inter vivos* como medio de eludir la preterición), frente a uno o más de sus legitimarios, totalmente los deberes que tenía de atribuirles, con arreglo a alguno de los títulos testamentarios, su cuota legítima correspondiente y, en consecuencia, que había incurrido en preterición.

lo 675 del CC), al menos la intención del causante de no dejar la legítima correspondiente al heredero forzoso (como acontece de existir una simple mención testamentaria del legitimario, de la que difícilmente cabe desprender intención alguna de privar de la legítima), aun cuando ésta se hubiera manifestado extratestariamente, cabía entender ocurrida la preterición antes que la desheredación injusta.

La segunda posibilidad suscitada (no hay preterición porque se entienden, siquiera en parte, cubiertos los derechos legitimarios del heredero forzoso) contaba, a nuestro entender, si la simple mención testamentaria del legitimario se hizo a título de tal, con mayores rasgos de verosimilitud si se considera que cuando eso ocurre, aun cuando falte la concreta atribución material (*mortis causa* o *inter vivos*) en favor del legitimario, ésta puede entenderse subsumida en la propia mención. En definitiva, si al legitimario se le menciona con esa cualidad en el testamento no resulta forzado entender que con ella se le está, aunque implícitamente, reconociendo también su derecho a la legítima (es decir, que existe la intención del causante de que aquél la reciba) y con ello un título testamentario, el de legatario de cuota (pues la legítima sólo puede ser activo líquido), en virtud del cual aquél va a recibir lo que por ésta le corresponda (29).

c") *La sola atribución material: otra alternativas.*—La otra gran alternativa en estudio nos colocaba en la perspectiva de la simple atribución por cualquier título de la legítima. Desde ella era igualmente posible contemplar dos grandes opciones:

- 1.^a La de entender, en tal caso, acaecida la preterición.
- 2.^a La que consideraba en iguales circunstancias (simple atribución de la legítima, sin mención testamentaria alguna) que la preterición quedaba excluida.

Antes de dar paso a esos dos grandes posibilidades planteadas consideramos oportuno aclarar, en aras de una mejor comprensión del tema, que la peculiaridad de la corriente doctrinal que ahora llama nuestra atención se da lógicamente cuando ese cualquier título de atribución no es *mortis causa* (más concretamente testamentario), sino *inter vivos* (por lo general una donación); de tener aquél carácter no sólo habría dificultad en dar acceso a la idea de preterición, sino que además se

(29) En el sentido de admitir esa posibilidad se muestra VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones. I. Fundamentos*, Madrid, 1982, página 615; *idem*, «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima» (a propósito de un trabajo de MANUEL BERNALDO DE QUIRÓS), *ADC*, tomo XXXIX, fasc. I, 1986, págs. 54 y sigs.; *idem*, «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *An. Real Ac. Juris. y Legis.*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 105 y sigs.

trataría de un supuesto en el que coincidiría con aquella otra directriz que exigía la mención en testamento y la atribución como necesarias para evitar aquélla. De otro lado, cualquiera de las antagónicas soluciones propuestas (favorable o desfavorable a admitir en tales casos la preterición) resulta, al igual que ocurría en planteamientos anteriores (recuérdese el hecho en torno al art. 817 CC) beneficioso o perjudicial para los intereses de los omitidos en el testamento y viceversa para los de quienes eran designados en el mismo. Más concretamente, la opción se planteaba entre la figura de la preterición y el derecho al complemento de la legítima previsto en el artículo 815 del Código Civil (30). Para los primeros, bien es cierto que la aplicación del artículo 814, 1, del Código Civil les daría tanto, al cubrir sus intereses en igual medida (derecho a recibir sólo su legítima) como la del artículo 815 del mismo Código, pero no ocurría lo mismo para los beneficiados por alguna liberalidad testamentaria, entre otras razones porque el artículo 814, 1, del Código Civil preveía un orden en la reducción de las mismas, mientras que el 815 del mismo Código actuaría indiscriminadamente (al menos desde el punto de vista del título) sobre todas ellas. A pesar de ello no nos vamos a detener especialmente en esta situación planteada al considerar que las justificaciones que encontremos más adelante a favor o en contra de la preterición podrán perfectamente trasladarse sobre la que ahora dejamos al margen.

a'') *Distintas soluciones: idéntica cobertura de los intereses de los omitidos.*—Si nos apartamos ya de esas consideraciones generales, observamos que la primera opción planteada consideraba insuficiente la simple atribución (si recordamos lo dicho sólo la *inter vivos*) para evitar la preterición del legitimario. Solución que, si bien es verdad, contaba con argumentos a su favor (31), no lo es menos que también era rechazada a través de otros muchos (32), entre los que cabe destacar el que considera poco razonable entender en tales casos (simple donación *inter vivos* para cubrir la legítima), acaecida la preterición cuando lo primero que debería hacer el preterido sería imputar a su legítima lo percibido

(30) La desheredación injusta queda descartada inicialmente al no existir (en el planteamiento que ahora nos ocupa) alusión alguna del legitimario en el testamento del causante.

(31) Ese era ya el parecer de la *Memoria del Tribunal Supremo de 1908*, recogida por SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, tomo X, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid, 1910, págs. 1137 y sigs.; *idem*, *op. cit.*, págs. 1137 y sigs.; PÉREZ ARDA: «Preterición testamentaria parcial», *RGLJ*, tomo 122, 1913, págs. 252 y sigs.

(32) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 6.ª ed., tomo IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid, 1944, págs. 576 y sigs.; ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, vol. V, Sucesiones, Madrid, pág. 334.

en vida del testador (33); o aquel otro que entiende excluidos en esos supuestos el olvido total del legitimario y con ello la preterición de éste (34).

Ahora bien, como ya anticipamos, la determinación, a favor o en contra de la existencia de preterición, no dejaba de ser puramente teórica desde el punto de vista de los legitimarios que verían cubiertos en la misma medida sus intereses tanto si se les consideraba preteridos como si sólo se les concedía el derecho a pedir, en virtud del artículo 815 del Código Civil, el complemento de su legítima. Situación que se producía cuando aún admitida la preterición ésta no afectaba a hijos o descendientes o afectándoles no podía calificarse de no intencional, en cuyo caso el alcance de los efectos previstos por el artículo 814, 1, del Código Civil llegaba hasta el límite preciso para cubrir la legítima de aquél, lo que igualmente se conseguiría por el mecanismo previsto en el artículo 815 del Código Civil. De tal manera que, en cuanto a los efectos, resultaba indistinto para los omitidos en testamento (aunque beneficiados por alguna liberalidad *inter vivos*) que se propugnase la preterición o sólo el derecho a pedir el complemento de su legítima.

b'') *Un conflicto de intereses: algunas consideraciones para su posible solución.*—El panorama variaba notablemente cuando lo que se podía defender era la preterición no intencional de hijos o descendientes en cuyo caso, tanto si ésta era total como parcial, las consecuencias previstas por el artículo 814, 2.º, del Código Civil no coincidían con la del artículo 815 del Código Civil, con lo que la decisión favorable o desfavorable a la preterición cobraba una doble importancia (teórica y práctica) al beneficiar la aplicación de un artículo, el 814 del Código Civil, a los beneficiados por alguna atribución *inter vivos*, pero silenciados en el testamento y perjudicar a los favorecidos en el mismo, mientras que ocurría a la inversa de aplicarse el artículo 815 en lugar de aquél.

Ante el planteamiento realizado lo primero que parece lógico cuestionarse es si resulta posible hablar de una preterición no intencional (de hijos o descendientes) si previamente ha existido una atribución material de la legítima por un título *inter vivos* (normalmente una donación) en favor de aquéllos. Posibilidad que parece admisible, porque aún cuando en principio cabe pensar que el hecho de haber favorecido con alguna donación a un legitimario que luego resulta silenciado en el testamento induce a considerar, puesto que se conocía su existencia como parece demostrado al favorecersele con una donación, que no puede

(33) Díez-PICAZO y GULLÓN, *loc. últ. cit.*, vol. IV, págs. 559 y sigs.

(34) LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, tomo V, págs. 518 y sigs., en las que además añaden: Imponer en esos casos (donaciones *inter vivos* que cubren la legítima) al causante un deber de mencionar al legitimario en el testamento parece un plus inútil e irracional.

apreciarse falta de intencionalidad, de tal manera que aún aceptada la preterición del mismo ésta sería intencional, esa primera impresión puede quedar desvanecida si se piensa, por ejemplo, que el causante lo silenció en su testamento por creerlo fallecido, conociéndose con posterioridad a la apertura de la sucesión la supervivencia de aquél a quien se omitió sin intención alguna. Posibilidad que al dar viabilidad a ese tipo de preterición (la no intencional de hijos o descendientes) abre de nuevo la disyuntiva entre la figura de la preterición y el derecho al complemento de la legítima (35), lo que nos obliga a pronunciarnos en favor de una o de otro.

Aunque en algún caso muy concreto (donación *inter vivos* que cubría íntegramente la cuota legitimaria del único heredero forzoso del causante) se puede llegar a defender como aceptable la posibilidad de no considerar acaecida la preterición de aquel legitimario, no es menos cierto que existen inconvenientes para una aplicación indiscriminada de dicha posibilidad (36); consideraciones a tener en cuenta a la hora de decidir sobre la existencia o no de preterición, a las que se pueden añadir las siguientes:

1.^a La simple atribución *inter vivos* en favor del legitimario (sin mención o recuerdo en el testamento) supone que testamentariamente

(35) No planteamos aquí el juego de la desheredación injusta porque entendemos que éste no tendría cabida en tales supuestos, como se desprende de considerar (ver notas anteriores núms. 28 y 30), como es nuestro caso, que la desheredación precisaba de un reflejo testamentario de la voluntad o, al menos, la intención de privar de la legítima a un legitimario.

(36) En efecto, admitir el planteamiento de que el legitimario donatario nunca se debería considerar preterido y, por tanto, imposibilitado para poner en marcha el mecanismo de preterición, aunque sí, conforme al artículo 815 del Código Civil, pedir el complemento de su legítima, si lo donado no llegaba a cubrir lo que por aquélla le correspondía, podía, no obstante, encontrarse en su aplicación con algunos obstáculos que sortear. Concretamente, de acuerdo con el artículo 1.035 del citado Código, el heredero forzoso que concurría, con otros que también lo fuesen, a una sucesión, debería llevar a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de participación. Es decir, que el deber de colacionar del artículo 1.035 se imponía al heredero forzoso que habiendo recibido en vida del causante bienes o valores concurría con otros en la sucesión. Pues bien, esto último, la concurrencia en la sucesión, es precisamente lo que le faltaba (y de otra manera no podía ser si se afirma que el de heredero forzoso no es título alguno de adquisición) al legitimario que había recibido una donación *inter vivos*, pero al que no se le concedió en el testamento título alguno para adquirir *mortis causa* ni, lógicamente, lo tenía por sucesión *ab intestato*. En definitiva, si el legitimario carecía de la condición (heredero, legatario, etc.) suficiente para adquirir *mortis causa*, difícilmente se podría afirmar que el mismo concurría a sucesión alguna y, por tanto, que estuviera sujeto al deber de llevar a la masa hereditaria los bienes o valores recibidos por título lucrativo *inter vivos*, es decir, de llevarlos a colación a una sucesión *mortis causa* de la que no iba a recibir nada (a la que no iba a concurrir) por faltarle el título preciso para ello.

aquéel ha sido desconocido en la condición de tal; entre otras razones porque si bien cabe entender que la misma se encuentra latente en el donatario al recibir la donación, sólo se actualiza realmente, como se desprende de los artículos 806 y siguientes, en el momento de la sucesión.

2.^a Admitir que la preterición queda excluida en cualquier caso si el heredero forzoso, aún sin estar tan siquiera mencionado en el testamento, recibe algo por donación *inter vivos* puede resultar ciertamente paradójico si se toma en consideración:

a) Es posible, porque el artículo 819, 1, del Código Civil así lo permite, que el legitimario reciba en vida del causante una donación de éste en concepto de mejora, es decir, no imputable a su legítima.

b) Aceptada la posibilidad expuesta, no cabe duda que el legitimario, ni tan siquiera mencionado en el testamento del *de cuius*, sólo tendrá a su favor un título de adquisición *inter vivos*. Admitir esto implica que, si se niega, como ocurre en nuestro caso, que el de legitimario es título alguno de sucesión *mortis causa*, deberá también entenderse que el legitimario beneficiado sólo por una donación *inter vivos*, no tiene a su favor título alguno (testado o *ab intestato*) que le permita suceder *mortis causa* al *de cuius*.

Si se comparte lo anterior, resultará, de propugnarse que basta la donación recibida por el legitimario en vida del causante para que éste no pueda considerarse preterido, que el mismo se encontrará, lo que no deja de ser un contrasentido, mejorado, pero sin posibilidad, al carecer de título sucesorio que se lo permita, de cubrir su cuota de legítima porque ni se entiende preterido ni puede ejercitar razonablemente la acción de complemento de legítima, cuando que recibió por donación es mejora y no legítima, de la que, al no recibir absolutamente nada, difícilmente podrá pedir su complemento ni mucho menos estará en condiciones, pues ni tan siquiera se alude a él en el testamento, de entenderse desheredado injustamente.

d) Además, si, como se desprende del artículo 814 del Código Civil, la preterición sólo tiene sentido respecto de herederos forzosos, parece coherente entender que si la atribución material (normalmente una donación) en favor del (mal llamado hasta el momento de la apertura de la sucesión) legitimario la realiza el causante en vida y aquél no adquiere realmente esa cualidad (la de legitimario) hasta que no llega, por fallecimiento del testador, a abrirse la sucesión, que aún con esa atribución *inter vivos* a su favor aquél pueda, al no recibirla cuando tenía verdaderamente la condición de legitimario (es decir, como legitimario en sentido pleno) considerarse preterido.

Otra cosa será que en determinados supuestos resulte aconsejable,

por el ahorro de tiempo y dinero que ello puede comportar, no dar entrada, aun entendiendo acaecida la preterición, a los efectos derivados de la misma, sino a otros (ejemplo: acción de complemento de legítima) que, en igual medida al menos que los de aquella figura, concilien, en el caso concreto de que se trate, los intereses de los omitidos y de los beneficiados por el testamento a la vez que resulten de aplicación más económica para todos ellos. En resumen, si bien en algunos supuestos, de donación *inter vivos*, por ejemplo, puede resultar aconsejable, por las razones que hemos expuesto, soslayar la aplicación, incluso defendiendo la existencia de la figura, de las consecuencias derivadas de la preterición; en otros (como se ha visto anteriormente), esa misma postura, contraria a admitir la presencia de la tan citada figura y de sus efectos de haberse beneficiado únicamente a un legitimario con una donación *inter vivos*, sería difícil de incardinar adecuadamente dentro de las normas que regulan la sucesión *mortis causa* en el Código Civil. Razones todas que hacen decantarse, por más prudente, del lado de la idea de acoger como exigencia general para determinar o no la existencia de preterición, con independencia de que en casos específicos no se desplieguen los efectos de la misma, la de que la simple atribución *inter vivos* debe ir acompañada de una referencia testamentaria, aun sucinta, en favor del legitimario beneficiado por aquélla. Consideraciones todas que resultan, como ya preveíamos, perfectamente aplicables a cualquier tipo de preterición y no sólo a la no intencional de hijos o descendientes.

B) NUEVOS LEGITIMARIOS: EXIGENCIA DE UN MANDATO CONSTITUCIONAL

Si recordamos (37), la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley (14 septiembre 1979) ofrecía, como principal argumento de justificación de la reforma operada sobre el artículo 814 del Código Civil, el de salir con ello al paso de un previsible aumento, consecuencia de una ampliación subjetiva de la categoría de los herederos forzosos, del número de pretericiones testamentarias. Modificación del citado artículo 814 del Código Civil, que perseguía en última instancia, al igual que la introducida definitivamente sobre otros muchos del citado cuerpo legal por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, armonizar el contenido del decimonónico Código Civil con el recientemente aprobado texto cons-

(37) Ver nota número 2, anteriormente indicada.

titucional (38). En efecto, la citada Ley trataba de reflejar, en los artículos que modificaba, el principio constitucional de no discriminación ante la ley por razón de nacimiento contenido en los artículos 14 y 39, 2, de la Constitución, si bien dicho principio se entendía, por doctrina científica y jurídica (39), plenamente en vigor no desde la reforma introducida en el Código Civil por la citada Ley de 1981, sino desde la promulgación de la Ley Constitucional. Así, pasan a ser, según el nuevo artículo 807 del Código Civil, herederos forzosos y, por tanto, preteribles:

— En primer lugar, los hijos y descendientes tanto matrimoniales, como no matrimoniales, como, así se desprende de los artículos 108, 2, y 179, 1, del Código Civil, y los adoptivos plenos, con exclusión, artículo 180, 3, del Código Civil, de los adoptados en forma simple.

— En segundo lugar, y a falta de los anteriores (art. 807, 2, CC), los padres y ascendientes, al igual que aquéllos, matrimoniales, no matrimoniales, así como los adoptantes en forma plena (art. 179, 1, CC) y no los que hicieron una adopción simple (art. 180, 3, CC), siempre que aquéllos no estuvieran incurso en alguno de los supuestos previstos en el artículo 111 del Código Civil.

— En tercer lugar, en concurso o no con alguno de los herederos forzosos anteriormente reseñados, el cónyuge viudo (art. 807, 3, CC) que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto (art. 834 CC) (40).

a) LOS DESCUBRIMIENTOS CIENTÍFICOS: CAUSA DE IMPREVISIONES JURÍDICAS

Respecto de hijos y descendientes parecía encontrarse totalmente superada, tras la reforma de 1958, la cuestión de la postumidad o cuasipostumidad de los mismos, en el sentido de considerar, a los que estuvieran afectados por una u otra circunstancia, susceptibles de preteri-

(38) La Constitución Española es aprobada por las Cortes Generales el 31 de octubre de 1978, ratificada en referéndum el 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S. M. el Rey el 27 de diciembre del mismo año (BOE núm. 3311-1, de 29 de diciembre de 1978).

(39) Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1984 (ref. Aranzadi 662) y 10 de febrero de 1986 (*Rev. Jur. La Ley*, tomo 1986-2, ref. 6.267, págs. 321 y sigs.); MIGUEL GONZÁLEZ: «Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1985», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (septiembre-diciembre 1985), núm. 9, págs. 230 y sigs.

(40) Sobre una explicación de la aparente incompatibilidad entre el artículo 834 y el 945 del Código Civil respecto a la posición del cónyuge viudo en la sucesión del premuerto, ver: AMORÓS y otros, *loc. últ. cit.*, vol. II, págs. 1278 y sigs.

ción. Sin embargo, la tranquilidad, respecto de este tema, había venido a quebrarse a raíz de los nuevos descubrimientos científicos que permiten no sólo conservar semen humano durante largos períodos de tiempo, a través de unas técnicas de congelación del mismo, sino además la posibilidad de implantarlo con esperanza de fertilidad una vez invertido el proceso de congelación, en el útero materno (41). Avances médicos que van más allá de las previsiones del legislador y, por lo que a nosotros nos interesa, son un adecuado caldo de cultivo para generar importantes problemas en materia sucesoria, muy especialmente en el tema central que nos ocupa: la preterición. Como ya se expuso en un trabajo precedente (42), no es una simple ficción la posibilidad de que, con una adecuada utilización de las mencionadas técnicas, nacieran descendientes póstumos del causante más allá de las previsiones hechas por el Código Civil. Así se desprende de conectar el artículo 29, que habla del concebido no nacido no del que pueda serlo, con el 116 del mismo Código, que establece una presunción de paternidad con un límite máximo de trescientos días desde que se produjo la disolución del matrimonio.

a') *Algunas medidas de prevención*

Pero si lo expuesto resulta por sí mismo suficiente para dejar al menos entrever los problemas que en la práctica se pueden derivar de ese desfase entre regulación legal y desarrollo científico, lo cierto es que pese a ello una actuación previsoría del dador de semen puede paliar en buena medida las consecuencias de esa disfunción entre Derecho y Medicina. En efecto, parte de la doctrina y jurisprudencia (43) se muestran proclives a dar validez a los llamamientos, como herederos o legatarios, hechos directamente en favor de los *nondum concepti*, si bien los mismos se deben encontrar sometidos a la condición suspensiva de que el llamado llegara a nacer con los requisitos que exige el artícu-

(41) Sobre el citado tema, ver: H. ROZEMBAUM: *La pareja estéril: diagnóstico y tratamiento*, versión castellana de CASTELLS ALPUENTE, Barcelona, 1977; GONZÁLEZ MERLO: *Ginecología*, 4.ª ed., 2.ª reimp., Barcelona, 1986, y bibliografía allí citada; *Tribuna Médica*, 1 a 7 de mayo de 1987, págs. 1 y sigs.; *El Médico*, número 231, 8 a 14 de mayo de 1987, págs. 17 y sigs.

(42) LINARES NOCI: *Protección del póstumo ante la preterición*, comunicación presentada al I Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba en 1984, bajo el título: «La tutela de los derechos del menor», y recogida en el libro editado con ocasión del citado Congreso, bajo el mismo título que éste, en Córdoba, año 1984, págs. 277 y sigs., en las que además se barajan otras posibilidades aparte de las ahora referidas.

(43) Entre otros: ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, págs. 75 y sigs.; DÍEZ PICAZO: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 431 y sigs. (en especial, nota 1), y jurisprudencia en esas obras citadas.

lo 30 del Código Civil. De aceptarse lo expuesto, parece claro que si el *de cuius* dador de esperma utilizaba los resortes jurídicos que hemos mencionado anteriormente podría evitar, por lo que a nosotros nos interesa, una circunstancial preterición de los hijos o descendientes concebidos, tras su fallecimiento, mediante una inseminación artificial realizada en su mujer con esperma de aquél (44). Si bien ha de tenerse en cuenta que la eficacia del empleo de los citados resortes depende en no poco de una adecuada determinación de los sujetos a los que vayan referidos, de tal manera que la disposición será nula (art. 750 CC) si se hace en favor de persona incierta (45).

b') *Un dilema jurídico: existencia o no de preterición*

Pero lógicamente los problemas surgían no cuando el *de cuius* que dio semen, al prever adecuadamente las eventualidades descritas, conseguía evitar la preterición de los concebidos con posterioridad a su fallecimiento, sino en aquellos casos en los que o no había hecho un uso adecuado de los instrumentos legales a su alcance o ni tan siquiera lo había intentado. Supuestos en los que surgía el siguiente dilema: o se consideraban preteridos [los concebidos tras la muerte del donante de esperma —o la dadora de óvulos si era el caso (46)—], con lo que se dejaba en manos de la madre (o el padre) un mecanismo (el de la inseminación artificial o asistida) de utilización arbitraria que le permitiría provocar tantas pretericiones como quisiera o de lo contrario esos póstumos, siendo biológicamente tan hijos o descendientes como los demás, se verían privados de derechos legitimarios en la herencia de su padre (o madre) fallecido tiempo atrás. Perspectiva ante la que

(44) Cabía también la posibilidad de que fuese la mujer que hubiera cedido sus óvulos y posteriormente a su fallecimiento los mismos se fecundaran con esperma de su cónyuge viudo. Aquí era igualmente posible pensar en la figura de la preterición, si bien había que resolver una cuestión previa: ¿quién debía entenderse madre de la criatura que de aquella fecundación del óvulo llegara a nacer, la que lo dio a luz o la que aportó éste? Interrogante que en nuestro ordenamiento no contaba con una respuesta definitiva, si bien algún autor: MARTÍNEZ CALCERRADA: «La inseminación artificial en el Derecho», *RDN*, núm. 128, abril-junio 1985, página 206, afirma que si por la técnica empleada en la inseminación artificial ha sido necesario la aportación de óvulos de otra mujer o su función de gestación, la relación de maternidad del hijo, en caso de conflicto, se dará con la mujer que lo alumbró.

(45) ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (artículos 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 185 y sigs., en donde se afirma que se puede considerar válida cualquier fórmula *inter ceteros* siempre que no quede duda sobre la intención del testador de incluir en ella al no designado *nominatum* de que se trate.

(46) Si bien en ese caso se debería aclarar previamente si la condición de madre, al menos jurídicamente, iba a recaer sobre la mujer que facilitó el óvulo o sobre la mujer que alumbró al nuevo ser, pues ello sería fundamental para que existiera o no una situación peculiar en materia de preterición.

nos habíamos inclinado, de acuerdo, entre otras razones, con lo dispuesto en los artículos 758, 29, y 657, todos del Código Civil, del lado contrario a considerar posible su preterición (47).

Junto a lo dicho cabía dar entrada a la existencia o no de consentimiento, por parte del marido premuerto, en orden a que su viuda pudiera hacerse inseminar con esperma que él facilitó en su momento, pero ello, a nuestro entender, no era por sí mismo suficiente para introducir alteración alguna en lo hasta ahora expuesto; porque o bien, ante la posibilidad de que existieran, si quería beneficiar a los *concepturus* introducía en su testamento una institución o legado sometidos a la condición suspensiva de que llegaran a ser personas, o, por el contrario, de no hacer disposición alguna en favor de los mismos, éstos no podrían, de acuerdo con la regulación de la sucesión *mortis causa* que hemos visto contenía el Código, considerarse preteridos, por más que el padre biológico hubiera autorizado a su viuda para utilizar el semen que dio, porque ello no supone modificación alguna de la regulación contenida en los artículos 29, 657 y 758 del Código Civil de la sucesión por causa de muerte (48).

c') *Un embrión preterible: una posibilidad legal*

Pero si las posibilidades anteriormente expuestas, concepción *post mortem* de un descendiente, eran ya atípicas dentro de las normas previstas en el Código Civil para encauzar la sucesión *mortis causa*, existían otras posibilidades que, si cabe, resultaban aún más desconcertantes. Nos referimos concretamente a la posibilidad de mantener congelado en condiciones de ser implantado con perspectivas de viabilidad, no ya óvulos o esperma, sino los dos a la vez, es decir, un óvulo

(47) LINARES NOCI, *op. cit.*, págs. 281 y sigs.

(48) Respecto de esta materia se ha llegado a mantener: MARTÍNEZ CALCERRADA, *loc. ult. cit.*, págs. 196 y sigs., citando a VOUIN, lo siguiente: «... no debe olvidarse que el don de la vida resulta del reencuentro de dos intenciones y que parece humana y socialmente no justificable que una mujer pueda disponer por sí sola de la descendencia del difunto —creándola o no— e incluso de 'fabricar' según su capricho los herederos del premuerto»; CAMPUZANO, CARBAJO y GONZÁLEZ: «Aspecto jurídico de las nuevas técnicas de fecundación», *Actualidad Civil* (semana del 7 al 14 de diciembre), núm. 6, 1985, págs. 294 y sigs., en donde se dice: las perspectivas que se vislumbran ante la evidencia de que pueden venir al mundo niños póstumos concebidos con el semen de un hombre fallecido son escalofrantes si no se reglamenta rápida y razonablemente esas prácticas.

La regulación que de ello se ofrezca puede ser o la de proscribir el acto sin más o, por el contrario, establecer, al menos, un plazo rígido, a contar desde la muerte del marido, más allá del cual no fuera permitido proseguir la inseminación artificial. Tal criterio se persigue ya en Australia.

ya fecundado (49). Este nuevo planteamiento abría no pocas interrogantes, si bien la fundamental para nosotros era: ¿Resultaba posible, si ese óvulo fecundado llegaba a ser persona, dar entrada, si concurrían los demás presupuestos para ello, a la figura de la preterición?

Aquí cabía hacer las siguientes distinciones:

1.^a Que vivieran, cuando el embrión alcanzaba la condición de persona, quienes biológicamente lo propiciaron.

2.^a Que vivieran sólo uno de los que lo generaron.

3.^a Que se hubiera producido el óbito de ambos.

1.^a En el primer supuesto, si la implantación del óvulo fecundado se daba en el útero de la mujer que lo proporcionó (50), el así concebido tendría la condición de legitimario respecto de aquellos que aportaron sus células masculinas o femeninas para ello; en definitiva, tendría la consideración de hijo matrimonial o extramatrimonial, pero en todo caso la de heredero forzoso de aquéllos y al estar dentro de las previsiones de los artículos 657 y 758 del Código Civil susceptible de ser preterido.

2.^a En este supuesto había que distinguir:

— Que viviera sólo el esposo dador de esperma fecundante.

Aquí lógicamente la cuestión fundamental a debatir no se centraba en determinar si era posible o no para él, porque en principio sí lo era (51), incurrir en preterición respecto del concebido extrauterinamente (puesto que llegaba a tener la condición de persona en vida del mismo), sino en apreciar si era posible, conocida la procedencia del óvulo, la preterición de aquél en la sucesión de la mujer que aportó éste. Así, la primera duda a despejar sería si la condición de madre

(49) Para más información sobre el tema, ver: *Tribuna Médica*, 1 al 7 de mayo de 1987, pág. 15, y *El Médico*, núm. 231, 8 a 14 de mayo de 1987, págs. 17 y sigs., en las que se hace referencia al contenido de dos proposiciones de Ley preparadas por el Grupo Parlamentario Socialista para ser presentadas en breve en el Congreso de los Diputados: una dedicada a las técnicas de reproducción asistida y la otra a la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

(50) Si la implantación se producía en una mujer distinta a la que aportó el óvulo fecundado había que dilucidar previamente, lo que aún no estaba previsto en nuestro Ordenamiento, quién de las dos pasaba a tener la condición de madre para saber respecto de cuál de ellas había que referir la posible preterición del así concebido y nacido.

(51) Se dice en principio porque cabe la posibilidad de que se desconociera quién aportó el esperma que sirvió para fecundar el óvulo, en cuyo caso difícilmente se podría entrar en una cuestión de preterición cuando lo primero que había que contestar era: ¿heredero forzoso de quién?

de la persona nacida tras una concepción extramaterna la iba a detentar, al menos jurídicamente, la mujer que aportó el óvulo fecundado o (puesto que, como partimos ahora de la supervivencia sólo del hombre, había fallecido antes de que se produjera el desarrollo intrauterino de aquél) la que se lo hizo implantar en su seno. De predicarse la condición de madre de esta última el ser nacido podía resultar preterido en la sucesión de la misma, pero el caso no dejaría de ser normal dentro de las previsiones del Código. Si en lugar de lo expuesto se afirmaba que la madre era no la que lo alumbró, sino la mujer que dio su óvulo para que se fecundara, en ese caso podía apreciarse cierta contradicción a la hora de buscar una posible salida respecto a la admisibilidad o no de la preterición. En efecto, si el óvulo fecundado se desarrollaba y llegaba a alcanzar la condición de persona, tiempo después (desde inmediatamente, hasta el que permitiera la ciencia tener congelado ese embrión con posibilidades de desarrollo si se implantaba en un útero) de acaecida la muerte de quien lo cedió, podía pensarse que por aplicación de los artículos 657 y 758 del Código Civil, no era posible, al igual que ocurría en la congelación de esperma —o de óvulos—, hablar de una preterición del mismo. Apreciación inicial que se desvanecía si se prestaba atención al contenido del artículo 29 del mismo Código que afirmaba: «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente». Conforme a esto, si el óvulo fecundado, aunque congelado posteriormente hasta el momento de su implantación, se consideraba comprendido, como parece razonable, en el término «concebido» se abría a través de ello la posibilidad de extender la preterición al caso de que ese ser simplemente concebido llegara a nacer con los requisitos que determinaba el artículo 30 del Código Civil.

El otro supuesto a contemplar dentro de este segundo apartado sería:

— Que viviera (cuando el óvulo fecundado llegaba a tener la condición de persona) sólo la mujer que lo proporcionó.

Respecto de ella, lógicamente cuando se produjera su fallecimiento, el ser ya nacido estaría, si era el caso, ante un supuesto de preterición que no presentaba particularidad alguna. Por lo que hace al dador de esperma (fallecido con la anterioridad que se quiera, si bien dentro de los límites fijados por la ciencia médica de conservación en perfecto estado de ser implantado con esperanza de viabilidad el óvulo fecundado) la posibilidad de preterir en su testamento, si, como es obvio,

no había hecho las previsiones oportunas en el mismo, al ser nacido posteriormente de ese óvulo que él colaboró a fertilizar vendría a introducirse, al igual que ocurría en el supuesto anterior, mediante la vía del término «concebido» a que se refería el artículo 29 del Código Civil.

3.^a Que hubiera fallecido, después de la fecundación del óvulo, quienes aportaron las células masculinas y femeninas para ello (52).

En este caso la primera cuestión que habría de esclarecerse, puesto que el embrión se iba a desarrollar hasta su alumbramiento en el seno de una mujer distinta de la que aportó el óvulo (pues ésta había muerto), era la de determinar cuál de ellas sería considerada jurídicamente como madre y, en consecuencia, respecto de cuál sería heredero forzoso el nacido en esas condiciones. Si la maternidad, desde el punto de vista jurídico al menos, se decantaba del lado de quien alumbró ese ser previamente concebido, las cuestiones que de preterición se suscitaban no presentarían particularidad alguna respecto de ella. En caso contrario, fijar la maternidad en la mujer que aportó el óvulo, tanto para ésta como para el varón que dio su esperma, en este supuesto y en el anterior, referido de maternidad de favor de quien alumbró la nueva vida, las posibilidades de incurrir en la preterición del nuevo ser que llegara a formarse como persona se tendrían que canalizar, al igual que en supuestos precedentes, a través del término «concebido» empleado por el tan citado artículo 29 del Código Civil.

En definitiva, si de acuerdo con lo dispuesto en el precepto últimamente citado el concebido se tenía por nacido para todos los efectos que le fueran favorables y el óvulo fecundado extrauterinamente (con independencia de que se implantara directamente en una mujer o se congelara inicialmente para, pasado cierto tiempo, llevar a cabo esa operación) se consideraba incluido dentro del término «concebido» que empleaba el predicho artículo 29 del Código Civil, es claro que el mismo tendría derecho a que se le entendiera como nacido para todos los efectos que le fueran favorables, entre los que indudablemente estaba el de considerarlo como legitimario, al menos en potencia, y por lo mismo con derecho a percibir su legítima; es decir, susceptible de preterición si, como es natural, finalmente llegara a tener, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil, la condición de persona.

a'') *La administración de la herencia: un mecanismo de eficacia discutible.*—Otro tema sería el de determinar qué medidas se habrían

(52) De haberse producido el óbito antes que el óvulo hubiera sido fecundado, la aplicación del artículo 29 del Código Civil como propiciadora de la viabilidad de la figura de la preterición resultaría mucho más discutible al no poderse hablar, al momento del fallecimiento de quienes aportaron las células femeninas y masculinas, de un ser ni tan siquiera concebido.

de adoptar en relación con el patrimonio hereditario entre tanto aquel óvulo fecundado extrauterinamente llegaba definitivamente a alcanzar o no (porque se malograra antes o después de ser implantado en un útero) la condición de persona. Inicialmente cabía pensar que sería de aplicación lo dispuesto en los artículos 959 y siguientes del Código Civil, con lo que la herencia sería colocada en administración hasta tanto se confirmara el fracaso o el éxito de aquel evento. Posibilidad que se encontraba con algunos inconvenientes en su aplicación, tales como:

1.º Es cierto que el artículo 965 del Código Civil permite colocar los bienes hereditarios en administración hasta que se verifique el parto o el aborto.

2.º A pesar de ello, no es menos cierto que el citado artículo prevé un tiempo de duración de la misma que va en función de que se verifique el parto, el aborto *o de que haya pasado con exceso*, como puede ocurrir perfectamente en los supuestos que ahora nos ocupan, *el término máximo para la gestación*.

3.º La apreciación anterior resulta confirmada en el artículo 967 del Código Civil, en donde se afirma que verificado el parto o el aborto, *o transcurrido el término de la gestación*, el administrador de los bienes hereditarios *cesará en su cargo*, dando cuenta de su desempeño a los herederos o a sus legítimos representantes.

Pese a lo dicho, cabe pensar en una mayor dilación del tiempo en que pueden estar los bienes hereditarios sometidos a administración si se atiende a que en los supuestos ahora contemplados (fecundación extrauterina del óvulo que posteriormente resulta congelado) por el hecho de haber transcurrido con exceso el término máximo para la gestación no se adquiere la certeza, a la que alude el artículo 956 del Código Civil, de que el parto no tendrá ya lugar (53).

d') *La nada: etéreo fundamento de unas soluciones jurídicas*

En definitiva, el desfase existente entre los avances de la Medicina y una adecuación a ellos del mundo del Derecho hace, como hemos visto, que muchas de las situaciones a que pueden llevar los nuevos descubrimientos científicos se encuentran, no ya inadecuadamente reguladas, sino lo que ciertamente es peor, completamente desprovistas de

(53) Para un mejor conocimiento de los temas relacionados con la administración de la herencia, ver: GITRAMA: *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, en donde se recogen (pág. 49) afirmaciones como éstas: Durante este período (el que va desde el fallecimiento del causante hasta el nacimiento del no concebido) lógicamente la herencia debe hallarse en administración.

una ordenación jurídica que al menos serviría para encauzar las posibles soluciones. Situación de orfandad legislativa que determina que el encontrar respuestas jurídicamente adecuadas a esas nuevas situaciones resulte, sencillamente porque falta la normativa en que apoyarse, poco menos que imposible, de tal manera que las que se pueden apuntar como viables son más de *lege ferenda* que de *lege data*.

Consideraciones con las que, al menos y por lo que sirva, tratamos de dejar constancia de la problemática sociojurídica que la separación entre Medicina y Derecho es capaz de generar y a la que se debe poner fin lo antes posible.

b) *Una expresión: algunas interrogantes*

La última expresión de lo que constituía la primera parte de nuestro recorrido sobre el nuevo texto del artículo 814 del Código Civil era la siguiente: «No perjudica la legítima». Expresión que planteaba fundamentalmente dos dudas:

- 1.^a ¿De quién era la legítima no perjudicada?
- 2.^a ¿Qué legítima no debía perjudicarse: la corta o la larga?

a') *¿Legítima de quién?*

En relación con la primera interrogante la doctrina entendía que se trataba de la legítima de los preteridos (54). Sin embargo, no parecía existir inconveniente alguno en extender ese no perjuicio de la legítima al resto de legitimarios, es decir, a los no preteridos. Esta extensión propugnada, en principio chocante por cuanto cabía pensar que los legitimarios que no fueron preteridos habían sido respetados al menos parcialmente en sus legítimas, con lo que parecía innecesario considerarlos incluidos en la frase que ahora nos ocupa, cobraba cierto sentido si se entendía como que los herederos forzosos no preteridos no debían verse perjudicados en sus cuotas legitimarias cualesquiera que fuesen los efectos derivados de la preterición de alguno de ellos, tanto si les llevasen a suceder por testamento como *ab intestato*. En definitiva, se podría entender como un complemento del artículo 813, 1, del Código Civil en el sentido de que conforme a éste el testador no podía privar a los herederos de su legítima y de acuerdo con el alcance ahora dado a la

(54) En este sentido: BOLAS ALFONSO: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*, tomo XXV, págs. 196 y sigs.; REY PORTOLÉS: «Comentarios a 'vuelapluma' 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 1982, págs. 336 y sigs.

proposición que nos ocupa «no perjudica la legítima» sería la ley la que, a través de los efectos que disponía para los casos de preterición, no podría menoscabar a los legitimarios que la recibieron, el derecho a percibir, por sucesión testada, si ésta no se derrumbaba en su totalidad, o intestada, si ocurría lo contrario, la suya, a la vez que lógicamente aseguraba, como efecto mínimo derivado en principio de toda preterición, el derecho a dicha cuota legal de quienes resultaron preteridos.

b') *¿Qué legítima?*

Respecto de la segunda interrogante, algunos autores se mostraron partidarios de considerar que la legítima que no se podía perjudicar era la corta (55), postura que parece razonable, salvo, lógicamente, que existiera un solo heredero forzoso y éste fuera preterido, en cuyo caso no tenía sentido distinguir entre una legítima corta y larga, si se piensa:

1. Uno de los presupuestos necesarios para que pueda hablarse de preterición es que el testador haya dispuesto de todo su as hereditario, es decir, que no llegue a abrirse la sucesión intestada.

2. Lo dicho supone que si el testador ha dispuesto de todo su as hereditario en favor de todos salvo uno al menos (el preterido), sus herederos forzosos, es claro que, aunque no diga concretamente que mejora a los legitimarios beneficiados en testamento, estos se pueden entender, al existir un reparto desigualitario (pues uno al menos de ellos quedó preterido) del tercio de mejora entre los legitimarios, mejorados a través de las propias disposiciones testamentarias que le confieren el mencionado tercio (56).

3. Si a lo anterior se añade, cuando sea el caso, que la preterición es intencional, resultará que lo expuesto en defensa de la existencia de mejora, podrá reforzarse con la idea de que el testador no quería, puesto que lo pretirió intencionalmente, dejarle nada al omitido y obviamente mucho menos mejorarlo.

(55) PINTO RUIZ: «El actual artículo 814 del Código Civil no introduce el instituto de la representación sucesoria en la sucesión testada», *RGD*, núm. 483, 1984, año XLI, págs. 2679 y sigs.; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, quien afirma, págs. 336 y sigs., que no sería un desacierto, a propósito de la opinión de VALLET sobre la mejora tácita y de la Sentencia de 23 de enero de 1959, defender que prevalecerá la tesis de la legítima corta; AMORÓS y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, págs. 1281 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales Real Academia Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 103-104.

(56) Admiten la mejora tácita: ALBALADEJO: «Para una interpretación del artículo 814, 1.º, del Código Civil», *RDP*, 1967, págs. 1042 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. II, Madrid, 1981, págs. 114 y sigs.

4. Así, si por un lado se puede afirmar, aunque el testador no diga expresamente que los mejora, que existe mejora en favor de los legitimarios beneficiados testamentariamente, con lo que el tercio de mejora no se puede considerar como legítima, y de otro que el testador, si la preterición es intencional, ha querido dejar sin nada al legitimario así preterido, no resulta forzado admitir que la legítima que no se puede perjudicar de los preteridos es la corta y no la larga.

5. Admitir, de darse los presupuestos mencionados, lo contrario, es decir, que el preterido (o los preteridos) no podrá verse perjudicado en su legítima larga, supone, si se aceptan los planteamientos anteriores, desconocer totalmente la voluntad testamentaria que curiosamente resulta, aunque suponga adelantarnos en el plan de análisis proyectado, respaldada por el propio artículo 814, 5, del Código Civil.

Ahora bien, lo dicho no quiere decir que en determinados supuestos la solución propuesta no deba variarse. Tal ocurre, por ejemplo, cuando el testador no sólo incurre en la preterición de alguno de sus legitimarios, sino que además atribuye a título de legado únicamente al resto de los no preteridos, el tercio de legítima e instituye en los dos tercios restantes, de mejora y libre disposición, a un extraño; o bien incurre en la preterición no intencional de todos los legitimarios. En esos casos citados entendemos que la interpretación que se dé a la expresión: «no perjudica la legítima» no debe quedar reducida sólo a la corta, por razones como estas:

1.^a El testador, como ocurre en el primer supuesto planteado, al disponer del tercio de mejora en favor de un extraño deja claras dos cosas:

- a) Que ha incurrido, al disponer de él en favor de extraños, en inoficiosidad respecto del tercio de mejora, por lo que le será de aplicación el artículo 817 del Código Civil.
- b) Que no ha querido mejorar a ninguno de sus herederos forzosos.

De tal manera que si, por un lado, nos encontramos con que las disposiciones comprensivas del tercio de mejora deben sufrir la reducción por la inoficiosidad o exceso prevista en el artículo 817 del Código Civil, y, de otro, con que el causante no ha tenido la intención de mejorar a ninguno, preterido o no, de sus legitimarios, parece que lo más acertado es distribuir igualitariamente el tercio de mejora, puesto que éste no ha dejado, en última instancia, de ser legítima, al no utilizarse para mejorar. En consecuencia, el legitimario preterido no tendría únicamente derecho a percibir lo que le correspondiera del tercio de legítima.

tima estricta (su legítima corta o individual), sino también lo que le correspondiera, como consecuencia de la reducción, del tercio de mejora que al no disponerse para mejorar se consolidó (al fallecimiento del causante) como legítima, es decir, su parte de legítima colectiva, con lo que recibiría su legítima larga. Excluir de la legítima colectiva al legitimario preterido no tendría razón de ser sobre todo si se piensa que la misma no fue distribuida desigualitariamente entre los herederos forzosos por el único que podía hacerlo: el causante (art. 808, 2, CC).

2.^a En el segundo supuesto, preterición no intencional de todos los legitimarios, la solución a la que llevaría el despliegue de los efectos previstos en el artículo 814, 2.º, 1, del Código Civil para tales casos, sería, para los legitimarios, idéntica a la anterior, porque al anularse todas las disposiciones de contenido patrimonial todos ellos deberían recibir igual proporción no sólo del tercio de legítima, sino también del de mejora e incluso del de libre disposición.

En resumen, entendemos que la proposición en estudio, «no perjudica la legítima», puede considerarse por los argumentos anteriormente referidos, en sentido estricto o en sentido lato, pues el darle un único alcance (riguroso o amplio) podría llevar a soluciones injustas. En otros términos, si el causante no dispuso del tercio de mejora para beneficiar, mejorándolo, a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios y se admite, como lo hace buena parte de la doctrina (57), que lo que no es mejora debe entenderse como legítima parece razonable que la legítima que no debe perjudicarse del preterido no sólo comprenderá su porción correspondiente en el tercio del mismo nombre, sino también la respectiva en el denominado tercio de mejora que formará con aquél la legítima larga (art. 808, 1, CC) de ese heredero forzoso preterido. Si, por el contrario, el causante dispuso adecuadamente (es decir, en favor de algún legitimario) de todo el tercio de mejora y se considera que lo que es mejora no es legítima, sólo cabe admitir que la legítima que no debe perjudicarse del preterido será la corta únicamente.

(57) Entre otros: VALLET DE GoytisoLo: *Panorama del Derecho de sucesiones. I. Fundamentos*, Madrid, 1982, págs. 711 y sigs., en el que si bien afirma que una vez deferida la sucesión el tercio de mejora es legítima, en cuanto no haya sido dispuesto para mejorar..., más adelante matiza: el tercio de mejora no es verdadera legítima, ya que ésta asume su carácter frente a todos de manera absoluta; ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pág. 375; Díez PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, volumen IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, página 605; NÚÑEZ BOLUDA: «El orden de suceder *ab intestato* y personas con derecho a la legítima después de la reforma del Código Civil de 1981», *RDP*, septiembre 1986, pág. 747.

C) LA REDUCCION: UN EFECTO DE LA PRETERICION

a) PRESUPUESTOS TÁCITOS Y EFECTOS EXPLÍCITOS

El siguiente trazado del recorrido previsto sobre el artículo 814 del Código Civil discurre por: «Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias». Apenas vista la proposición transcrita, saltaban con independencia del mayor o menor acierto de predicar el: «Se reducirá» de la institución de heredero (58), de forma casi inmediata interrogantes como estas:

1. ¿Cuándo se llevará a cabo la reducción?
2. ¿En qué medida se producirá?

Para elaborar la respuesta a la primera cuestión planteada había que conectar la proposición que en este instante nos ocupa con el párrafo siguiente del citado artículo 814. Apreciación conjunta del texto de ambos apartados que por exclusión permitía conocer cuál era el presupuesto necesario para que se produjera la reducción antes referida, es decir, para saber cuándo la misma tendría lugar. En efecto, el párrafo que sigue al ahora transcrito se iniciaba con un «Sin embargo» que introducía la idea de que lo que se iba a decir era: no obstante lo dicho anteriormente (59). De tal manera que si lo que se iba a decir, no obstante lo dispuesto antes, se refería a los efectos previstos para un determinado tipo de preterición (la no intencional de hijos o descendientes), resultaba coherente entender que lo dispuesto con anterioridad también aludía a los efectos que desencadenaría una preterición distinta de la anteriormente citada. De acuerdo con ello parecía claro que lo dispuesto en la frase que ahora analizamos, «se reducirá la institución de heredero antes de que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias», eran los efectos previstos para supuestos de preterición intencional, en principio de toda clase de legitimarios, o no intencional de herederos forzosos que no fueran hijos o descendientes del causante. En resumidas cuenta el párrafo recogido literalmente del artículo 814 del Código Civil contenía los efectos que provocaría una preterición que no fuera la no intencional de hijos o descendientes; en esos supues-

(58) Sobre lo desacertado de hablar de reducir la institución de heredero, ver: PINTO RUIZ, *loc. últ. cit.*, pág. 2679; Enmienda núm. 435, primer firmante Díaz Fuentes (Grupo Centrista UCD): *Código Civil (reformas 1978-1983). Trabajos parlamentarios*, tomo I, edición dirigida por F. SANTAOLALLA, Madrid, 1985, pág. 350.

(59) *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 19.ª ed., Madrid, 1982, voz: embargo. Sin embargo: loc. conjunt. No obstante, sin que sirva de impedimento, pág. 510.

tos era cuando se debía reducir la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

b) COORDENADAS BÁSICAS DE UNA INSTITUCIÓN

Respecto de la segunda pregunta que nos hicimos, ¿en qué medida se produciría la reducción?, la respuesta podía elaborarse interrelacionando la proposición que nos ocupa con la primera del artículo 814 del Código Civil. Del planteamiento anunciado se desprendía que la reducción de la institución de heredero, así como de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, tendría como límite infranqueable, si se quería mantener una postura coherente con el resto de artículos del Código Civil que se ocupaban de regular la legítima, el de la individual tanto de preteridos como de beneficiados testamentariamente; es decir, las coordenadas en las que se debía mover la reducción presentaban dos aspectos. De un lado, la misma debía ser suficiente para quienes resultaron preteridos recibieran al menos su legítima individual, pero de otro esa reducción no debía perjudicar tampoco la legítima de ese tipo de aquellos que la recibieron a través de las disposiciones testamentarias. En definitiva, el cálculo, al que debía ascender en cada caso la reducción de la institución de heredero, legado, mejora o demás disposiciones testamentarias, debería hacerse atendiendo a lo que se podía llamar un eje de abscisas y otro de ordenadas. El primero podría indicar el *quantum* preciso a que debía ascender la reducción para estar en condiciones de cubrir, al menos, la legítima estricta de los legitimarios preteridos (lo cual sería decir que el tercio de mejora se había utilizado adecuadamente para mejorar a uno o más de los herederos forzosos) (60); el segundo debería entonces indicar el máximo que de esa reducción precisa podía soportar cada una de las disposiciones testamentarias, sin que se viera afectada por ella, igualmente al menos, la legítima individual de cada uno de los legitimarios favorecidos en el testamento. De tal manera que esos dos ejes citados conformaban a grandes rasgos las coordenadas en las que debería moverse la reducción a la que aludimos. No admitir que la disminución debía ser suficiente para cubrir como mínimo la legítima estricta de los herederos forzosos preteridos sería contradictorio no sólo con lo dispuesto en el artículo 806 en relación con el 808, 1 y 2, del Código Civil o con los 809

(60) De no ser así, es decir, si el tercio de mejora no se utilizó adecuadamente para mejorar, no dejaba de ser, como ya expusimos en apartados precedentes (apartado B, subapartado b.b': ¿Qué legítima?), legítima, con lo que la porción inadecuadamente dispuesta se debería distribuir por igual entre todos los legitimarios.

y 810 del mismo cuerpo legal, sino además con lo dispuesto en el artículo 817 del citado Código. Rechazar, de otro lado, que la reducción de las disposiciones testamentarias en general (institución del heredero, legados, etc.) no debía tener el límite preciso para respetar la legítima, también individual siquiera, de los legitimarios beneficiados por alguna de ellas resultaría igualmente un contrasentido, pues podría suponer el privarles de lo recibido vía testamento para cubrir esa cuota legal mínima (que sólo en determinados supuestos y con determinados requisitos —desheredación justa, indignidad— les podía ser negada), para una vez efectuada esa operación, por exigencia de los artículos 806 y siguientes del Código Civil, reintegrársela de nuevo mediante los mecanismos de la sucesión intestada.

c) UN ORDEN PREVISTO Y SU POSIBLE ALTERACIÓN

Ahora bien, una cosa son, como acabamos de ver, los límites en que debe moverse la reducción y otra cosa distinta es el funcionamiento de los mecanismos de reducción. Concretamente nos referimos al «cómo» debe actuar esa disminución; si indiscriminadamente, dentro de los límites antedichos, sobre todas las disposiciones testamentarias o de acuerdo con un orden previsto. La simple lectura del párrafo en análisis permite en principio afirmar que la reducción deberá actuarse en primer lugar sobre la institución de heredero y sólo posteriormente se podrá aplicar sobre legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Por tanto, queda claro que la primera afectada por la disminución será la institución de heredero, con independencia de que el instituido sea o no legitimario, si bien en el primer caso habrá de tenerse en cuenta, de un lado, para no implicarla en la reducción, la cuota de legítima individual que del legitimario instituido había sido cubierta con la mencionada designación de heredero, y, de otro, la posible mejora que vaya embebida en la propia institución de heredero para no aplicarle, en lo que fuere mejora, la prioridad en la reducción que afecta a la institución en la que se ve inmersa (61). Respecto de legados, mejoras y demás

(61) En ese sentido se pronuncian: ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pág. 386, nota 3, en donde afirma: «... la mejora hecha mediante institución de heredero sólo se reduce después que se hayan reducido las restantes instituciones de heredero, por el sencillo razonamiento de que al hablar de que se reducirá la institución de heredero antes que las mejoras, ha de referirse el Código a las hechas mediante institución de heredero, ya que de las hechas mediante legado huelga hablar, puesto que inmediatamente antes se declara reducir la institución de heredero antes que los legados (tanto los que no encierran mejora como los que la encierran)»; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 599 y sigs.

disposiciones testamentarias, la proposición en estudio no ordenaba en modo alguno la disminución de las mismas, lo que permitía pensar que en relación con éstas, aquélla, al igual que se establecía en el artículo 820 del Código Civil, iba a actuar en principio a prorrata sobre todas (legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias), si bien aquí habría de tenerse igualmente en cuenta el límite antes fijado para que esa reducción no llegara en ningún caso a menoscabar la legítima individual de los herederos forzosos favorecidos con alguna de ellas. De lo dicho parece desprenderse que la reducción prevista en el artículo 814, 1, del Código Civil, se llevará a cabo siempre, de acuerdo con el orden establecido, empezando por la institución de heredero para afectar seguida y simultáneamente, aunque a prorrata, a legados, mejoras y restantes disposiciones testamentarias. Sin embargo, esa apreciación inicial no deja de estar sometida a posibles alteraciones, consecuencia de la opción que permite variar, en el despliegue de efectos de la reducción, aquel orden legalmente fijado. Nos referimos a las amplias facultades (62) que concede el artículo 814, 5, del Código Civil al testador, hasta el punto de permitirle inicialmente todo, en lo que está incluida la posibilidad de reordenar, de una manera distinta a la prevista en el propio artículo 814, el funcionamiento del mecanismo de reducción que nos ocupa, con el único límite de dejar intactas las legítimas (63). Así pues, para cualquier tipo de preterición, salvo la no intencional de hijos o descendientes, los efectos generales previstos por el artículo 814 del Código Civil son, con la salvedad de que el testador haya dispuesto otra cosa, los de reducir la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

d) DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: UNA EXPRESIÓN GENÉRICA
DE CONTENIDO PARTICULAR

La expresión última del apartado anterior (disposiciones testamentarias) atrae nuestra atención en un intento de esclarecer cuáles son las disposiciones testamentarias acogidas bajo esa expresión tan genérica. En principio parece, puesto que no existe distinción alguna, que son

(62) Si se observa el artículo 820, 2.º, 2, del Código Civil, no reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, establecía la posibilidad de que el testador pudiera alterar, respecto de los legados, el orden de reducción previsto por el mismo artículo.

(63) Así lo entienden igualmente: PINTO RUIZ, *op. cit.*, págs. 2679-2680; AMORÓS y otros, *op. cit.*, vol. II, págs. 1280 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 195 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales Real Academia Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 109 y sigs.

todas las disposiciones contenidas en el testamento, tanto patrimoniales como no, las que se encuentran incluidas en la expresión citada. Sin embargo, si se recapacita algo sobre la misma se la puede llegar a entender con un alcance más restringido y por ello más acorde con el lugar de su ubicación. Así resulta si se piensa:

- 1.º Que tanto institución de heredero como legados o mejoras son disposiciones de contenido fundamental o exclusivamente patrimonial.
- 2.º Que aún en los supuestos en los que la preterición despliega sus efectos más radicales (art. 814, 2.º, 1, CC), las disposiciones testamentarias que únicamente se verán afectadas por los mismos son las de contenido patrimonial.

De tal manera que si se atiende a lo expuesto resulta aceptable considerar que la reducción referida a las demás disposiciones testamentarias del artículo 814, 1, *in fine*, del Código Civil afectará sólo a aquellas que sean de carácter patrimonial.

D) UNA DISTINCION ACOGIDA IMPLICITAMENTE: PRETERICION INTENCIONAL Y NO INTENCIONAL

El trazado previsto a estudiar continuaba así: «Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos». Del mismo ya hemos hecho alguna referencia que, aun tangencial, nos puso de relieve la idea un tanto entrevelada, pues el texto del artículo 814 del Código Civil no se refiere expresamente a todos los tipos de preterición, de que el precepto en cuestión acogía, a diferencia de lo que hasta entonces había sido regla sin excepciones en el Código Civil, la distinción entre la preterición intencional y la no intencional. En efecto, la admisión de ambos tipos de preterición en el texto del artículo 814 del Código Civil cabía desprenderla, como ya hicimos notar, de la expresión «sin embargo», en el sentido de que: si lo que seguía a la expresión citada aludía a los efectos que se iban a derivar, no obstante lo dicho anteriormente, de la preterición no intencional de hijos o descendientes, parecía claro que las consecuencias señaladas previamente eran las que provocaría toda preterición distinta de la últimamente mencionada; es decir, para la preterición intencional de cualquier legatario y para la no intencional de éstos que no fueran hijos o descendientes. Exposición de la que se desprende que si bien el legislador se había decidido a dar entrada, en el nuevo texto del artículo

lo 814 del Código Civil, a la distinción propugnada, ya tiempo atrás, por doctrina y jurisprudencia (64) entre una preterición de uno y otro tipo, lo cierto es que aquella diferenciación no resultaba total y absoluta, pues, al menos en lo referente a las consecuencias jurídicas, éstas se identifican (art. 814, 1, CC) en los supuestos de preterición intencional de cualquier heredero forzoso y en los de la no intencional de los que no sean hijos o descendientes.

a) PUNTO DE CONVERGENCIA DE TODA PRETERICIÓN

Advertida la bifurcación, entre una preterición intencional y otra no intencional, plasmada en el nuevo artículo 814 del Código Civil, surgía la siguiente pregunta:

¿Cuál es el alcance real de esa dualidad advertida respecto de la preterición? De otra manera si se prefiere. ¿Preterición intencional y preterición no intencional deben entenderse o no como figuras totalmente distintas?

El núcleo de las preguntas recogidas viene dado por la pretensión de aclarar si uno y otro tipo de preterición carecen de punto alguno de contacto o si, por el contrario, existe un planteamiento que puede resultar común aun cuando acabara por bifurcarse en función de la presencia o ausencia de intencionalidad. Alternativa mencionada ante la que nos mostramos proclives, dado que el artículo que nos ocupa comienza con una referencia a una preterición de carácter genérico, a considerar que los dos tipos citados de la figura en estudio (la intencional y la no intencional) convergen en lo que pudiéramos llamar una idea básica para ambos. De acuerdo con esto, la duda a despejar será: ¿Cuál es esa idea de inexcusable presencia en cualquiera de las variantes de preterición señaladas?

Al principio del presente trabajo se ponían de relieve las distintas

(64) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, tomo V, vol. II, Madrid, 1910, págs. 1137 y sigs., en las que se recoge la Memoria anual del Tribunal Supremo correspondiente a 1908, en donde, al menos *de lege ferenda*, se apunta la conveniencia de distinguir la preterición no intencional de la intencional o consciente; DE LA CÁMARA: «El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos», *RDN*, 1955, tomo VII, págs. 65 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, tomo I, vol. II, Madrid, 1974, págs. 943-944; THEODOR KIPP: *Tratado de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, vol. I, traducción HELMUT COIN; ROCA SASTRE: «Comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas», 2.ª ed. al cuidado de PUIG FERRIOL y BADOSA COLL, Barcelona, 1976, pág. 98; ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, *RDGN*, 14 de agosto de 1959 (Jurisprudencia registral), tomo IX, años 1951-1963.

posiciones que la doctrina científica había tomado, tras la reforma de 1981, para decidir sobre la existencia o no de preterición, y, por tanto, para determinar su contenido. Posiciones doctrinales que si recordamos se colocaban, para llevar a cabo su objetivo, en tres planos distintos (uno material, otro formal y el tercero material y formal), con la consiguiente dificultad que ello suponía para encontrar una adecuada coordinación entre las teorías implantadas en cada uno de los diversos planos indicados. Ahora bien, con independencia, en principio, de la perspectiva desde la que se contemple la preterición, a nuestro entender existe un punto que debe resultar común a cualquiera de ellas, cual es: La preterición en cualquier caso debe suponer, para el legitimario afectado por ella, una privación total y absoluta de su legítima. Esto quiere decir, por tanto, que el núcleo de la institución en estudio viene dado porque el legitimario queda sin recibir su cuota de legítima; de tal manera que, con independencia de la perspectiva (formal, material o formal y material) desde la que se enfoca el estudio de la mencionada figura, en ésta siempre se debe apreciar la existencia del citado núcleo. Exigencia que resulta obvia si se piensa que afirmar la preterición de un legitimario y a la vez reconocer que el mismo ha recibido su legítima no deja de ser incongruente por razones como estas:

1.^a Si el efecto mínimo a que da lugar la preterición es, como se desprende del artículo 814, 1, del Código Civil, el de permitir que los herederos forzosos preteridos vean cubierta su cuota de legítima, está claro que si se afirma que ya la recibieron, pero que pese a ello existe preterición, se estaría ante un reconocimiento puramente formal, desconectado de la realidad jurídica-práctica, de la presencia de la institución mencionada, que en el mejor de los casos privaría a los herederos forzosos considerados preteridos de lo que por voluntad del causante recibieron, *inter vivos* o/y *mortis causa*, como legítima para restituirselo de nuevo por los mecanismos de la sucesión intestada.

2.^a Si se admite siquiera que los legitimarios han recibido, al menos, parte de su legítima, en realidad lo que se está propiciando no es, por más que se intente defender lo contrario, la entrada en juego de la figura de la preterición, sino la del derecho a pedir (art. 815 CC) el complemento de la misma.

De tal manera que conforme a lo dicho la preterición debe implicar en todo caso una total y absoluta falta de cobertura del derecho a recibir la legítima que tienen los legitimarios. Reconocer lo contrario, aun cuando sólo sea parcialmente, es decir, que el derecho a recibir la legítima ha sido, al menos en parte, satisfecho, daría en todo caso, como

antes hemos visto, entrada a pedir el complemento de aquella cuota legal, pero difícilmente al instituto de la preterición. De acuerdo, por tanto, con lo anterior la respuesta a la pregunta que nos hicimos: ¿Cuál es esa idea de inexcusable presencia en cualquiera de las variantes de preterición señaladas?, al quedar contestada en el sentido expuesto, revela la existencia de un punto común a cualquier tipo de preterición desde el que intentaremos fijar las diferencias, y en su caso las nuevas convergencias, que puedan apreciarse entre la preterición intencional y la no intencional.

b) COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS: DOS NOTAS A DESTACAR
DE LAS VARIANTES DE LA PRETERICIÓN

En la labor propuesta en el apartado precedente se puede resaltar inicialmente algo que de forma palmaria se muestra como nota diferenciadora de ambos tipos de preterición la intencionalidad o la ausencia de la misma. Pero advertida esa característica diferenciadora, en seguida surgen cuestiones a dilucidar, como:

- ¿Cuál debe ser el contenido de la intencionalidad para que pueda ser referida a la preterición?
- ¿A quién se debe referir el contenido de la intencionalidad o su ausencia?
- ¿De quién ha de predicarse la intencionalidad o su falta?

a) *Contenido y vacío de una intención*

A la primera pregunta, de las recién formuladas, cabe responder, coherentes con las premisas de las que hemos partido (la total falta de satisfacción del derecho a percibir la cuota legítima), que el contenido de esa intencionalidad debe ser ese precisamente, el no cubrir en absoluto el derecho a recibir la legítima. Aunque, como es lógico, si lo que se produce es una preterición no intencional, no cabe hablar del contenido de intención alguna, sencillamente porque ésta falta por completo y en consecuencia difícilmente se puede dar contenido a algo, en este caso la intención, que no existe. Ahora bien, tanto si lo que hay es intención (de no satisfacer el derecho a la cuota de legítima), como si aquélla falta, es preciso, puesto que lo hemos considerado como un punto común para toda clase de preterición, que el derecho a la legítima quede totalmente sin cubrir; de no ser esta la consecuencia derivada de la intencionalidad o de la ausencia de ésta, difícilmente se podría dar acceso a la figura señalada. Con todo, podía ocurrir que,

pese a que el contenido de la intención no fuera el de no satisfacer el derecho a la cuota legitimaria, sino justamente el contrario, sin embargo, se produjera la consecuencia anteriormente indicada (65).

b) *Los titulares de un derecho: sujetos pacientes*

La segunda pregunta que nos hacíamos era esta: ¿A quién se debe referir el contenido de la intencionalidad o la ausencia de ésta?

Si, como se ha afirmado con antelación, el contenido de la intencionalidad viene dado por una ausencia total de la cobertura del derecho a la legítima, parece evidente que si el derecho a recibir ésta lo ostentan, como se desprende del artículo 806 del Código Civil, los herederos forzosos, debe ser a éstos a los que ha de referirse aquel contenido. Si lo que hay es falta de intención de dejar sin cubrir los derechos legitimarios, igualmente se habrá de remitir esa carencia de intencionalidad a los legitimarios, pues en todo caso, si la consecuencia de ello va a ser la de que éstos no vean cubierta su legítima, ese defecto sólo puede tener pleno sentido si se refiere a alguien con derecho a percibir la citada cuota legal, es decir, a un legítimo.

c) *Los gravados con un deber: sujetos agentes*

La tercera pregunta que nos formulábamos decía: ¿De quién ha de predicarse la intencionalidad o su falta?

Es claro, dada la premisa de la que se parte (no cobertura para el legítimo de su derecho o recibir la legítima), que la intencionalidad, o, en su caso, la no intención, a tener en cuenta será la de aquel que tenga el deber de satisfacer el derecho que a percibir la legítima ostentan los legitimarios, es decir, el causante de la sucesión. En definitiva, quien tiene o no la intención capaz de acarrear la consecuencia de que los legitimarios no vean en absoluto satisfecho su derecho a la citada cuota legal sólo puede ser, dentro del ámbito de la sucesión *mortis causa* en el que se mueve la preterición, aquel respecto del cual los herederos forzosos detentan esa condición. En otras palabras, sólo aquél sobre quien pesa el deber de satisfacer los derechos legitimarios de sus herederos forzosos puede tener, por lo que más adelante expondremos, una

(65) Por ejemplo: porque la disposición con la que el testador quería beneficiar al legítimo se viera afectada, por entenderse hecha en favor de persona incierta, por la nulidad prevista en el artículo 750 del Código Civil. Supuesto en el que, pese a todo, no hay que olvidar que la preterición del (o de los legitimarios) legítimo en cuestión podría no tener lugar si llegaba a abrirse la sucesión intestada, pues no existe, en principio, traba legal alguna que le impida, por la citada vía, suceder a su causante en lo que respecta al contenido de la disposición afectada de nulidad.

intención o una no intención capaz de provocar la preterición de aquéllos (65 bis).

Así pues, de lo dicho hasta el momento se pueden apreciar nuevos puntos de común arraigo en uno y otro tipo de preterición (la intencional y la no intencional), así como alguna nota diferenciadora. En efecto, ambas manifestaciones de la preterición tienen en común los sujetos que pueden ser preteridos (los legitimarios) y aquellos que pueden preterir (los causantes de la sucesión *mortis causa* respecto de los cuales los herederos forzosos ostentan esa condición). Sólo aquéllos pueden resultar preteridos (intencionalmente o no) y sólo éstos pueden incurrir en una u otra clase de preterición. Si bien se diferencia en que en una (la intencional) se da entrada a una determinada intención (la de no dejar absolutamente nada para satisfacer los derechos legitimarios de quien —o quienes— ostenta esta condición) y en la otra por definición, al ser no intencional, no se puede dar acceso a esa intención.

c) APRECIACIONES SOBRE LA INTENCIONALIDAD:
SUS CONSECUENCIAS

Pero no quedan con lo dicho agotadas las interrogantes que el tema en sí mismo genera porque apenas contestadas las anteriores, se plantean cuestiones como estas:

- ¿Dónde hay que apreciar la presencia o ausencia de la intencionalidad antes referida?
- ¿A qué momento hay que atender para apreciar la existencia o no de intencionalidad?

Ante la primera pregunta de las recién formuladas la respuesta adecuada a primera vista era esta: en el testamento (66). Aserto inicial que

(65 bis) Más adelante nos referiremos nuevamente en su incidencia sobre la calificación de la preterición, al planteamiento recogido en el texto. Junto a lo dicho cabe recordar la existencia en nuestro Código Civil de otro sujeto capaz de provocar una preterición, intencional o no, de un heredero. Nos referimos concretamente a la preterición en la partición (art. 1.080 del Código Civil), en la que, respecto de cualquier heredero (no sólo legitimario, como en la preterición del artículo 814 del Código Civil, que nos ocupa), puede incurrir el contador partidador a la hora de desempeñar su función.

(66) Pese a aludir en el texto sólo al testamento, por ser éste el negocio más típico y *sui generis* de la sucesión *mortis causa*, no se debe olvidar el posible juego en este punto del contenido de los pactos sucesorios recogido en capitulaciones matrimoniales, si bien aquél dependerá de que la existencia de éstos llegue a impedir totalmente la apertura de la sucesión *ab intestato*; de no ser así difícilmente se podrá hablar de preterición y, en consecuencia, de intencionalidad alguna referida a ésta.

parecía tener sentido si se recuerda que en nuestro Código Civil ni existe una sucesión forzosa en sentido técnico ni resulta pensable, como se desprende de los artículos 814 y 912 y siguientes, todos del Código Civil, referir la preterición a la sucesión intestada; de tal manera que sólo parecía quedar la sucesión testada, es decir, el testamento, como único negocio en el que se podía apreciar la existencia o no de la intencionalidad a la que nos venimos refiriendo. Ahora bien, esa apreciación inicial pronto entra en franca decadencia si se atienden razones como las que siguen:

1.^a La intencionalidad o no intencionalidad, a las que ahora aludimos, lo único que hacen es calificar a la figura de la preterición.

En efecto, si se piensa, el texto del artículo 814 del Código Civil se refiere, como ya hemos puesto de relieve, expresamente a la preterición no intencional y de forma implícita a la intencional; referencia última que no debe confundirse con intención de preterir, porque una cosa es referir la intención a una figura (en este caso la preterición) cuyos presupuestos básicos de existencia ya se han dado y otra completamente distinta, como ocurre en el segundo planteamiento, tener simplemente la intención, con independencia de que se haga realidad o no, de que la preterición afecte a uno o más de los legitimarios (66 bis). En definitiva, no es lo mismo tener una intención: de preterir en este caso, puesto que ello solamente indica que la figura en cuestión (la preterición) puede llegar a tener realidad jurídica, que referir esa intención a la misma institución ya realmente producida; en el primer supuesto sólo es posible que la misma llegue a existir; en el segundo, no, sencillamente porque ya existe como tal. Pues bien, si se acepta, como no puede ser de otra manera, que el artículo 814 del Código Civil lo que regula son los efectos establecidos para los casos de preterición, es evidente que los está refiriendo a la preterición existente ya como verdadero instituto jurídico y no la que sólo esté en potencia (67). Así pues, confor-

Respecto de los contratos sucesorios, aunque también negocios *mortis causa*, su posible incidencia sobre el punto reseñado es prácticamente inexistente al centrarse nuestro estudio en la figura de la preterición de herederos forzosos en el Código Civil, en el que la doctrina o rechaza la admisión de aquéllos (ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, vol. V, Derecho de sucesiones, 2.^a ed., Barcelona, 1987, página 8; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, tomo VI, Derecho de sucesiones, vol. I, 8.^a ed., Madrid, 1978, pág. 66) o, a lo sumo, los acepta de forma excepcional y restringida (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.^a ed., Madrid, 1982, página 410).

(66 bis) Si bien no hay que olvidar que la intención de preterir constituye un presupuesto de existencia de la llamada preterición intencional.

(67) Así se puede desprender claramente del artículo 814, 4, del Código Civil cuando afirma: «Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos».

me a lo dicho, parece evidente que la intencionalidad, o no intencionalidad, comprendida en el artículo 814 del Código Civil, lo único que hace es calificar una preterición con plena existencia y no con posibilidades de llegar a tenerla.

2.^a Si, como hemos visto, la intencionalidad o su falta sirven para calificar a una preterición ya acaecida (en el negocio *mortis causa* empleado para instituir), deberá también aceptarse que las mismas van a ir referidas al punto que hemos considerado común en toda preterición: la falta absoluta de satisfacción de los derechos legitimarios de los herederos forzosos.

3.^a De acuerdo con lo anterior, habrá igualmente que admitir que la intención, a la que ahora nos referimos, no puede ser otra que la de no satisfacer en modo alguno la cuota legitimaria de aquellos a quienes corresponde. Es decir, la que persigue ese efecto concreto bien exclusiva bien cumulativamente con otros.

4.^a Pese a lo dicho, cabe pensar que no obstante, sin tener la intención el contenido antes referido, se produzca ese efecto (falta total de cobertura del derecho a la legítima); de ser así, la intencionalidad no se podrá utilizar para calificar, a la preterición producida, de intencional, sencillamente porque si ésta lo que hace es calificar a la preterición no puede ir referida a ella cuando esa intención no asume como propia la idea que resulta básica para la existencia de toda preterición: la total falta de cobertura del derecho a la legítima que tienen los legitimarios; en ese caso, aunque se produzca ese efecto, la preterición habrá de calificarse de no intencional.

5.^a Si, como acabamos de exponer, la intención que califica a la preterición, es decir, la que permite hablar de una preterición intencional, debe asumir como propio el presupuesto básico inherente a toda preterición (puesto que es ésta a la que califica, con lo que se presupone ya su existencia) y este es, como reiteradamente se ha expuesto, el de dejar sin satisfacer el derecho que a la legítima tienen los legitimarios, resultará que si esa intención apareciera, al aplicar las reglas de interpretación del artículo 675, 1, del Código Civil, ya expresa ya tácitamente reflejada en el testamento como del causante, nos encontraríamos, por lo que con anterioridad se ha dicho (68), ante un supuesto de desheredación injusta, pero no de preterición. En resumen, tanto la preterición intencional como la no intencional coinciden en que testamentariamente se manifiestan de igual manera: falta absoluta de satisfacción del derecho a la legítima de alguno o todos los legitimarios, lo cual es razonable si se piensa:

(68) Ver apartado A, subapartado b.e'': Puntualizaciones en torno a una nueva posibilidad: excluir la preterición. Y nota 35 anterior.

— En la primera (la preterición intencional), por lo que venimos diciendo, la intención calificadora de la preterición no puede apreciarse, porque de ser así se trataría de una desheredación injusta, como parte de la voluntad o intención del causante reflejada en el testamento.

— En la segunda (la preterición no intencional), porque su definición no existe intención alguna que sirva para calificar a la preterición y en consecuencia tampoco la puede haber en el testamento.

Lo dicho quiere decir que la intencionalidad o su falta, calificadora de la preterición debe encontrar su fundamento último fuera del testamento (de encontrarse en éste se trataría, como venimos insistiendo, de una desheredación injusta); pero ello no impide en absoluto para que en el mismo negocio testamentario (68 bis), puedan apreciarse indicios que permitan, en un principio al menos, conjeturar sobre si la preterición en la que ha incurrido el causante ha sido la intencional (ejemplo: porque éste, al permitírselo el párrafo 5.º del artículo 814 del Código Civil, regule los efectos de una posible preterición intencional), o, por el contrario, la no intencional (si, por ejemplo, la regulación de efectos previstos por el testador hacen referencia a una preterición de este último tipo).

Planteamiento anterior que encuentra su mayor dificultad en calibrar adecuadamente el alcance exacto de las previsiones o manifestaciones, contenidas en el negocio *mortis causa*, que permitan conjeturar sobre la existencia de una u otra clase de preterición, sin que de acuerdo con las mismas pueda darse entrada ni a una desheredación injusta, lo que, como es obvio, desplazaría a la preterición, ni, dado su contenido, a suponer, por derivarse la misma consecuencia antedicha, una verdadera institución a título de herencia o legado en favor del legitimario supuestamente preterido. Todo lo cual quiere decir que la intencionalidad o su falta, susceptible de determinar la existencia de uno u otro tipo de preterición, deberá apreciarse, sin que se descarte la existencia en el testamento de algún dato indicador de la presencia de alguna de ellas, extratestamentariamente.

En definitiva, pues, la intención fundamentadora, no meramente indicadora, de poder calificar a la preterición en ese sentido, como se ha reiterado, no puede ni expresa ni tácitamente (atendiendo a lo dispuesto en el art. 675, 1, CC) aparecer formando parte de la voluntad o intención testamentaria del causante (69); por lo que hace a la falta de in-

(68 bis) Recordar lo dicho en nota 66 anterior.

(69) En la línea expuesta parecen estar: DOMÍNGUEZ RODRIGO: «El concepto de preterición en el artículo 814 del Código Civil vigente», *RGLJ*, núm. 6, 1983, páginas 571 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*

tención, ésta (la no intencional) debe constatarse tanto en el testamento como fuera del mismo.

Finalmente se debe aclarar que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 814 del Código Civil, la distinción entre preterición intencional y no intencional sólo tiene sentido cuando afecte a hijos o descendientes, pero no así cuando únicamente alcance a los demás legitimarios, en cuyo caso los efectos de una y otra serían, a diferencia de lo que ocurre con los primeros, idénticos.

d) UNA CUESTIÓN DE IMPORTANCIA: LA FIJACIÓN DEL MOMENTO PARA CALIFICAR LA PRETERICIÓN

La otra interrogante planteada que aún quedaba por responder era esta: ¿A qué momento hay que atender para apreciar la existencia o no de la intencionalidad que ahora nos ocupa? Pregunta a la que se puede contestar con esta afirmación: al del otorgamiento del negocio testamentario. Es decir, la preterición será calificada de intencional, o no, según que el causante en el momento de otorgar testamento estuviera en condiciones, o no, de incurrir en uno y otro tipo de preterición. Ahora bien, la solución apuntada no encuentra especial dificultad para su aplicación cuando las circunstancias que inciden sobre el causante no sufren alteración digna de resaltar, para la calificación de la preterición, desde que éste otorga testamento hasta el instante de la apertura de la sucesión; pero no acontece lo mismo si aquéllas resultan distintas en uno y otro momento, en cuyo caso se abre esta nueva interrogante: ¿A cuál de ellos se ha de atender para calificar a la preterición? Cues-

Forales, tomo XI (arts. 806 a 857), 2.ª ed., comentados por VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, 1982, págs. 169 y sigs., en los que, entre otras cosas, se afirma: «... el supuesto de preterición queda reducido al de omisión de algún legitimario en línea recta y si no resulta ni del texto ni del contexto del testamento que el testador hubiera querido excluirle»; MIGUEL GONZÁLEZ, en su «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1985», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 9, septiembre-diciembre 1985, pág. 2889, en la que afirma: «... se olvida la advertencia antes citada de VALLET: del testamento no resulta la voluntad del testador respecto de los omitidos en él. Es dudoso que la omisión de un hijo por el testador pueda valer como voluntad testamentaria de que el testador no quiere que ese hijo herede. En realidad no existe una voluntad testamentaria respecto del preterido». Con todo, VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, tomo I, volumen II, Madrid, 1974, pág. 945, había llegado a afirmar (antes de la reforma del art. 814 del Código Civil, que ahora nos ocupa) que... «la prueba de que la preterición es intencional y no es debida a error optativo puede resultar del mismo testamento». Aunque el mismo autor en páginas anteriores llegaba a defender planteamientos en buena medida difíciles de casar con la afirmación últimamente recogida. *Las legítimas*, tomo I, vol. I, Madrid, 1974, pág. 605, nota 74, en la que mantenía que si del testamento no resultaba claramente la voluntad de excluir al omitido existirá preterición, y si no cabía duda alguna sobre la intención del testador de excluir al mencionado en la exposición y omitido en la disposición.

tión de no poca importancia por los efectos totalmente distintos que el artículo 814 del Código Civil establece, afectando a hijos o descendientes, para la preterición intencional y para la no intencional. En resumidas cuentas, nos estamos planteando aquí si es posible variar la calificación que merece la preterición, atendiendo a las circunstancias concurrentes sobre el causante al momento de otorgar testamento, por la que merezca esa misma figura teniendo presentes las nuevas circunstancias que puedan haber incidido sobre el causante a su fallecimiento. Pregunta últimamente suscitada que se puede responder, inicialmente, en los mismos términos en los que fue contestada la primera, es decir: al del otorgamiento del negocio testamentario, con lo que la consecuencia sería la imposibilidad de variar la calificación de la preterición hecha al momento de otorgar testamento. Respuesta que parece tener pleno respaldo en la idea de que éste se perfeccione desde el instante de su otorgamiento, de tal manera que la voluntad o intención del causante en él contenida queda cristalizada, sin posibilidades de alteración, salvo que otra declaración de voluntad, manifestada con arreglo a las formalidades previstas por la ley para testar (así se desprende de relacionar entre sí los arts. 676, 677, 678, 737, 1, y 738, todos los del Código Civil), modifique la inicialmente contenida en el testamento. Sin embargo, la solución expuesta puede sufrir alteraciones si al proyectarla sobre el ámbito de la preterición se toman en consideración las siguientes puntualizaciones:

1.^a Como venimos manteniendo, la intención calificadora de la preterición en ese sentido no puede encontrarse formando parte de una voluntad o intención testamentaria; de ser así estaríamos ante un supuesto de desheredación injusta, pero no de preterición.

2.^a Aceptada la premisa anterior, deberá admitirse que la voluntad o intención determinante de que la preterición pueda calificarse de intencional sólo pueda apreciarse extratestamentariamente (aun cuando puedan existir, como ya adelantamos, indicios de la misma en el testamento).

3.^a De acuerdo con lo dicho, no hay obstáculo para la calificación de la preterición, atendiendo a las circunstancias del causante al otorgar testamento, no pueda variarse de acuerdo con las existentes, distintas de aquéllas, al fallecimiento del causante.

En definitiva, si la voluntad o intención predicables de la preterición no se encuentran encerradas en el negocio testamentario no tendrán por qué sujetarse a las formalidades exigidas por el Código Civil para su modificación (arts. 676 y ss CC), de tal manera que la voluntad o in-

tención, determinantes de la calificación de la preterición como intencional al instante de otorgar testamento, puede ser sustituido por otra que lleve a una calificación (que lógicamente sólo podrá ser la no intencional) más acorde con las nuevas circunstancias (falta de intencionalidad en el causante) presentes a la hora del fallecimiento del testador. Con todo, se debe aclarar que si bien la solución propuesta permitiría, al modificarse las circunstancias concurrentes sobre el testador, variar, en cualquier sentido (de intencional a no intencional o viceversa), la calificación de la figura de la preterición al momento de la apertura de la sucesión con respecto a la hecha al otorgarse testamento, no hay que perder de vista que la variación en el segundo sentido (de intencional a no intencional) resultará de aplicación más excepcional.

Planteamiento hecho que a nuestro entender no llega a colisionar ni frontal ni tangencialmente con la postura mantenida por doctrina científica y jurisprudencia en materia de interpretación testamentaria, sencillamente porque de acuerdo con el mismo no se ve distorsionado en lo más mínimo el objetivo que en la citada materia (interpretación testamentaria) tienen marcado autores y jurisprudencia, cual es el de fijar lo más nítidamente posible, sin salirse totalmente del negocio testamentario, la voluntad real del testador (70); entre otras razones, porque la voluntad o intención que nos ocupa no se encuentra reflejada en el testamento y, en consecuencia, no tiene en principio por qué verse directamente afectada por las directrices marcadas en materia de interpretación testamentaria. En definitiva, cabe admitir la posibilidad, siempre que ello no suponga tergiversar en modo alguno la voluntad real del testador, de variar la calificación de la preterición de acuerdo con las alteraciones que, desde el otorgamiento hasta la apertura del testamento, hayan experimentado las circunstancias, concurrentes sobre el causante, capaces de encuadrar a la mencionada figura en uno u otro tipo de los dos que venimos mencionando (intencional o no intencional): aunque

(70) Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1981 (ref. Aranzadi 1.786); 26 de marzo de 1983 (ref. Aranzadi 1.644); 9 de marzo de 1984 (*Revista Jurídica La Ley*, tomo 1984-2, págs. 741 y sigs.); 29 de enero de 1985 (*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1985, págs. 2347 y sigs.); 10 de abril de 1986 (*Revista Jurídica la Ley*, tomo 1986-2, págs. 802 y sigs.), entre otras; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 459 y sigs.; LACRUZ SANCHO: *Elementos de Derecho civil*, vol. V, Barcelona, 1981, págs. 264 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, tomo VI, Derecho de sucesiones, vol. 2.º, 8.ª ed., Madrid, 1979, págs. 322 y sigs.; ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, vol. V, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, págs. 344 y sigs.

en última instancia eso será siempre una cuestión de prueba a apreciar y valorar por los Tribunales (71).

e) OPOSICIÓN A LA EXISTENCIA DE UNA PRESUNCIÓN

Pero, como es fácil suponer, las preguntas en el tema que nos ocupa surgen con más rapidez que las soluciones a las mismas, así lo confirma esta nueva interrogante: ¿Existe, con arreglo al Código Civil, una presunción favorable a admitir uno u otro tipo de preterición? Sobre el particular la doctrina llega a defender fundamentalmente dos posiciones:

- Una primera, sustentadora de la idea favorable a entender acaecida, salvo prueba en contrario, una preterición intencional (72).
- Una segunda, que entiende inexistente una presunción en favor de uno u otro tipo de preterición (73).

(71) En el sentido expuesto se muestra también REY PORTOLÉS, *loc. ult. cit.*, páginas 341 y sigs., en las que llega a hacer afirmaciones como éstas: «en el segundo (se refiere al supuesto de que el causante falleciese tras un lapso más o menos largo de tiempo desde que llegó a conocer su nacimiento o la reaparición de su descendiente legítimo), sólo probable o posible (alude a la idea de que la preterición se califique de no intencional), y se impone una indagación del por qué del comportamiento pasivo del causante en orden a otorgar un nuevo testamento en que recordase al cuasipóstumo, al póstumo nato (concebido) o al reaparecido a tiempo...». En contra de la opinión anterior se muestran AMORÓS y otros, *locución ult. cit.*, vol. II, págs. 1290 y sigs., en donde se afirma: «Por otra parte, me parece que habrá que estar al momento de otorgamiento del testamento, y no me parece relevante que haya transcurrido más o menos tiempo desde que el testador tuvo conocimiento de la existencia del hijo (se refiere al preterido) sin haber revocado el testamento». Si bien más adelante llega a matizar: «Hay que juzgar de la voluntad del testador con referencia al momento del testamento y sin introducir otros hechos sobrevenidos que los que afectaba la existencia de sus hijos o descendientes».

(72) Partidarios de la misma se muestran: BOLAS ALFONSO: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*, tomo XXV, págs. 196 y sigs., en las que justifica esa postura aduciendo el principio del *favor testamenti*; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 333 y sigs., quien considera que la preterición de cónyuge y ascendientes se presume *iuris et de iure* intencional, mientras que la de descendientes (salvo en determinados supuestos) sólo *iuris tantum*; LACRUZ-SANCHO: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, Barcelona, 1981, págs. 518 y sigs., quienes tras reconocer que el artículo 814 del Código Civil no presume la voluntad de preterir ni su falta, afirma que la regla es la preterición intencional, con efectos más leves, y la excepción, por tanto, la que debe probarse, la errónea.

(73) Alineados en esta postura se encuentran: GIMÉNEZ DUART: «Los desajustes de la reforma: sobre la legítima y reservas», *RDN*, núm. 128, abril-junio 1985, págs. 159 y sigs., en las que además se muestra contrario a la posición defendida por REY PORTOLÉS; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 559 y sigs.; AMORÓS y otros, *op. cit.*, vol. II, págs. 1281 y sigs.

Ante la alternativa expuesta, nos inclinamos del lado de la segunda por:

1.º Del texto del artículo 814 del Código Civil no se desprende presunción alguna favorable ni desfavorable a uno u otro tipo de preterición.

2.º Para que la preterición despliegue sus efectos resulta necesario que los legitimados para ello (legitimarios preteridos o sus causahabientes) ejerciten la acción correspondiente (74).

3.º De acuerdo con lo anterior parece razonable pensar que será quien ejercite la acción por preterición el que deba probar, en consonancia con los efectos que solicita la existencia del tipo de preterición adecuado a lo pedido en la acción ejercitada (75).

4.º Si la disyuntiva es: preterición intencional o preterición no intencional, parece igualmente acertado entender, admitida lógicamente la existencia de preterición, que las variantes serán estas:

a) Si el actor (legitimario preterido o sus causahabientes) consigue demostrar el acaecimiento de uno u otro tipo de preterición será éste el que debe entenderse producido realmente (76).

b) Si, por el contrario, el actor no consigue probar la existencia del tipo de preterición que él pretende (intencional o no intencional) en ese caso sólo queda, si se ha llegado a admitir la presencia de la figura en estudio (77), reconocer acaecida, al contar la disyuntiva planteada con dos únicos términos: intencionalidad o no, la contraria, es decir, aquella que no se perseguía probar.

(74) Así lo entienden, entre otros: BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, págs. 232 y sigs.; DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, págs. 710 y sigs.; LACRUZ-SANCHO, *loc. cit.*, vol. V, páginas 526 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), 2.ª ed., comentados por VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, 1982, págs. 187 y sigs.

(75) Con todo, cabe pensar que aun acaecida realmente una preterición no intencional (de hijos o descendientes), de efectos más rigurosos (art. 814, 2, 1.º y 2.º, del Código Civil) que la intencional (art. 814, 1, del Código Civil), el legitimario preterido sólo pretenda que se desplieguen los de esta última, o bien que éstos sean, por haber hecho el testador uso de la facultad que le confiere el artículo 814, 5, del Código Civil, los únicos posibles. Supuestos en los que, al carecer de importancia práctica (porque o no se van o no se pueden pedir mayores efectos), el que se demuestre la existencia de uno u otro tipo de preterición, lo único relevante será probar que ésta existe realmente.

(76) Sin que ello deba entenderse como obstáculo alguno para calificar en forma distinta a la realizada a la preterición, que puede afectar a otros legitimarios. Si bien esta posibilidad habrá de tenerse en cuenta por la incidencia que la misma puede tener sobre los efectos a desplegar por la preterición (en especial, la no intencional total).

(77) La admisión de la existencia previa de la figura de la preterición debe entenderse como un *prius* lógico a la declaración de la intencionalidad o no de la misma, sencillamente porque con éstas lo único que se hace es calificar a aquella.

f) ANÁLISIS DE UNAS EXPRESIONES: SU INFLUENCIA SOBRE EL DESPLIEGUE DE UNOS EFECTOS

a') *Rechazo de una teoría y aceptación de una hipótesis*

El párrafo cuyo análisis procede ahora es el siguiente: «Si resultaren preteridos todos se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial».

A la vista del mismo surgen interrogantes como estas:

- ¿Preteridos cómo?
- ¿Todos los herederos forzosos preteribles?

La primera pregunta recogida encierra la cuestión de si es preciso, para que se puedan desplegar los efectos señalados en el párrafo transcrito, que la preterición en la que se incurra sea la no intencional o resulta indiferente que esté presente o no alguna del tipo contrario, es decir, de la intencional. Sobre este punto la doctrina patria mantiene, mayoritariamente (78), que el término «preteridos» hay que referirlo, sin salvedad alguna, a los que lo han sido sin intención. Postura de la que algún autor (79) se aleja al sostener la posibilidad de que, aún cometida la preterición intencional de un descendiente y no intencional de otro, se pueda accionar por la vía del número 1.º del artículo 814, 2, del Código Civil si no existe un tercer descendiente recordado. De las dos perspectivas ofrecidas, lo adelantamos ya, entendemos más coherente la primera, no sólo por la razón fundamental de que la propia incardinación, en el texto del artículo 814 del Código Civil del párrafo que nos ocupa, lleva a considerarla la más acertada desde el punto de vista estrictamente lingüístico (80), y por la aceptación que, como hemos señalado, tiene entre nuestra doctrina, sino además por las consecuencias a las que avocaría la aceptación de la segunda perspectiva señalada. Afirmación última que intentaremos demostrar mediante la hipótesis de aceptar como válida la teoría que no compartimos.

(78) VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número 11, Madrid, 1983, pág. 104; BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, págs. 226 y sigs.; DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, págs. 706 y sigs.; AMORÓS y otros, *op. cit.*, vol. II, página 1297.

(79) REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 349 y sigs., y en particular, nota 109. Si bien hay que aclarar que el mismo autor comienza afirmando en la citada nota: «El que el participio 'preteridos' del número 1.º se refiere sólo a los preteridos sin intención, se desprende del hecho de que ese número desenvuelve los efectos que desencadena la preterición no intencional a que se refiere la frase anterior de la que es desarrollo, puesto que se separa de ella por dos puntos».

(80) Argumento que curiosamente utiliza el propio REY PORTOLÉS, *op. cit.*, página 349, nota 109, al principio.

a'') *Una flexibilidad unidireccional: incoherencia de una teoría.*— Si no hemos apreciado mal el significado de la teoría anteriormente citada, desde ella se defiende que los efectos contemplados en el artículo 814, 2, 1.º, del Código Civil pueden desencadenarse cuando preteridos todos los descendientes uno al menos de éstos lo sea inintencionalmente. Este punto de vista parece entender de manera flexible la expresión «preteridos todos» en el sentido de que basta con que eso ocurra y que una al menos de las pretericiones sea no intencional para que se puedan aplicar los efectos que le siguen, con lo que deja a un lado la interpretación más estricta que requiere para ello que la preterición además de afectar a la totalidad de hijos o descendientes lo haga, sin excepciones, en su forma de no intencional. Pues bien, apenas iniciados en el tema, la primera cuestión a dilucidar, dentro de la teoría con la que ahora por hipótesis trabajamos, es esta: el término «*todos*» a quién va referido: ¿a todos los herederos forzosos preteribles o sólo a los que sean hijos o descendientes? En el planteamiento hecho de la teoría que nos entretiene únicamente se alude a los descendientes (81); concreción que hace surgir el primer valladar en el desarrollo de la misma, como es: si el término «preteridos» se entiende comprensivo tanto de los que sean con intención como sin ella (siempre que exista alguno de esta categoría) nada impide pensar, atendiendo a la misma flexibilidad, que el término «*todos*» no sólo abarca a hijos o descendientes, sino a todos los herederos forzosos, es decir, también al cónyuge viudo y a los ascendientes; de tal manera que con arreglo a lo dicho será suficiente, para que se desplieguen las rigurosas consecuencias del párrafo que nos ocupa (2, 1.º, del art. 814 CC), que en una preterición total cualquiera de los que resulten entonces legitimarios sea preterido sin intención.

Con todo, la interpretación que se acaba de hacer, aunque admisible dentro de las coordenadas en que la hemos planteado, debe ser deseada al ampliar el ámbito de aplicación de los efectos más rigurosos que el artículo 814 del Código Civil hace recaer sobre el testamento, y, en consecuencia, para la voluntad del causante en él contenida; teoría favorecedora de la aplicación de esos demoledores efectos sobre la *voluntas testantis* que va en contra, como se desprende del propio párrafo 5.º del tan citado precepto, de la filosofía, favorable a aquélla, que parece inspirarlo.

En lugar de la teoría que acabamos de desterrar, por lo de negativo que tendría para el testamento, se puede colocar otra que igualmente resulte admisible dentro de la hipótesis en la que nos movemos. Esta otra teoría podía plantearse en los siguientes términos: la preterición no intencional debe ser de un hijo o descendiente, pues solamente a éstos

(81) REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 349 y sigs.

se refiere la preterición no intencional del párrafo del artículo 814 del Código Civil que precede al que nos ocupa actualmente. Esto quiere decir que los efectos previstos en el párrafo que estudiamos (anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial) se produciría no cuando fueran preteridos todos los legitimarios, sino si además uno de los hijos o descendientes lo llegó a ser sin intención. Desde este nuevo punto de vista, más acorde con la teoría que sólo en hipótesis compartimos, queda excluida la posibilidad de que el citado párrafo (al ser necesaria la preterición no intencional de un hijo o descendiente) pueda aplicarse cuando los legitimarios sean ascendientes, pues éstos lo son sólo en defecto de los primeros (art. 807, 1 y 2, CC). Pero una vez más surge el punto conflictivo en la teoría que analizamos, porque la pregunta vuelve a ser: ¿el término «todos» comprende sólo a hijos o descendientes o (desechada ahora la posibilidad para los ascendientes) a aquéllos y el cónyuge? La respuesta, dado el planteamiento que asume, para el término «preteridos», la teoría en la que nos movemos hipotéticamente, no puede ser otra que la de entender en la expresión «todos» incluido también el cónyuge viudo. Las razones para ello son las ya alegadas, es decir, si aquel término no se entiende (en la teoría mencionada) circunscrito a la preterición no intencional a que se refiere el párrafo que le antecede, no hay razón alguna que justifique que el de «todos» deba ceñirse a los que sean hijos o descendientes de entender este último término en un sentido restringido se produciría una flagrante contradicción en los criterios aplicados a cada uno de ellos, porque si para el primero son flexibles lo deben ser, puesto que va conectado a él de forma inmediata, para el segundo. Lo que no parece lógico es utilizar unas referencias amplias para el primero de los términos citados («preteridos») y restringido para el segundo de ellos («todos»). Aceptado este razonamiento habrá de admitirse que si en «preteridos» se incluyen los que lo hayan sido con intención o sin ella (siempre que algún hijo o descendiente lo sea de esta última forma) en «todos» se deben comprender hijos, descendientes y cónyuge.

b'') *Unas consecuencias paradójicas: refuerzo de un planteamiento.*—Planteamiento antes expuesto en cuyo análisis pasamos seguidamente a adentrarnos en orden a apreciar lo aceptable o rechazable de sus consecuencias. Si la teoría que ahora aceptamos se debe resumir, si quiere mantener una coherencia lógica en la aplicación de los principios que utiliza y no una mera arbitrariedad, en que para provocar los efectos del párrafo 2, 1.º, del artículo 814 del Código Civil es preciso no sólo que la preterición afecte a todos los legitimarios (hijos o descendientes y cónyuge viudo), sino que además la de algún hijo o descendiente (pues como hemos dicho la preterición no intencional a que alude

el párrafo 2 del artículo 814 del Código Civil va referida sólo a hijos o descendientes y no a cualquier heredero forzoso) sea no intencional, tendremos que:

1.º Si resultan preteridos no intencionalmente todos los hijos o descendientes y el cónyuge viudo beneficiado testamentariamente con su cuota legal usufructuaria no se podrá, de acuerdo con el planteamiento hecho con anterioridad, aplicar, al no incidir la preterición sobre la totalidad de los legitimarios, lo dispuesto en el párrafo 2, 1.º, del artículo 814 del Código Civil.

2.º Ante el supuesto anterior parece adecuado pensar, dado el común encabezamiento de los apartados 1.º y 2.º del párrafo 2 del artículo 814 del Código Civil, que el segundo de los apartados citados será el aplicable al faltar el requisito de la totalidad exigido por el primero, para existir una preterición no intencional de hijos o descendientes.

3.º Conforme a lo dicho, en el caso contemplado el que se desplieguen los efectos del apartado 1.º del párrafo citado, y, por tanto, los hijos o descendientes reciban por sucesión intestada todo el contenido del patrimonio hereditario, o, por el contrario, que sean los del apartado 2.º del mismo párrafo los que proceda aplicar, y, en consecuencia, que aquellos legitimarios sólo reciban por sucesión testada [salvo que las mandas o mejoras (82) devengan inoficiosas] el contenido patrimonial de la institución de heredero, depende de la preterición o no del cónyuge viudo.

4.º Se desplieguen los efectos previstos en el artículo 814, 2, apartado 1.º, o, por el contrario, los del apartado 2.º, al existir descendientes el cónyuge viudo, en uno y otro caso, sólo tendrá derecho a percibir el usufructo del tercio destinado a mejora (arts. 943 y 944 en relación con el 834 CC).

En otras palabras, no deja de ser paradójico que, conforme a la teoría que ahora proponemos, la entrada en juego de la solución más radical del artículo 814, 2, 1.º, del Código Civil o de la más atemperada del artículo 814, 2, 2.º, del mismo, se haga depender, en casos como el planteado, de la preterición o no de un legitimario (art. 807, 3.º, CC) —el cónyuge viudo— que no se va a ver beneficiado ni perjudicado por la aplicación de un apartado o de otro. Es decir, no parece muy acertado que los efectos que van a proyectarse (con mayor o menor alcance) sobre unos legitimarios (hijos o descendientes) no se haga de-

(82) Aun cuando en el supuesto ahora planteado, al encontrarse preteridos inintencionalmente todos los legitimarios hijos o descendientes, resulta poco menos que imposible la existencia de mejoras.

penden íntegramente de su propia preterición, sino que se precise la concurrencia de un legitimario (el cónyuge) al que le resulta indiferente que se desplieguen unos y otros; máxime cuando, como diremos más adelante, ese mismo legitimario, aun preterido, no precisa, para ver cubierta su cuota legitimaria, de los efectos de ninguno de los apartados inmediatamente referidos.

No obstante lo dicho, cabe pensar que la orientación sería favorable a admitir el planteamiento inicialmente hecho (el art. 814, 2, 1.º, CC) sólo resulta aplicable si la preterición afecta a todos los descendientes legitimarios (a alguno de forma no intencional y al cónyuge viudo) si en el mismo supuesto al antes utilizado, es decir, preteridos no intencionalmente todos los hijos, el cónyuge en lugar de recibir su cuota legitimaria solo, hubiera sido instituido heredero. De ser así, el no considerar de aplicación (conforme a la teoría en la que ahora nos movemos), al no estar él preterido, el artículo 814, 2, 1.º, del Código Civil, sino, al existir preterición no intencional de descendientes, el número 2.º del mismo artículo y párrafo, aquél (el cónyuge) saldría, al no anularse todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial (art. 814, 2, 1.º, del CC), claramente beneficiado del citado planteamiento, a lo que se sumaría el trato de favor que, para el caso de ser instituido heredero, como ahora ocurre, le dispensa, en su parte final, el artículo 814, 2, 2.º, del Código Civil. Pero esa situación, indudablemente ventajosa para el cónyuge instituido heredero, no deja de encerrar importantes paradojas internas que se traducen en colocar al cónyuge nombrado heredero en una situación más consolidada si todos los hijos o descendientes se ven afectados (como acontece en el caso expuesto) por una preterición no intencional que si la totalidad de éstos lo son por una intencional; supuesto último en el que la reducción se debe iniciar precisamente (artículo 814, 1, CC) por la institución de heredero, mientras en el primer caso ésta quedaría salvaguardada de los efectos de la preterición en lo que no perjudicase a las legítimas (art. 814, 2, 2.º, *in fine*, CC). Solución que no deja de ser desconcertante si se piensa que con arreglo a la misma la institución de heredero en favor del cónyuge va a estar más protegida de ser preteridos intencionalmente todos los descendientes legitimarios que de serlo sin intención; resultado que no se produciría si la preterición no intencional que afecta (en el caso planteado) a todos los descendientes menos al cónyuge viudo instituido se pudiera considerar suficiente (cosa que no permite, sin romper su propia coherencia interna, la teoría en que ahora nos movemos (83), para desplegar los

(83) En efecto, si se recuerda la teoría en que nos estamos moviendo al dar al término «preteridos» un sentido amplio, comprensivo tanto de los que lo son intencional como no intencionalmente, al de «todos», si no se quiere romper la

efectos contemplados en el artículo 814, 2, 1.º, del Código Civil y no los del artículo 814, 2, 2.º, del mismo Código. En efecto, de admitirse la última sugerencia (aplicación del núm. 1.º y no la del núm. 2.º del artículo 814, 2, CC) se anularían (en el caso planteado, incluida desde luego la institución de heredero en favor del cónyuge, todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, mientras que de ser la preterición de la totalidad de los descendientes intencional, aquélla (la institución de heredero) sólo se reduciría en la medida necesaria para cubrir las legítimas; con ello el cónyuge instituido se encontrará, como de otro lado parece lógico, más protegido en los casos de preterición intencional de descendientes que en los de preterición no intencional de los mismos; o si se prefiere dar la vuelta al razonamiento, los descendientes preteridos verán sus intereses más protegidos frente al cónyuge instituido de ser preteridos no intencionalmente que de forma intencional.

De otro lado, admitir, en la teoría que hemos aceptado en hipótesis, la posibilidad de que el vocablo «preteridos» acoge a los que lo sean con o sin intención y el de «todos» sólo incluye a hijos o descendientes, pero no al cónyuge viudo, no parece aceptable por la arbitrariedad que supone aplicar pautas dispares de interpretación, amplias para el primero y angostas para el segundo, a términos, que, como los referidos, se encuentran claramente interrelacionados.

Argumentos todos que nos llevan a defender, como ya anticipamos, que en el apartado 1.º del párrafo 2 del artículo 814 del Código Civil el término «preteridos» únicamente acoge a los sin intención y el de «todos» (con lo que damos respuesta a la segunda pregunta: ¿Todos los herederos forzosos preteribles?, de las dos inicialmente planteadas), acorde con el alcance dado al primero, sólo a los hijos o descendientes; de ello resulta que la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial a que se refiere el apartado en cuestión se producirá únicamente cuando resulten preteridos inintencionalmente todos los hijos o descendientes (84).

c'') *Dos casos y una misma solución.*—Respuesta precedente que apenas elaborada hace saltar una nueva duda: ¿Se producirán esos

propia lógica interna del planteamiento, se ha de dar igualmente un sentido amplio, lo que conduce a admitir dentro del mismo no sólo a hijos y descendientes, sino también al cónyuge viudo.

(84) Sobre qué disposiciones pueden considerarse excluidas de la frase «disposiciones testamentarias de contenido patrimonial», ver: REY PORTOLÉS, *op. cit.*, páginas 352 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, pág. 204; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, pág. 104.

mismos efectos si alguno de los hijos o descendientes no estuviera preterido pero sí desheredado justa o injustamente? Algún autor (85) ha llegado, en esos casos, a plantearse la necesidad de que ni decaiga la desheredación justa, porque ello beneficiaría al desheredado, al permitir su concurso, si su causa de desheredación no era a la vez de indignidad, en la sucesión intestada que se abría, ni la injusta se considere, por el perjuicio que ello podría reportar al preterido sin intención, motivo suficiente para impedir el juego del apartado 1.º del artículo 814, 2, del Código Civil. Posibilidades planteadas que ven mermada su posible aplicación si se piensa:

1. Desde la estricta literalidad los efectos señalados en el número 1 del artículo 814 del Código Civil están previstos para desplegarse sólo ante una preterición no intencional total de hijos o descendientes.

2. La contrastación de lo dispuesto en el número 1 del artículo 814, 2, del Código Civil, en el que se aprecian demoledoras consecuencias para el testamento, con lo establecido en el párrafo 5.º del mismo artículo, en donde resalta la protección de la voluntad testamentaria, induce a pensar que aquel apartado debe ser, si se quiere conseguir una mayor vigencia práctica del segundo, de aplicación restringida.

3. Es cierto, como afirma el autor citado (86), que compatibilizando la pervivencia de la desheredación justa con el artículo 814, 2, 1.º, del Código Civil el así desheredado no podrá salir beneficiado de la apertura de la sucesión intestada, y que no tolerar esa misma concurrencia entre el citado número 1.º del artículo 814, 2, del Código Civil y la desheredación injusta perjudicaría al preterido sin intención; pero también lo es que de admitirse esa flexibilidad en la aplicación de lo dispuesto en el tan reiterado apartado se estaría diezmando, incluso en parcelas donde la facultad de disponer debe entenderse ilimitada, el ámbito de aplicación real de la voluntad del testador y correlativamente los intereses de extraños que al aceptarse aquella directriz, favorable sólo a los legitimarios, perderían, con olvido de que junto a los tercios de legítima y mejora existe otro de libre disposición para el causante, la totalidad de los bienes hereditarios con los que éste les quiso favorecer.

4. La justificación ofrecida para mantener en los casos de coexistencia de una preterición no intencional con una desheredación justa, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 814, 2, 1.º, del Código Civil, pero salvando de la anulación la segunda institución citada, para así no favorecer al desheredado, parece poco firme si se piensa que el mis-

(85) REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 351 y sigs.

(86) Ver nota anterior (85).

mo efecto, de mantener la desheredación y, en consecuencia, no beneficiar tampoco al afectado por ella, se conseguiría mediante lo dispuesto en el número 2.º del artículo 814, 2, del Código Civil.

5. Si en los casos de preterición no intencional y desheredación justa, dada la justificación que se aduce para ello, cabe aplicar lo dispuesto en el número 2.º del artículo 814, 2, del Código Civil en lugar del contenido del número 1.º, en los de preterición no intencional y desheredación injusta podrá mantenerse una solución tan radical, como la acogida en el artículo 814, 2, 1.º, del Código Civil, que llegue a suponer, para el preterido sin intención, un beneficio mayor en este caso que en el de haber concurrido con un desheredado justamente.

En resumidas cuentas, de atender, en los dos casos referidos (desheredación justa o injusta con preterición no intencional), a los puntos indicados, el número 1.º del artículo 814, 2, del Código Civil no tendría virtualidad alguna, pues, al faltar (por concurrir una desheredación justa o injusta) una preterición no intencional total de hijos o descendientes, la subsistencia de la primera no estará amenazada y la segunda evitará el juego de los más radicales efectos previstos en el artículo 814 del Código Civil.

g) UNOS EFECTOS INTERMEDIOS DE LA PRETERICIÓN

a') *La exclusión: un medio para concretar: «En otro caso»*

El número 2.º del artículo 814, 2, del Código Civil establece: «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 sólo se anulará en cuanto no perjudique a las legítimas».

Si nos centramos en la primera parte del texto del citado número 2.º, es decir, hasta el punto y seguido, el primer problema que nos encontramos se centra en determinar el alcance de la expresión «en otro caso», con la que se inicia este número. La pregunta, por tanto, es: ¿En qué otro caso será de aplicación lo dispuesto en ese número 2.º del artículo 814, 2, del Código Civil? La respuesta a la misma se nos antoja que puede elaborarse mediante la conexión del número que nos ocupa del artículo 814 del Código Civil con lo dispuesto anteriormente en el mismo precepto; fórmula que permitirá por exclusión conocer qué supuesto o supuestos caen dentro de la órbita del número 2.º que ahora nos ocupa. Para llevar a cabo la labor pretendida comenzaremos por atender al alcance dado al número 1.º del artículo 814, 2, del Código Civil, que precede al actualmente en estudio. La perspectiva que ello

nos ofrece permite sostener que, si el citado número 1.º del artículo 814, 2, del Código Civil se entendía de aplicación sólo cuando existiera una preterición no intencional total de hijos o descendientes, todos los supuestos en que esto ocurra quedan excluidos del número 2.º actualmente en estudio. El siguiente paso, como es fácil suponer, se centra en atender a la extensión dada al párrafo 1.º del artículo 814 del Código Civil, en éste, si recordamos, se habían incluido toda preterición distinta de la no intencional de hijos y descendientes; con lo que la respuesta en sentido positivo era que los efectos contemplados en el artículo 814, 1, del Código Civil estaban previstos para ser aplicados si se producía una preterición intencional de cualquier legitimario o una preterición no intencional de ascendientes o cónyuge (87). Lo dicho implica que el número 2.º del artículo 814, 2, del Código Civil sólo tiene vigencia, incluidos los demás supuestos de preterición en el artículo 814, 1, ó 2, 1.º, del Código Civil, en los casos de preterición no intencional parcial de hijos o descendientes (88); solución que encaja igualmente si se conecta la formulación general contenida en el apartado 2 del artículo 814 del Código Civil con el número 2.º del mismo.

b') *Un texto de mayor claridad*

Concretado el alcance de la expresión «en otro caso...» del artículo 814, 2, 2.º, del Código Civil, las consecuencias que de los supuestos de preterición en ella comprendidos se van a derivar son: «se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas».

Formulación de efectos que, además de su semejanza con la contenida en el artículo 814 del Código Civil en su versión originaria y en la posterior de 1958 (89) revela con mayor claridad que la del artículo

(87) En este sentido, COBACHO, *op. cit.*, pág. 413; DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, página 690; LACRUZ y otros: *El nuevo régimen de la familia*, vol. II, La filiación. La patria potestad, La economía del matrimonio, La reforma en el Derecho de sucesiones, Madrid, 1981, págs. 191 y 192; AMORÓS y otros, *op. cit.*, vol. II, páginas 1281 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 195 y sigs.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, vol. IV, pág. 600.

(88) Así, ALBALADEJO, *loc. cit.*, tomo XI, págs. 201 y 202; *idem*, *Curso de Derecho civil*, vol. V, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pág. 386; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 104 y 105; BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 228.

(89) Así, el artículo 814, en su redacción inicial, para los casos de preterición, salvo que se tratara del cónyuge viudo, establecía: «...anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas». Y en la posterior de 1958 significaba, excluida también la preterición del cónyuge viudo, lo siguiente: «...anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas».

lo 814, 1, del Código Civil (90) que la anulación (en el caso del artículo 814, 1, del Código Civil reducción) de la institución de heredero no será total si en la misma va comprendida la mejora de algún legítimo, en cuyo caso la proposición «mejoras ordenadas por cualquier título...» permite sostener sin ningún género de duda la subsistencia de la institución de heredero al menos en lo que se entienda mejora y lógicamente (art. 817 CC, aunque también lo aclara el propio párrafo en estudio) en la medida en que no exista inoficiosidad. Así pues, los efectos previstos en este artículo 814, 2, 2.º, del Código Civil inciden en primer lugar sobre la institución de herederos, pudiendo llegar a anularla en su integridad y posteriormente, y sólo en la medida de su inoficiosidad, sobre las mandas y mejoras cualquiera que sea el título por el que se dispusieron.

a") *Causa falsa o preterición o causa falsa y preterición.*—A pesar de la aparente claridad de lo expuesto, existen algunos puntos relacionados con ello sobre los que conviene detenerse. El primero se introduce con la afirmación (91) de que la preterición no intencional de ascendientes o del cónyuge no tiene por qué resolverse necesariamente a través de la vía del artículo 814, 1, del Código Civil, sino que puede serlo igualmente, solución que parece entenderse más acertada, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 767 del Código Civil, si bien en este caso se debe probar la falsedad de la causa de la institución, así como su carácter determinante. Al observar el planteamiento hecho se aprecia que el juego de los artículos 814, 1, y 767 del Código Civil, para resolver los supuestos de preterición no intencional de ascendientes o cónyuge, se establece en forma alternativa (92), es decir, que de aplicarse lo dispuesto en el primero de los artículos citados habría que dejar a un lado el contenido del segundo. A nuestro parecer, sin embargo, la aplicación eficaz de los dos artículos citados no tiene, en el orden señalado, por qué darse con carácter excluyente, sino que puede, para lograr su recíproca complementación, hacerse en forma conjunta, lo que cabe pensar si se atiende a:

1. El juego del artículo 814, 1, del Código Civil sólo precisa que se demuestre, de acuerdo con los supuestos en que estamos ocupados, la preterición no intencional de ascendientes o/y del cónyuge.

(90) Ver en el presente trabajo, apartado C, subapartado c: Un orden previsto y su posible alteración; en particular, nota 61.

(91) BOLAS ALFONSO, *loc. ult. cit.*, págs. 226-227.

(92) Así parece desprenderse cuando se hacen, BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, página 227, estas afirmaciones: «A mi juicio, lo que ocurre es que en los casos de preterición de ascendientes o cónyuge, por error o desconocimiento de su existencia, en vez de acudir al régimen —privilegiado— del artículo 814, párrafo 2.º, habrá que utilizar la vía del artículo 767 y probar la falsedad de la causa de la institución, así como su carácter determinante».

2. El artículo 767 del Código Civil no precisa para ser aplicado la demostración de la existencia de preterición alguna, sino la de que la institución de heredero o legado se encuentre afectada por una causa falsa y que la misma ha sido determinante para que el testador dispusiera la institución o el legado.

3. De acuerdo con lo anterior, no se aprecia obstáculo alguno para que ambos artículos puedan utilizarse conjuntamente. Es decir, probada la preterición no intencional del ascendiente o cónyuge y, por tanto, cumplidas las premisas de aplicabilidad del artículo 814, 1, del Código Civil, nada impide, al así preterido, que, inconforme con las ventajas que los efectos de este precepto le pueden reportar, intente ampliarlas acudiendo a lo dispuesto en el artículo 767 del Código Civil para hacer caer disposiciones testamentarias que se salvaron de los efectos destructores del artículo 814 del Código Civil.

Ahora bien, esto no quiere decir que siempre tenga sentido acudir a la vía del artículo 767 del Código Civil para conseguir mayores ventajas sucesorias. Tal ocurre, y sólo por poner un ejemplo, cuando el cónyuge sea preterido no intencionalmente pero instituidos los hijos del causante; en este caso, aun cuando el primero llegue a demostrar que la institución (legado, por ejemplo) por la que se disponía del tercio de libre disposición en favor de los hijos se encuentra afectada, por una causa falsa determinante de la misma y con ello consiga, al hacerla caer, la apertura de la sucesión intestada, esto no le favorecería en más que el artículo 814, 1, del Código Civil lo hizo, porque al concurrir con descendientes sólo tendrá, en esa sucesión derecho a su cuota legal usufructuaria (así se desprende de los arts. 834, 943 y 944 del Código Civil).

Ocurrirá justamente lo contrario, es decir, que el cónyuge preterido sin intención se beneficiaría de la aplicación del artículo 767 del Código Civil, si (valga como ejemplo contrario al anterior) por no existir hijos ni ascendientes el causante hubiera dispuesto, mediante instituciones de heredero y legados, de todo su patrimonio en favor de extraños. En este caso, si el cónyuge se limita a demostrar su preterición inintencional sólo tendrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 814, 1, del Código Civil en relación con el 838 del mismo Código, derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia, pero si además logra probar (art. 767 del Código Civil) la existencia de una causa falsa (que puede estar directamente conectada con la creencia errónea del testador de que el cónyuge preterido había muerto) determinante de una o más de las instituciones de heredero o legatario contenidas en el testamento, resultará que además de aquella cuota usufructuaria recibirá vía intestada

todo el contenido patrimonial de las instituciones de heredero o legatario afectadas por esa causa falsa. Planteamiento que puede hacerse extensivo a todo supuesto de preterición en el que, por los efectos previstos para esa figura, se mantengan vigentes disposiciones testamentarias que puedan ser atacadas, sin embargo, por la vía del artículo 767 del Código Civil (92 bis).

b") *Preterición mixta simultánea: ¿a quién beneficia?*—El siguiente punto en el que conviene centrar la atención para apreciarlo más en detalle viene ofrecido por lo que algún autor (93) ha dado en llamar preterición mixta simultánea y que se produce cuando en un mismo testamento unos legitimarios resultan preteridos intencional y otros inintencionalmente. En tales casos, la duda que se advierte la introduce lo dispuesto en el párrafo 1 y en el párrafo 2, 2.º, del artículo 814 del Código Civil, pues mientras el primero se limita a establecer la reducción de la institución de heredero el segundo dispone la anulación de la misma. Ante esa perspectiva la pregunta latente es: ¿La anulación de la institución de heredero que conlleva la preterición no intencional de hijos o descendientes aprovecha también a quienes de éstos sean preteridos con intención? Respecto de este punto se mantiene:

1. Caso de anularse la institución de heredero se benefician de ello no sólo los afectados por preterición no intencional, sino también los que lo son por intencional, si bien, para eludir este último efecto, cabe un acuerdo entre el preterido sin intención y el legitimario instituido (94).

2. Cada heredero forzoso preterido se encuentra legitimario en función de sus intereses vulnerados, de tal manera que los efectos de la sanción deberán ser los estrictamente correspondientes a los mismos (de no ser así se iría contra el postulado de congruencia procesal) (95).

Posiciones que demuestran, mediata o inmediatamente, cómo el preterido sin intención cuenta, si así lo desea, con resortes jurídicos suficientes para impedir, si ese fuera el caso, que el preterido con intención pueda beneficiarse, en detrimento del primero, de la anulación de la

(92 bis) Para un estudio de mayor profundidad del artículo 767 del Código Civil, ver: GORDILLO CAÑAS: «El error en el testamento», *ADC*, tomo XXXVI, fascículo III, 1983; ALBALADEJO: *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo X, vol. I (arts. 744 a 773 del Código Civil), comentados por ALBALADEJO, DÍAZ ALABART, GONZÁLEZ PORRAS, GORDILLO CAÑAS y MORENO QUESADA, Madrid, 1987, págs. 327 y sigs.

(93) BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 231.

(94) BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 231, en particular, nota 41 bis, si bien en la misma establece la posibilidad de un acuerdo entre el legitimario instituido y el preterido sin intención para anular la ventaja que la anulación de la institución supondría para el preterido intencionalmente.

(95) DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, págs. 706-707.

institución de heredero con la que se encuentra sancionada su preterición (96).

c'') *El traslado de una teoría: una posible respuesta.*—Otro punto que conviene precisar se centra en determinar si conforme a los efectos previstos en el artículo 814, 2, 2.º, del Código Civil los legitimarios preteridos van a recibir la legítima corta o la larga. Para dar respuesta a la cuestión planteada cabe trasladar algunas de las consideraciones hechas al estudiar, del artículo 814, 1, del Código Civil, la frase: «La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima». Las mismas, por no repetir íntegramente lo allí dicho (97), se concretaban en que si el causante no dispone del tercio de mejora para beneficiar, mejorándolo, a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios y se admite, como lo hace buena parte de la doctrina (98), que lo que no es mejora debe entenderse como legítima parece, igualmente ahora, razonable pensar que la legítima que debe recibir el preterido no sólo comprenderá su porción correspondiente en el tercio del mismo nombre, sino también la respectiva en el denominado tercio de mejora que formará con aquél la legítima larga (art. 808, 1, CC) de ese heredero forzoso preterido (99). Si, por el contrario, el causante dispuesto adecuadamente (es decir, en favor de algún legitimario) de todo el tercio de mejora y se considera que lo que es mejora no es legítima, sólo cabe admitir que la legítima que no debe perjudicarse del preterido será únicamente la corta. Ahora bien, fundamentalmente en los supuestos de preterición no intencional de algún descendiente legitimario, puede ocurrir que éste, aun utilizado el tercio de mejora en favor de alguno de los instituidos, no reciba únicamente su legítima corta sino la larga. Tal puede ocurrir si se demuestra, por ejemplo, que de haber conocido el testador la existencia del hijo preterido sin intención, no hubiera dispuesto, como lo

(96) En efecto, la posibilidad de acuerdos entre preteridos e instituidos, admitida, entre otras, por RDGRN de 10 de mayo de 1950 (*RGLJ Jur. Civil*, tomo XXX) y de 14 de agosto de 1959 (ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia registral*, tomo IX, años 1951-1963), permiten que el preterido sin intención no tenga por qué recurrir necesariamente a la anulación de la institución de heredero y, en consecuencia, que el preterido intencionalmente pueda obtener ventaja alguna; DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, págs. 715 y sigs., así como doctrina y jurisprudencia allí (nota 226) citada.

(97) Ver, en el presente trabajo, apartado B, subapartado b.b': ¿Qué legítima?

(98) Ver nota 57 anterior.

(99) Posibilidad que parecen admitir LACRUZ y otros: *El nuevo régimen de la familia*, vol. II, La filiación. La patria potestad. La economía del matrimonio. La reforma en el Derecho de sucesiones, Madrid, 1981, págs. 191-192, cuando afirma: El descendiente preterido erróneamente no parece deba limitarse a recibir la legítima corta como si el causante al preterirle hubiera mejorado implícitamente a los demás hijos.

hizo, del tercio de mejora; es decir, si consigue probarse que la mejora realizada está afectada por una causa falsa (creencia errónea, de que sólo existían los hijos mejorados) determinante de la misma (art. 767 del Código Civil). De no demostrarse la incidencia de ésta sobre la mejora, difícilmente podrá el preterido sin intención, si se dispuso de todo el tercio correspondiente para mejorar, recibir más de su legítima corta por cuanto el propio artículo 814, 2, 2.º, del Código Civil deja a salvo, de los efectos en él previstos, a las mejoras ordenadas por cualquier título.

c') *La continuación de un párrafo: su particularismo legitimario*

El texto del párrafo 2.º del artículo 814, 2, del Código Civil, que dejamos inicialmente a un lado, y de cuyo estudio pasamos ahora a ocuparnos, dice literalmente: «No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas».

El referido texto ha suscitado, entre los autores patrios, fundamentalmente dos grandes dudas:

- 1.ª ¿En qué casos se debe aplicar el favor *viduitatis* en él aludido?
- 2.ª ¿El mismo afecta sólo a la institución de heredero? Y completando esta segunda cuestión, de ser afirmativa la respuesta, ¿cuál es la razón de ello?

A la primera pregunta la doctrina, prácticamente sin excepción alguna, da como respuesta que sólo en los casos contemplados dentro de la hipótesis del artículo 814, 2, 2.º, del Código Civil, es decir, de preterición no intencional parcial de hijos o descendientes, se debe aplicar el beneficio que el artículo 814, 2, 2.º, *in fine*, del Código Civil establece para el cónyuge (100).

(100) En ese sentido, BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 230; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 352 y sigs.; AMORÓS y otros, *op. cit.*, vol. II, págs. 1280 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (artículos 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 195 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 105 y sigs. Posiciones anteriores que se ven confirmadas en la enmienda número 119 presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático (UCD) (portavoz: F. Villodres García), en la que respecto del artículo 814 se proponía modificar el primer párrafo y agregar un número 3.º al segundo, y en cuya explicación se afirmaba textualmente: «No se ve, en efecto, razón alguna para que el trato privilegiado que en este orden de cosas se dispensa al cónyuge se limite al supuesto en que la preterición sólo afecte a algunos hijos o descendientes que expliquen por qué subsiste la institución en su favor y no los legados». Para más detalle, ver: *Código Civil (reformas 1978-1983). Trabajos parlamentarios*, tomo I, ed. dirigida por F. SANTAOLALLA, Madrid, 1985, págs. 695 y sigs.

Respecto de la segunda pregunta la doctrina mantiene, con igual homogeneidad, que aquel beneficio del viudo únicamente acoge a la institución de heredero hecha en favor del mismo, pero no así a los legados (101). Posición, y damos respuesta a la pregunta que completa la última contestada, que algún autor (102), justifica, a nuestro entender acertadamente, con argumentos tan contundentes como estos: «Y en cuanto a que sólo se deje a salvo la atribución al cónyuge, si se canaliza a través de una institución de heredero, no puede ser más razonable, puesto que si le beneficia con un legado, el mismo está ya a salvo hasta el límite de la inoficiosidad por el juego del artículo 814, 2, 2.º, dado que los legados todos, y no sólo el hecho al cónyuge, sólo se reducen cuanto perjudiquen a las legítimas de los preteridos (legítimas aquí largas, no se olvide)».

a'') *El contraste de una expresa referencia pasada con un silencio presente: una nueva cuestión.*—Pero aclarados los puntos procedentes aparece ante nosotros una cuestión que, aun no suscitada directamente por el texto del artículo 814 del Código Civil, hace presencia en nosotros al tratar el último apartado recogido (art. 814, 2, 2.º, *in fine*, CC); cuestión que surge el contrastar la referencia que, en el referido apartado, se hace del alcance que va a tener, de darse los requisitos en el mismo exigidos, la anulación de la institución de heredero en favor del cónyuge, con el silencio, novedoso por demás (pues el texto del artículo 814 del Código Civil, en su versión originaria y en la posteriormente introducida por Ley de 24 de abril de 1958, aludía expresamente a los efectos que seguidamente señalamos), que el mencionado artículo dedica a los efectos que va a desencadenar la preterición del viudo o viuda. En efecto, el contenido del precepto en estudio (art. 814 CC) no alude en particular, como ocurría antes, a las consecuencias jurídicas que se desprenden de la preterición del cónyuge sobreviviente; ausencia de regulación individual que conectada con la afirmación indiscutible (artículo 807, 3, CC) de que el viudo o viuda es heredero forzoso, lleva a pensar que en principio la preterición del mismo dará lugar a los efectos contemplados en el artículo 814 del Código Civil en cuanto éstos puedan desplegarse por haberse cumplido los requisitos exigidos para ello (103). Sin embargo, la idea de que la preterición del cónyuge pueda acarrear, puesto que el artículo 814 del Código Civil no prevé

(101) REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 352 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO, *locución últ. cit.*, págs. 105 y sigs.; *idem*, *Panorama del Derecho de sucesiones*, volumen I. Fundamentos, Madrid, 1982, págs. 468-469; ALBALADEJO, *loc. últ. cit.*, tomo IX, págs. 195 y sigs. Posición igualmente confirmada en el Senado por el Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático, en la exposición de la enmienda número 119 (portavoz: F. Villodres García). Ver contenido de nota anterior.

(102) REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 354 y sigs.

(103) En ese sentido, REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 333-334.

otras distintas, las mismas consecuencias (otra cosa será que puedan ser cualquiera o sólo algunas de las previstas en el citado artículo) que la del resto de legitimarios puede matizarse si se piensa:

1. Tradicionalmente (art. 814 CC en su versión originaria y en la introducida más tarde por Ley de 24 de abril de 1958) los efectos previstos en el reiterado artículo han sido distintos a los del resto de herederos forzosos.

2. Es cierto que el posible argumento (104) de que la apertura de la sucesión intestada podía no garantizar, al cónyuge supeérstite, la satisfacción de la cuota legal usufructuaria que en la sucesión del difunto le correspondía, había perdido, a raíz de la modificación del artículo 953 del Código Civil (por la Ley anteriormente citada de 1958) toda posible vigencia al dejar el nuevo precepto, al contrario de lo que ocurría en su anterior redacción (105), inequívocamente claro, al afirmar: «... la legítima que *en todo caso* corresponde al viudo en la sucesión intestada...», el reconocimiento, en favor del citado legitimario, de su derecho a percibir en cualquier caso de sucesión intestada su legítima.

3. La modificación anterior no afectaba a los derechos legitimarios del cónyuge sobreviviente que seguían, al igual que antes, consistiendo, como se puede desprender de los artículos 834, 837 y 838 del Código Civil, en el reconocimiento en favor del mismo de un derecho real de usufructo. Invariabilidad en la concepción de la cuota legitimaria del cónyuge viudo que puede reconducirse a las siguientes consecuencias: Si el cónyuge sobreviviente resulta titular de un derecho real de usufructo que recae sobre los bienes que, según los casos, conforman los

(104) En efecto, llegado el caso (antes de la reforma del Código Civil por Ley de 1958) de abrirse la sucesión intestada por preterición del cónyuge viudo, para atribuirle mediante la misma su cuota correspondiente en usufructo, nos encontraríamos que dicho mecanismo cabía entenderlo, caso de existir descendientes, ascendientes legítimos o hijos naturales reconocidos, conforme al contenido del artículo 946: *A falta de las personas comprendidas en las tres secciones que preceden, heredarán... y los cónyuges por el orden que se establece en los artículos siguientes*, inviable para conseguir la citada finalidad. En otros términos, si el orden de llamamiento establecido por la Ley en la sucesión *ab intestato* estaba configurado como sucesivo y no como simultáneo, lo que se confirmaba en los artículos 930, 935, 939 y 946 del Código Civil, resultaba posible, al menos, pensar que en virtud de lo dicho el cónyuge viudo, siempre que concurriera con sucesores preferentes en el orden de llamamientos, no recibiría nunca su cuota usufructuaria. Aserto que parecía confirmar, *a sensu contrario*, el artículo 953 del Código Civil, único en el que aun llamados a la sucesión *ab intestato* hermanos o hijos de hermanos, se reconocía a aquél su derecho a percibir en concurso con los mismos la cuota en usufructo del artículo 837.

(105) Como se ha señalado en la nota precedente, el texto del artículo 953 del Código Civil, antes de la reforma de 1958, permitía, entendido *a sensu contrario* y en conexión con los artículos 930, 935, 939 y 946 del Código Civil, aventurar la hipótesis de que sólo en la sucesión *ab intestato* en el mismo contemplada, el cónyuge iba a recibir, en concurso con hermanos o hijos de hermanos del difunto, la cuota en usufructo del artículo 837.

tercios de mejora, libre disposición, mitad o dos tercios de la herencia, su preterición no tiene por qué provocar la caída o reducción de la institución de heredero o del resto de las disposiciones testamentarias, con la consiguiente apertura de la sucesión *ab intestato*, ni por qué existir a su favor un llamamiento legal a título de herencia o legado, sino que le basta que en el caso que nos ocupa (el de su preterición) la ley le confirme (lo que puede desprenderse de los arts. 839, 2, y 840 del Código Civil) la existencia de su derecho real que como tal podrá dirigir (al igual que si le hubiera reconocido en el testamento) contra quien sea titular de los bienes sobre los que aquél se entiende por ley constituido, sin necesidad de tener para ello la condición de heredero o legatario testado, intestado o forzoso.

Explicación que lleva a pensar, tal como ocurría antes de la reforma de 1981, que el cónyuge difunto no tiene, respecto del sobreviviente, un verdadero deber de atribuirle la cuota legitimaria correspondiente mediante la constitución en su testamento y a su favor de un derecho real de usufructo que se encuentra constituido directamente por la ley en favor de aquél y en consecuencia que no puede hablarse con propiedad (por lo que quizá el nuevo artículo 814 del Código Civil no se refiera expresamente a la misma), aun omitido totalmente en el testamento de su consorte, de la preterición del cónyuge viudo (106).

4. No admitir el planteamiento precedente y pensar que los efectos previstos en el artículo 814 del Código Civil para los casos de preterición son los aplicables cuando la misma sea de un cónyuge viudo deja mostrar cierta incongruencia si se piensa:

a) La participación legitimaria que los artículos 834 y siguientes del Código Civil establecen en favor del citado heredero forzoso consiste siempre en un derecho real de usufructo en favor del mismo.

b) Los efectos previstos en el artículo 814 del Código Civil consisten en reducir a anular total o parcialmente las disposiciones testamentarias pero no en gravarlas.

c) Si se conjugan los dos apartados precedentes resulta que para satisfacer la legítima del cónyuge viudo preterido se tendrán que reducir o anular disposiciones testamentarias cuando la satisfacción de la legítima a la que tiene derecho no precisa ni lo uno ni lo otro (107), pues simplemente requiere el que se grave, con el derecho real de usufructo, la parte correspondiente de la herencia del causante.

(106) En este sentido: ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 176-177.

(107) A no ser que se entienda la reducción de la institución referida solamente al derecho de usufructo y no en su integridad.

d) Finalmente, aun superadas todas las barreras anteriores, nos encontraríamos con que la aplicación, a la preterición del cónyuge viudo, de los efectos previstos en el artículo 814 del Código Civil podría dar lugar a situaciones conflictivas entre el citado precepto y los que se ocupan (arts. 834 y ss.) de regular los derechos del citado legitimario. En efecto, y sólo por referirnos a una situación concreta: si el artículo 834 del Código Civil establece que el cónyuge que concurra a la herencia con hijos o descendientes tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora y resulta que los efectos que se deben desplegar con arreglo al tipo de preterición acaecido son los del párrafo 1 del artículo 814 del Código Civil (reducir la institución de heredero antes que legados, mejoras y demás disposiciones) se producirá una clara contradicción entre ambos preceptos, porque mientras el primero (artículo 834 CC) señala que el usufructo recae sobre el tercio destinado a mejora el segundo (art. 814, 1, CC) afirma que se reducirá en primer lugar la institución de heredero que puede no comprender, y aquí estaría el conflicto normativo, el mencionado tercio de mejora que es precisamente el que debe soportar aquel derecho real. Es más, incluso habiéndose mejorado, con la totalidad del tercio correspondiente para ello, a través de la propia institución de heredero la reducción curiosamente afectaría, por lo admitido al hablar de ese tema (108), antes al resto de la institución que al tercio de mejora, utilizado en este caso para mejorar, cuando el derecho de usufructo que quiere salvaguardarse, como acabamos de decir, debe recaer sobre el susodicho tercio.

Con todo, lo expuesto no quiere decir que la legítima del cónyuge viudo no encuentre protección alguna en el ámbito del artículo 814 del Código Civil, pues la misma se puede apreciar, sin que ello suponga forzar la labor de cobertura de los legitimarios del citado precepto, en sus párrafos 1.º y 5.º En el primero porque al afirmar que «la preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima» pueden considerarse incluidas sin especial dificultad la legítima y la preterición del cónyuge viudo; en el segundo de los párrafos mencionados porque al decir «a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador» puede entenderse igualmente incluida, sin mayor dificultad, la legítima de aquél. Si bien hay que aclarar que ese no perjuicio o ese dejar a salvo la legítima del cónyuge preterido debe entenderse con las matizaciones recién señaladas.

(108) Ver nota 61 del presente trabajo.

E) EL CONFLICTIVO TERCER PÁRRAFO

a) MULTIPLICIDAD DE PROBLEMAS Y DIVERSIDAD DE RESPUESTAS

El siguiente paso en el estudio del artículo 814 del Código Civil nos coloca ante el siguiente párrafo: «Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos». Nuevo trazado que presenta el texto del artículo objeto de estudio en el presente trabajo que al atraer especialmente la atención de la doctrina conduce a que ésta, en el intento de clarificar su contenido, genere, ante las distintas orientaciones que en la misma se observan, no poca perplejidad a la hora de desentrañar el verdadero significado que el mismo encierra. En efecto, y sólo por ocuparnos inicialmente de las principales cuestiones que se plantean en relación con el texto transcrito, así como la diversidad de soluciones propuestas para resolverlas, nos encontramos con:

1. La primera gran cuestión se centra en determinar si el párrafo ahora en estudio es aplicable sólo a los supuestos de premoriencia, o además a los de desheredación e indignidad del descendiente intermedio.

Sobre el particular, los autores defienden en su gran mayoría (109) la aplicación del citado artículo 814, 3, del Código Civil únicamente a los supuestos de premoriencia del citado descendiente, con lo que excluyen del mismo los casos de desheredación o indignidad que deberán solucionarse, así lo señalan, por la vía de los artículos 857 y 761 del Código Civil, respectivamente, y no por la del artículo en primer lugar reseñado. Corriente doctrinal que no llega a ser unánime al existir autores que sostienen, contrariamente a aquéllos, que tanto los casos de pre-

(109) Aquí se encuentran: BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 207; COBACHO, *op. cit.*, páginas 418 y sigs.; GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, págs. 159 y sigs.; DE APALATEGUI ASÚA: *Nueva síntesis del Derecho sucesorio «mortis causa»*, Málaga, 1984, página 46; LACRUZ y otros: *El nuevo régimen de la familia*, vol. II, La filiación. La patria potestad. La economía del matrimonio. La reforma en el Derecho de sucesiones, Madrid, 1981, págs. 193-194; LACRUZ-SANCHO: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981), Barcelona, 1981, págs. 518 y sigs.; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, págs. 599 y sigs.; AMORÓS y otros, *op. cit.*, volumen II, págs. 1281 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 179 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, Fundamentos, 1.ª ed., Madrid, 1982, págs. 486 y sigs.; O'CALLAGHAN: *Compendio de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, Madrid, 1982, págs. 330 y sigs.

morencia, indignidad o desheredación del descendiente intermedio caen en la órbita de referencia del artículo 814, 3, del Código Civil (110).

2. El siguiente punto, que ha acaparado la atención de buena parte de la doctrina, gira en torno a dilucidar si el mencionado párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil da entrada a un derecho de representación, una sustitución o ni a uno ni otra. En este caso la visión de los autores se diversifica como sigue:

a) Para unos (111), lo que realmente introduce el párrafo que nos ocupa es el instituto de la sustitución sucesoria *ex lege* en favor de los descendientes del descendiente no preterido.

b) Para otros (112), el término «representan» que se utiliza expresamente en el texto del artículo 814, 3, del Código Civil debe entenderse, pues así lo confirma la literalidad del precepto, como la admisión en el mismo del llamado derecho de representación, si bien ahora lo es en la sucesión testada.

c) Finalmente la doctrina (113) llega también a mantener que los

(110) En este sentido: PINTO: «El actual artículo 814 del Código Civil no introduce el instituto de la representación sucesoria en la sucesión testada», *RGD*, número 483, 1984, año XLI, págs. 2682-2683; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 355 y sigs.

(111) BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, págs. 205 y sigs.; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, páginas 320 y sigs. Por su lado, VALLET DE GOYTISOLO, en varias de sus obras: *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, Fundamentos, Madrid, 1982, págs. 471 y sigs.; «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, páginas 105 y sigs., y en ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 176 y sigs., considera que entender en el artículo 814, 3, del Código Civil el término «representan» equivalente a «sustituyen» resultaría algo fuerte en el caso de que el hijo premuerto del causante hubiera sido mejorado y no hubiese dejado hijos matrimoniales, sino únicamente no matrimoniales desconocidos o rechazados por el abuelo testador.

(112) DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, pág. 650; GARRIDO PALMA: «El nasciturus y el Derecho civil», *RDN*, núm. 120, abril-junio 1983, págs. 129-130; GIMÉNEZ DUART: «Los desajustes de la reforma: sobre legítima y reservas», *RDN*, núm. 128, abril-junio 1985, págs. 155 y sigs.; LACRUZ y otros, *op. cit.*, vol. II, págs. 193-194; O'CALLAGHAN, *loc. últ. cit.*, tomo V, págs. 330 y sigs.; ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, págs. 71 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (artículos 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, páginas 195 y sigs., en donde se acepta la representación sucesoria, si bien circunscrita a la legítima; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, 1983, págs. 108 y sigs., en la que se considera que el artículo 814, 3, del Código Civil lo que hace es atribuir a los descendientes del descendiente el *status* de legitimarios.

(113) PINTO, *loc. últ. cit.*, págs. 2680 y sigs., quien afirma que: «... no hay preterición porque *de facto* el nieto ocupa el lugar que, como legitimario, ocuparía el padre premuerto en la herencia, porque en la nominación del instituido descendiente está ya «representada» la nominación de sus descendientes. Y más adelante continúa: «*De lege data* está claro que no se ha establecido ni el llamado derecho

descendientes del descendiente no preterido ocupan por derecho propio, sin necesidad, por tanto, de sustitución o derecho de representación de ningún tipo, la posición de legitimarios en la herencia del causante.

3. Otro de los temas centrales surgidos del texto del artículo 814, 3, del Código Civil ha dado pie a estudios doctrinales de dispar orientación, se plantea al tratar de determinar si los descendientes del descendiente no preterido tienen derecho, en la herencia del ascendiente, sólo a la cuota legítima correspondiente o, por el contrario, van a recibir la totalidad de bienes que hubieran sido dispuestos en aquélla a favor del descendiente al que ellos, conforme a la literalidad del artículo 814, 3, del Código Civil, «representan». Alternativa circunscrita a la legítima (114) o a la totalidad de la herencia dispuesta en favor del descendiente no preterido (115) que ha tomado, en las dos vertientes citadas, carta de naturaleza, como ya avanzamos, entre nuestra doctrina.

b) UN RETO: COADYUVAR AL ENCUENTRO DE SOLUCIONES

Vistos algunos de los principales problemas que ha suscitado la redacción del párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil y las distintas soluciones propuestas por la doctrina para resolverlas, queda ocuparnos particularmente de ello en un intento de aportar puntos de vista que al coadyuvar a ofrecer una visión más completa de las diferentes facetas comprendidas en aquel párrafo faciliten el encuentro de la solución más acertada en cada caso.

Al ocuparnos de las distintas elaboraciones doctrinales generadas en torno al artículo 814, 3, del Código Civil se ha podido apreciar cuáles eran los principales puntos de conflicto entre los autores y, en definitiva, los términos o expresiones del tan citado párrafo que los provoca-

de representación en la sucesión testada ni la sustitución vulgar presunta mencionada».

(114) PINTO, *op. cit.*, págs. 2682 y sigs.; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.^a ed., Madrid, 1982, págs. 599 y sigs.; ALBALADEJO, *loc. últ. cit.*, tomo XI (art. 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, págs. 195 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO, *locución últimamente citada*, págs. 108-109.

(115) COBACHO, *op. cit.*, págs. 418 y sigs.; GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, págs. 159 y sigs., si bien circunscribe ese planteamiento a los casos de premoriencia, con exclusión de los de indignidad o desheredación; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 355 y sigs., quien igualmente refiere la representación en toda la porción hereditaria del representado a los casos de premoriencia, mientras en los de indignidad o desheredación la representación la ciñe a la porción legitimaria; LACRUZ y otros, *op. cit.*, páginas 193-194, quienes también se refieren sólo a los supuestos de premoriencia; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, págs. 518 y sigs., con el mismo alcance antes referido; AMORÓS y otros, *op. cit.*, vol. II, págs. 1281 y sigs., en los que, aunque con reservas, se muestra, igualmente solo para los casos de premoriencia del descendiente intermedio, favorable a la línea ahora defendida.

ban. Así, el primero de aquellos lo introducía la expresión «... de otro descendiente que no hubiera sido preterido...». En relación con ésta, los autores, si recordamos lo ya dicho, se mostraban partidarios de dar cabida en ella a los supuestos de premoriencia del descendiente o, con un criterio más elástico, extendían además su alcance a los casos de desheredación e indignidad del mismo. Por nuestro lado, y al no desprenderse, en principio al menos, otra cosa de la citada expresión, vamos a entenderla en un sentido lato, es decir, comprensiva tanto de la premoriencia, desheredación o indignidad del descendiente, pues, en tanto no se demuestre lo contrario, las tres situaciones permiten sostener que el afectado por cualquiera de ellas no ha resultado preterido.

El siguiente término del artículo 814, 3, del Código Civil, que daba pie a la polémica doctrinal, era el de «representa», sobre el que se había mantenido la idea de un derecho de representación, una sustitución o la de entender que en la nominación del instituido descendiente estaba ya «representada» la nominación de sus descendientes.

Distintas posiciones ante idénticos términos que llevan a hacer algunas reflexiones sobre las mismas para mostrar lo favorable o desfavorable que encierran. Labor que se puede abordar conectando cada uno de los supuestos que en principio se han considerado incluidos en la proposición «... de otro descendiente que no hubiere sido preterido...», con los diferentes significados ofrecidos del término «representan».

a') *La búsqueda de una salida viable para la premoriencia*

La línea directriz anteriormente señalada conduce a la siguiente composición:

— Premoriencia del descendiente instituido (por tanto, no preterido) con descendientes que no lo fueron.

El supuesto ahora planteado presenta la fundamental incógnita de desvelar el sentido que ha de darse al vocablo «representan».

Tema sobre el que cabe apreciar las siguientes posibilidades:

a) Entender el mencionado vocablo como alusivo a un derecho de representación en la sucesión intestada.

b) Juzgar en la mención del descendiente representada, sólo a efectos de nominación, la de sus descendientes.

c) Entenderlo referido a un derecho de representación en la sucesión testada.

d) Considerarlo como introductorio de una sustitución vulgar *ex lege*.

a'') *La opción «ab intestato»: su rechazo.*—La primera posibilidad expuesta con anterioridad supone sencillamente dar juego al derecho de representación tal y como lo regulan los artículos 924 y siguientes del Código Civil. Aplicación del mencionado derecho de presentación en la sucesión *ab intestato* que resulta perfectamente factible si se piensa:

1. En el supuesto ahora contemplado, el legitimario, fallecido antes que el causante, no pasaba a ser titular, tanto si se le había designado heredero como legatario, no ya de la porción de la herencia con la que se le pretendía beneficiar, sino ni siquiera (caso de ser nombrado heredero) del derecho a adquirirla (*ius delationis*).

2. Admitido lo anterior (116), cabe entender, siempre que no resulte aplicable ni el derecho de acrecer ni la figura de la sustitución, que aquella porción a la que estaba llamado el descendiente instituido queda vacante.

3. Conforme a lo dicho, cabe admitir, sin dificultad alguna, en virtud de lo dispuesto en el artículo 912, 3.º, del Código Civil en relación con el 658, 3, del mismo Código, que respecto de la mencionada porción hereditaria, al quedar sin titular, se abrirá la sucesión *ab intestato*.

4. Si de acuerdo con lo dicho se produce, para aquella parte de la herencia, la apertura de la sucesión intestada, se debe entender que en ella, en virtud de lo dispuesto en el artículo 933 del Código Civil heredan los descendientes del premuerto instituido, por derecho de representación.

Solución ahora analizada que parece confirmar su validez dentro de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil si aparte de adecuarse perfectamente, como acabamos de ver, a la literalidad del término «representan», se piensa que mantiene ese perfecto ajuste con el restante contenido del párrafo, pues no sólo supone que los descendientes representen al ascendiente, sino además que al abrirse la sucesión intestada a la que aquéllos son llamados, permite mantener, como señala el artículo 814, 3, del Código Civil que los mismos no se consideran preteridos.

Impresión señalada, respecto de la bondad del juego del derecho de representación en la sucesión intestada, para resolver el contenido

(116) De acuerdo con lo dispuesto en artículos como el 657, 758 y 766 del Código Civil. En ese sentido, ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, vol. V, *Derecho de sucesiones*, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pág. 77; *idem*, *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, págs. 18 y 47, cuando afirma que si el instituido premuere al testador no recibe delación; *idem*, «La sucesión *iure transmissionis*», ADC, 1952, tomo V, fasc. III, págs. 915 y sigs.

del artículo 814, 3, del Código Civil, que empieza a ceder si se medita precisamente sobre el contenido del inciso final del tan mencionado párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil, que señala textualmente: «y no se consideran preteridos», y se tiene presente:

a) La dicción del mismo señala un efecto claro para los descendientes del descendiente no preterido en la sucesión del ascendiente, cual es el de no entender, aunque la haya, o quizá mejor, precisamente porque se da (117), acaecida la preterición de los primeros.

b) Aceptado lo anterior, parece coherente pensar que lo que el citado inciso final persigue es que no se desencadenen, en ese caso, los efectos que anteriormente se han señalado en el mismo artículo para los distintos supuestos de preterición en él contemplados.

c) Conforme a lo precedente, el efecto último perseguido por la proposición final del párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil no puede ser otro que el de evitar, a consecuencia de la preterición de los descendientes, la apertura de la sucesión intestada.

De tal manera que si el postrer objetivo del reiterado inciso final no es otro que el de no dar vía libre, respecto de la herencia del ascendiente, a la sucesión *ab intestato*, difícilmente se puede sostener con un mínimo de coherencia que, si la finalidad última del artículo 814, 3, del Código Civil es la indicada, el término «representan» utilizado en él acoja precisamente a un derecho de representación que va a actuar sobre la sucesión que se trata de eludir.

b'') *Incompatibilidades de la simple nominación*.—La siguiente posibilidad a conjugar con el supuesto de hecho que ahora nos sirve de referencia supone, si no lo hemos entendido mal, que a pesar de que los descendientes han pasado a ser (art. 807, 1, CC), al morir el descendiente intermedio instituido, herederos forzosos respecto del ascendiente causante, no se consideran preteridos por entenderse que en la nominación testamentaria del instituido va incluida de alguna forma la de los descendientes de éste. De tal manera que, circunscrita a lo dicho, la función del párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil se afirma en coherencia con ello que el citado precepto no se ocupa del

(117) Parece lógico pensar que el párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil se refiere sólo a aquellos supuestos en los que los descendientes del descendiente intermedio no preterido han resultado preteridos en la sucesión del ascendiente. De no afectar la preterición a los primeros (por ser instituidos herederos, legatarios, desheredados justa o injustamente, etc.), la salvedad que se hace de no considerarlos preteridos no tendría mucho sentido, porque si no lo están, no tienen por qué considerarse no preteridos; sencillamente no lo han sido y punto, sin necesidad de salvedad alguna.

contenido cuantitativo objetivo de los derechos del descendiente o a lo sumo se admite el que atribuya lisa y llanamente la legítima.

De acuerdo con esto, cabe pensar lo que sigue:

1. La disposición testamentaria (institución de heredero o legado) en favor del descendiente intermedio premuerto (según lo que mantiene la doctrina ahora vista) se debe entender caída, pues a lo sumo se considera que el artículo 814, 3, del Código Civil atribuye la legítima (118) a los descendientes.

2. Admitir lo anterior y a la vez que en la designación testamentaria del instituido se encuentran con el sólo alcance de una simple alusión nominal, incluidos los descendientes del mismo, no deja de ser un planteamiento elaborado sobre una fuerte abstracción. Es decir, negar, de un lado, la vigencia de la disposición testamentaria, a título de herencia o legado, con la que se beneficiaba al descendiente intermedio instituido y al mismo tiempo, de otro, afirmar que la misma pervive (y otro camino no queda, tal y como se quiere justificar la no preterición de los descendientes) en lo que encierra de simple nominación, da lugar a un planteamiento, cuando menos, altamente discutible por la contradicción (hacer caer y al mismo tiempo no caer una misma disposición testamentaria) que encierra dentro de sí. En efecto, si se atiende a la teoría que nos ocupa, ésta justifica la no preterición de los descendientes en hacerles extensiva la nominación contenida en la disposición testamentaria hecha en favor del descendiente intermedio instituido (119); razonamiento para cuya efectividad precisa el que se mantenga la vigencia de la disposición, al menos en la vertiente que encierra de pura nominación testamentaria del descendiente instituido, porque es en la misma donde considera incluida también la nominación de los descendientes. No defender esa vigencia mínima referida, y sí que la disposición que la acoge cae en su totalidad, conduciría a dar entrada a la preterición de los descendientes, pues éstos no podrían, de mantenerse lo dicho, considerarse ni tan siquiera mencionados en el testamento del ascendiente y, por tanto, no preteridos.

3. Sostener, al no considerar existente ni un derecho de representación en la sucesión testada, ni una sustitución vulgar presunta (120), la caída de la institución con la que se pretendía favorecer al descendiente (en el caso que nos ocupa, premuerto) conlleva a dar entrada (artículo 912, 3.º, CC) a la sucesión *ab intestato* a la que podrán con-

(118) PINTO, *op. cit.*, págs. 2683 y sigs.

(119) PINTO, *op. cit.*, págs. 2683 y sigs.

(120) PINTO, *op. cit.*, pág. 2687. Se entiende, además, que tampoco se da, como es lógico, una sustitución vulgar expresa en favor de los descendientes, pues en tal caso nada habría que ventilar respecto a una posible preterición de éstos.

currir, por derecho de representación (arts. 914 y ss. CC), los descendientes del descendiente instituido y premuerto, lo que les permitirá hacerse con su cuota legitimaria total o parcialmente al menos, en cuyo caso podrán solicitar (art. 815 CC) su complemento.

4. Conforme a lo anterior, resulta que pese a no considerar, en virtud de las razones anteriormente expuestas, preteridos los descendientes, curiosamente, sin embargo, los efectos que se desencadenan pueden llegar a ser para el testamento tan contundente como los que hubiera provocado admitir la existencia de preterición en los descendientes, con lo que la finalidad última, evitar sobre el negocio testamentario las consecuencias propias de la preterición, que parece inspirar al artículo 814, 3, del Código Civil, *in fine*, quedaría en buena medida frustrada.

5. Además, parece un tanto artificial tratar de justificar la no preterición de los descendientes en base a considerar existente una referencia, puramente nominativa de los mismos, en la institución del descendiente, cuando la apertura de la sucesión intestada, en el total, si se considera que nada reciben directamente los descendientes que pasan a ser legitimarios (art. 807, 1, CC), o en sólo una parte del *quantum* patrimonial hereditario de aquélla, si se entiende que se les atribuye directamente la legítima, determina por sí misma, al hacer herederos intestados a los descendientes, la imposibilidad de dar acceso a una posible preterición de éstos (121).

c") *El equilibrio argumental de dos opciones.*—Todo lo dicho hasta el momento induce a pensar que el principal debate, respecto al instituto que se debe entender acogido en el vocablo «representan» del artículo 814, 3, del Código Civil, se va a producir entre el derecho de representación en la sucesión testada y la sustitución vulgar *ex lege*. Decisión en favor de uno u otro de los institutos citados que encierra una mayor importancia teórica que práctica en la medida en que representación o sustitución colocarían, como se puede desprender de los artículos 924 y 780 del Código Civil, respectivamente, a los descendientes en posiciones muy semejantes (122).

(121) Piénsese que en el supuesto con el que ahora se trabaja (premorienza del descendiente intermedio instituido) no tiene justificación alguna el limitar su participación hereditaria a la legítima estricta (como ocurre en los casos de desheredación justa o indignidad para no favorecer más a los descendientes del desheredado o indigno que al injustamente desheredado), de tal manera que aun cuando se llegue a entender que en el artículo 814, 3, se le atribuye la legítima, eso no le privaría de participar en la parte de la institución del descendiente respecto de la que se abría la sucesión intestada.

(122) En ese sentido, también VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, Perspectiva dinámica, 1.ª ed., Madrid, 1984, págs. 358-359; ROCA SASTRE: *Estudios sobre sucesiones*, tomo I, Madrid, 1981, pág. 412, en donde afir-

Con todo, no se debe olvidar que si bien es cierto que el derecho de representación está acoplado dentro del Código Civil en la sucesión intestada (si se recuerda, el mencionado derecho se regula en la sección III del capítulo III, dedicado a la sucesión intestada), lo que pudiera utilizarse para rechazar su presencia en el artículo 814 del Código Civil, no lo es menos que la sustitución vulgar es propia, como lo demuestran los artículos 774 y siguientes del Código Civil, de la sucesión testamentaria, equilibrio argumental que podía ser roto en favor de la primera figura (derecho de representación en la sucesión testamentaria) si se piensa que ésta cuenta de su lado con el peso de la literalidad (123).

d") *Una proyección institucional de corto, medio y largo alcance: razones para la defensa de esta última.*—Pero llegados al punto anteriormente recogido, al escudriñar un poco lo que detrás del mismo puede ocultarse, aparece un tema que, por la trascendencia práctica que puede llegar a tener, atrae con mayor fuerza que el primero, con el que indudablemente está conectado, el interés de quien lo contempla; nos referimos concretamente a la cuestión de si la representación (o la sustitución, si se prefiere ese término) en favor de los descendientes va a alcanzar a la totalidad de la institución hereditaria dispuesta en favor del descendiente premuerto o, por el contrario, se debe limitar a la legítima. Tema sobre el que la doctrina había mostrado ya, si recordamos (124), de forma indistinta, sus preferencias y del que seguidamente pasamos a ocuparnos.

No se nos oculta que admitir, llamémosle así, un derecho de representación, en favor de los descendientes, sobre la totalidad de la institución (herencia o legado) con la que se pretendía beneficiar al descendiente premuerto puede encontrar dificultades de aplicación dentro del propio Código Civil si se piensa en temas como la mejora, dado el carácter de ventaja personal que las envuelve (art. 823 CC) o en artículos como el 986 del mismo Código, en donde se dispone que la porción vacante de un instituido en testamento pasará, caso de no jugar ni el derecho de acrecer ni la figura de la sustitución, a los herederos legítimos del causante. Observaciones por las que parece mostrarse como más adecuada una representación en favor de los descendientes (125)

ma: «Teniendo el derecho de representación un juego idéntico al de la sustitución vulgar, la introducción de aquél en la sucesión testamentaria equivaldría a establecer una sustitución vulgar *ex lege*...».

(123) En efecto, y aun sin olvidar su poca fuerza argumental, el texto del párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil dice «representan» y no sustituyen, con lo que cabe pensar que si el legislador utilizó el primer término y no el segundo es porque quiere referirse a un derecho de representación y no a una sustitución.

(124) Ver notas anteriores 114 y 115 del presente trabajo.

(125) Siempre y cuando no exista realmente una sustitución voluntaria en

limitada sólo a los derechos legitimarios; sin embargo, la orientación puede ser completamente distinta si se admiten consideraciones como:

1. La expresión última del artículo 814, 3, del Código Civil «y no se consideran preteridos» permite pensar que el Código en determinados supuestos (cuando el descendiente intermedio no esté preterido) persigue que los descendientes de este intermedio, aun preteridos en el testamento del ascendiente, se entiendan como si no lo estuvieran.

2. La consecuencia inmediata de lo anterior es la de que se quiere evitar en esos casos, aun existiendo preterición, los efectos característicos de esta figura.

3. Conforme a lo anterior, lo más consecuente resulta extender la representación de los descendientes (preteridos) a la totalidad de la institución (herencia o legado) del descendiente intermedio, no sólo porque de acuerdo con el contenido final del párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil cabe pensar que si no se consideran preteridos los primeros es porque se les entiende instituidos en lo mismo en que lo fue al que representan (a lo que no se opone, sino que muy al contrario permite el texto del art. 924 CC), sino además por:

a) Si se admite que la finalidad última, perseguida por el artículo 814, 3, *in fine*, del Código Civil, es la de evitar sobre el testamento los distintos efectos de la preterición parece lógico entender, dado que el menor de estos previstos (126) por el artículo citado es, para evitar

favor de los descendientes, lo que podría darse si se designa genéricamente herederos a los hijos y en la misma se pueden entender comprendidos los nietos (hijos de los primeros). Sobre el particular, ver: VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, Perspectiva dinámica, 1.ª ed., Madrid, 1984, páginas 82 y sigs.; Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1981 (ref. Aranzadi 1.786); NOVOA SEOANE: «El derecho de representación según el Código Civil. Antinomias aparentes», *RDP*, tomo I, octubre 1913, diciembre 1914, págs. 143 y sigs., quien llega a afirmar que instituidos los herederos forzosos del primer grado, se entienden instituidos todos los descendientes de los mismos en línea recta. Postura mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 19 de octubre de 1899 (*RGLJ Juris. Civil*, tomo 88), en la que afirmaba: «En materia de sucesiones debe entenderse que en la palabra hijos están comprendidos los nietos, a no ser que se hallen expresamente excluidos»; en semejantes términos, las de 3 de octubre de 1903 (*RGLJ Juris. Civil*, tomo 96) y la de 14 de mayo de 1928 (*RGLJ Juris. Civil*, tomo 183). De otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1952 (*RGLJ Juris. Civil*, tomo XL), en un caso de premoriencia del instituido nominativamente, afirmaba que: «en cuanto al tercio de legítima estricta nadie ha puesto en duda que dado el evento de la premoriencia, los nietos deben recibir la participación que les corresponde como herederos forzosos», si bien rechazaba su extensión a la porción libre (en la que se incluía el tercio de mejora) de la herencia testada.

(126) Aunque realmente el efecto más amortiguado de la preterición se produce en el caso de que la misma afecte al cónyuge viudo (ver, en el presente trabajo, apartado D, subapartado g.c'.a'': «El contraste de una expresa regulación pasada con un silencio presente: una nueva cuestión»), tal consecuencia no cabe

el perjuicio de la legítima, reducir la institución de heredero antes que legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, que todo lo que sea dar acceso en el artículo 814, 3, del Código Civil a una representación que no evite al menos esos efectos más atemperados de la preterición carecería de sentido.

b) De acuerdo con lo dicho, y negada inicialmente la posibilidad de admitir, sobre el total del patrimonio hereditario contenido en la institución dispuesta en favor del descendiente premuerto, un derecho de representación en la sucesión *ab intestato* (127), cabría distinguir:

— Aceptar, sobre la institución hecha en favor del descendiente intermedio, el mecanismo de la representación testamentaria, pero limitado sólo a la parte de legítima en aquélla contenida (128). En cuyo caso se abriría, para el resto del *quantum* patrimonial contenido en la institución, la sucesión intestada a la que accederían, junto con los demás legitimarios, los descendientes representantes.

Solución de escaso sentido si se piensa que:

- Se ha de convenir que en el supuesto en que ahora nos situamos (premoriencia del descendiente intermedio instituido) la institución (herencia o legado) con la que se le pretendía beneficiar queda, por esa circunstancia, sin el titular previsto por el causante.

- Ante tal evento, de aceptarse el planteamiento anteriormente recogido (representación testamentaria sólo en la cuota de legítima), la institución reseñada mantendría su vigencia, gracias al mencionado derecho de representación, en la parte que de la misma correspondía a la legítima del descendiente instituido, que pasaría con ese mismo significado y a través del mecanismo indicado, a los descendientes del premuerto, abriéndose, para el resto del patrimonio hereditario acogido en la institución, la sucesión intestada a la que concurrían, junto con los demás legitimarios que lo fueran, aquellos descendientes del premuerto.

Pues bien, de lo dicho, y aquí empiezan a surgir las incongruencias para la solución ahora propuesta, se desprende sin especial dificultad:

- El derecho de representación testamentaria, en lo referente a la

considerarla al referirse este párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil sólo a descendientes y no a cualquier otro legitimario.

(127) Ver del presente trabajo, apartado E, subapartado b.a'.a": «La opción intestada: su rechazo».

(128) No se debe perder de vista que la cuota legitimaria, propiamente dicha, del descendiente instituido puede variar en función de cómo se haya utilizado el tercio de mejora. Es decir, le corresponderá sólo su parte de legítima corta, si el causante dispuso, por ejemplo, de todo el tercio de mejora para mejorar a otro de sus descendientes, o bien, si no se utilizó para mejorar a ninguno, su participación legitimaria será larga, es decir, comprensiva tanto de su cuota correspondiente en el tercio de legítima estricta como en el de mejora no utilizado para mejorar.

legítima, y la sucesión intestada, en lo que concierne, si es el caso, al resto del caudal hereditario recogido en la institución, evitan en cualquier caso la posibilidad de considerar a los descendientes del descendiente premuerto, preteridos.

• Sin negar la certeza de lo anterior, idénticos efectos a los señalados se alcanzarían, tanto para los descendientes del descendiente premuerto como para el resto de legitimarios, si en lugar de admitir, con el alcance señalado, el derecho de representación en la sucesión testamentaria, se hubiera dado cabida únicamente a ese mismo derecho en la sucesión intestada. En efecto, en este último supuesto, los descendientes del descendiente premuerto recibirán, si bien ahora sólo por sucesión *ab intestato*, lo que les correspondiera como legítima más lo que tuvieran derechos, junto con los demás legitimarios, a percibir del resto del patrimonio hereditario respecto del que se había abierto la sucesión intestada; en definitiva, lo mismo que de haber jugado en favor de ellos y sobre la parte de legítima (excluida, por tanto, la mejora como tal, pero necesariamente el tercio de ese mismo nombre) del descendiente premuerto, el derecho de representación testamentaria. En otras palabras, los descendientes del premuerto, caso de jugar, con el alcance indicado, el derecho de representación testamentaria sobre la institución del descendiente, verían cubierta la cuota de legítima, a la que tuvieran derecho, a través del funcionamiento del reseñado derecho y el resto del patrimonio hereditario contenido en la institución del descendiente lo recibirían, con participación ahora de todos los legitimarios existentes, por la vía de la sucesión intestada. Reparto del patrimonio hereditario, contenido en la institución del descendiente, al que igualmente se llegaría, si bien por el camino sólo del *ab intestato*, si en lugar de mantener, a través de un derecho de representación testamentaria de alcance limitado, la vigencia de la institución del descendiente en lo que correspondiera estrictamente a la legítima de éste se la hiciera caer en su totalidad; en cuyo caso los descendientes seguirían recibiendo, al ser un mínimo garantizado por la ley, lo que por legítima correspondía al premuerto y además, encontrándose la legítima de los descendientes plenamente satisfecha, en concurso con el resto de legitimarios, lo que del contenido patrimonial de la institución caída quedara después de haberse cubierto aquella tasada cuota legitimaria.

Consideraciones todas que llevan a plantearse:

— Qué significado propio le queda entonces al párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil si, de un lado, la apertura de la sucesión intestada respecto de la totalidad de la institución hecha en favor del descendiente premuerto impediría por sí misma (arts. 924 y ss. CC) al

acceder a ella, por derecho de representación los descendientes de éste, la posible preterición de éstos, sin necesidad, por tanto, de acudir a derecho de representación testamentaria de clase alguna; máxime si, como de otro lado ocurre, la presencia de este último derecho citado en nada corrige la participación sucesoria, ni de los descendientes del premuerto ni del resto de legitimarios, en la herencia del causante. En resumidas cuentas, la pregunta sería: ¿Para qué se ha introducido el párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil, si, de acuerdo con el alcance que ahora damos al término «representan», las consecuencias que se producirían de omitirlo serían las mismas que de mantenerlo.

Ante lo dicho cabe pensar que la representación testamentaria sobre la institución del descendiente premuerto se diera no sólo respecto de su cuota de legítima, que era la que correspondía a su vez a los descendientes del premuerto, sino, además, respecto de la mejora, embebida en la institución, con la que el ascendiente causante hubiera beneficiado al premuerto. Pero en tal caso, ¿qué justificación cabe para no extender la representación testamentaria, en favor de los descendientes, a la totalidad de la institución con la que se pretendía beneficiar al descendiente intermedio? En definitiva, no existe razón alguna que, extendida la representación testamentaria a la cuota de legítima y mejora contenidas en la institución, no permita hacerlo también a los que en ésta se comprenda del tercio de libre disposición, es decir, a la totalidad de la institución.

En resumen, si se admite, como de otro lado parece razonable, que la frase del artículo 814, 3, del Código Civil «y no se consideran preteridos» persigue como objetivo fundamental librar al negocio testamentario de las consecuencias que sobre el mismo desencadena la preterición, que no son otras que las de derribar parcial o totalmente las disposiciones patrimoniales en él contenidas para, en la misma medida, dar vía libre a la sucesión intestada, todo lo que, al interpretar el contenido del tan citado párrafo 3, no conduzca a alcanzar unos efectos distintos de los que provocaría el instituto de la preterición, dejaría a aquél (el inciso final del art. 814, 3, CC) diezmado para conseguir su peculiar finalidad y con ello condenaría al mencionado párrafo a ser una mera repetición, por demás innecesaria, del desenvolvimiento de institutos y efectos que, sin la presencia del mismo, igualmente se produciría.

Consideraciones todas que llevan a aceptar la representación testamentaria, en favor de los descendientes y sobre la totalidad de la institución del descendiente premuerto, como una posibilidad que ofrece, desde

el punto de vista señalado, una coherencia propia con el texto del artículo 814, 3, del Código Civil (129).

b') *Desheredación e indignidad: su relación con el artículo 814, 3, del Código Civil*

Expuestas algunas de las razones que permiten, en caso de premoencia, del descendiente intermedio instituido por el causante, defender la presencia en el párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil, del derecho de representación testamentaria en favor de sus descendientes que no lo fueron, queda por estudiar, de acuerdo con el plan previsto, si los supuestos de desheredación justa o indignidad del mencionado descendiente cabe considerarlos incluidos dentro de las previsiones del tan citado párrafo 3 y, en consecuencia, si en uno y otro caso puede igualmente actuar, respecto de los descendientes del desheredado o indigno no instituidos, el derecho de representación testamentaria.

a'') *Inclusión literal y exclusión real*.—Conforme a lo dicho, el supuesto a contemplar sería: Desheredación justa del descendiente intermedio sin instituir a los descendientes del mismo.

Situación que abre la siguiente interrogante: ¿Se encuentra dicho supuesto dentro del ámbito de aplicación del artículo 814, 3, del Código Civil?

Para dar respuesta a la cuestión suscitada cabe tener presentes consideraciones como estas:

— La desheredación justa del descendiente intermedio supone que el mismo quede privado de sus derechos legitimarios, es decir, se trata, por tanto, no de un acto de disposición patrimonial, sino de privación de derechos (así se puede desprender del art. 857 CC).

— De acuerdo con lo anterior, carecería de sentido defender un derecho de representación testamentaria en favor de los descendientes

(129) Con un argumento sin demasiada consistencia jurídica (recuérdese, por ejemplo, el contenido del art. 108 del Código Civil adaptado a la vigente Constitución), VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, Fundamentos, Madrid, 1982, págs. 470 y sigs., tras afirmar, refiriéndose al artículo 814, 3, del Código Civil, que en el mismo «representan» equivale a sustituyen vulgarmente, se muestra reticente a admitir limpiamente el instituto de la sustitución vulgar por cuanto ello sería ir demasiado lejos en casos en los que el hijo premuerto del causante hubiera sido mejorado y sólo dejara hijos no matrimoniales, desconocidos o rechazados por el abuelo testador; *idem*, «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 105 y sigs., en las que mantiene la misma explicación anterior; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), 2.ª ed., comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 1982, págs. 195 y sigs., en donde vuelve a recogerse la misma idea expuesta.

del desheredado, por cuanto dicha institución llevaría a la situación nada deseable de que los representantes ocuparían en el testamento el lugar del representado, es decir, desempeñarían el único papel que a éste se le dio en el testamento, el de desheredados. Solución que chocaría abiertamente con el artículo 857 del Código Civil, en el que se afirma que: «Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima».

De tal manera que si desheredado justamente el descendiente intermedio se niega, por las obvias razones señaladas, la posibilidad de que juegue, en favor de los descendientes del mismo que no fueron instituidos, un derecho de representación testamentaria, sólo cabe entender, negada la presencia de una sucesión forzosa en sentido técnico en nuestro Código Civil, que aquéllos, al no recibir nada ni ser mencionados en forma alguna, han resultado, si el ascendiente dispuso de todo su patrimonio, preteridos. Otra cosa será que pese a ello la preterición no despliegue los efectos que le sean en cada caso propios, sino que las consecuencias de la misma, corregidas por la incidencia del artículo 857 del Código Civil, queden reducidas, como mantiene buena parte de la doctrina (130), a satisfacer, por vía intestada lógicamente, lo que les corresponda en atención escueta a sus derechos legítimos.

b") *La doble posibilidad del instituto de la indignidad.*—El supuesto ahora sería: Indignidad del descendiente intermedio sin instituir a los descendientes del mismo.

En este caso la pregunta vuelve a repetirse: ¿Se encuentra el mismo dentro del ámbito de aplicación del artículo 814, 3, del Código Civil?

Para dar respuesta a la misma cabe distinguir:

- a) Que el indigno no fuera instituido por el causante.
- b) Que el indigno sí fuera instituido por el causante.

En el primer caso se ha de tener presente:

(130) La idea de limitar los derechos de los descendientes del desheredado a los que estrictamente les corresponda como legítimos es defendida por: BOLAS, *op. cit.*, págs. 207 y sigs.; COBACHO, *op. cit.*, pág. 418; GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, págs. 159 y sigs.; PINTO, *op. cit.*, págs. 2682 y sigs., en las que si bien considera incluida dentro del artículo 814, 3, del Código Civil la hipótesis de la desheredación del descendiente intermedio, limita, en virtud del artículo 857 del Código Civil, la representación, en favor de los descendientes del desheredado, a la legítima; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 355 y sigs., se expresa en parecidos términos a los del autor precedente; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, páginas 599 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), 2.ª ed., comentados por VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, 1982, págs. 176 y sigs.; NÚÑEZ BOLUDA: «El orden de suceder *ab intestato* y personas con derecho a la legítima después de la reforma del Código Civil de 1981», *RDP*, septiembre 1986, págs. 746 y sigs.

— Si el causante no hizo en su testamento disposición alguna en favor del indigno, carece de sentido, en tal caso, admitir un derecho de representación testamentaria en beneficio de los descendientes de aquél, sencillamente porque no existe en el negocio testamentario disposición de ningún tipo en la que éstos puedan actuar como representantes del primero.

— Si junto a lo dicho resulta que el causante ha dispuesto de todo su as hereditario (no queda, por tanto, resquicio a la sucesión intestada) sin instituir o mencionar al indigno o sus descendientes y se admite (131) que el primero, por causa de indignidad, pierde sus derechos legitimarios que pasan a sus descendientes, parece inevitable señalar que estos últimos pueden considerarse preteridos. Ahora bien, al igual que en el caso de desheredación justa, eso no quiere decir que, como entonces se pensaba, la preterición acontecida no llegue, por el juego restrictivo que le impone el artículo 761 del Código Civil, a producir los efectos que le son característicos, sino que se limite a abrir la sucesión *ab intestato* en la medida necesaria para cubrir las legítimas de los descendientes del indigno (132).

Ante el segundo supuesto, indignidad de un instituido, cabía tener presente:

— Que la causa de indignidad, que afectaba al legitimario instituido, no dejara de surtir efecto porque el testador la conociera al tiempo de hacer testamento, o conocida después la remitiera en documento público (art. 757 CC).

— De ser así, resulta que el indigno no sólo no se puede considerar

(131) Así se puede desprender del artículo 761 del Código Civil. En el mismo sentido, entre otros: ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, vol. V, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, págs. 82 y sigs.; LACRUZ-SANCHO: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981), Barcelona, 1981, pág. 78; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Madrid, 1982, págs. 426-427; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 8.ª ed., Madrid, 1979, pág. 50, si bien lo hace sin demasiada rotundidad.

(132) Defiende, entre otros, la postura de beneficiar, en base al artículo 761 del Código Civil, a los descendientes del indigno únicamente con lo que les corresponde como legitimarios: VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, Perspectiva dinámica, Madrid, 1984, págs. 351 y sigs.; BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 207; GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, págs. 159 y sigs.; PINTO, *op. cit.*, páginas 2682 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, Fundamentos, Madrid, 1982, págs. 468-469; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, páginas 599 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), 2.ª ed., comentados por VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, 1982, págs. 176 y sigs. Por su lado, REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 320 y sigs., mantiene que si el descendiente indigno no fue instituido, ni tampoco su progenie, al no jugar la sustitución tácita *ex lege* del artículo 814, 3, del Código Civil, ésa podría resultar preterida voluntaria o involuntariamente.

preterido a causa de la indignidad que le aqueja, sino además por haber sido instituido, lo que supone el cumplimiento de la exigencia del artículo 814, 3, del Código Civil de que el descendiente intermedio no se encuentre preterido.

Lo anterior permite pensar en dos posibilidades:

1.^a Que se niegue la aplicación del derecho de representación testamentaria del artículo 814, 3, del Código Civil, lo que provocaría, abierta la sucesión, la caída de la institución testamenaria hecha en favor del descendiente indigno, con la consiguiente entrada en juego, respecto del contenido de la institución, del *ab intestato*, al que concurrirían por derecho de representación intestada, lo que excluye su preterición, los descendientes de aquél no instituidos que adquirirían así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 761 del Código Civil, sus derechos legítimos.

2.^a Que se admitiera, como resulta al menos teóricamente posible al encontrarse no sólo el descendiente intermedio sin preterir, sino además, recogerse en el testamento una institución en su favor, la vigencia, para los descendientes del mismo, del derecho de representación testamentaria del artículo 814, 3, del Código Civil sobre la mencionada institución. Supuesto en el que dar acceso al artículo 761 del Código Civil, entendido como un precepto limitador del alcance para los descendientes de la representación a la cuota legitimaria contenida en la institución, no tendría mucho sentido si se piensa que en la misma situación colocaba a los descendientes un derecho de representación en la sucesión intestada.

Ahora bien, al aceptar como posibilidad, defendible al menos desde un punto de vista estrictamente legislativo, la comprensión del planteamiento anterior dentro del ámbito de influencia del artículo 814, 3, del Código Civil, no se nos oculta que el mismo carece de un verdadero respaldo por parte del legislador, como lo demuestra la Proposición de Ley presentada en el Congreso para reformar, entre otros muchos, el contenido del párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil (133).

(133) La citada proposición de Ley aparecida en el *BOCG* (Congreso de los Diputados), de 20 de septiembre de 1985, núm. 110-I, y presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, fija el siguiente texto para el párrafo 3 del artículo 814: «Los descendientes de otro descendiente premuerto al testador y que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos». En definitiva, deja claro, lo cual quiere decir que antes no lo estaba y que, por tanto, era defendible, al menos, el último planteamiento hecho, que el mismo se circunscribe a los supuestos de premoriencia y excluye, por tanto, a los de desheredación e indignidad.

La misma proposición de Ley se encuentra recogida también en: *Actualidad Civil*, núm. 2, semana del 9 al 16 de noviembre de 1985, págs. 71 y sigs.

c') *Descendiente omitido y descendientes preteridos*

De otro lado, la doctrina (134) se ha planteado el considerar, por aplicación del artículo 814, 3, del Código Civil, no preteridos a los descendientes (no beneficiados en forma alguna) de un descendiente intermedio que por fallecer antes de otorgar testamento el causante ascendiente éste no lo instituyó; o, por el contrario, entender a aquellos preteridos al no apreciarse el supuesto citado dentro del ámbito de aplicación de tal citado párrafo 3.

Solución última que parece la más coherente si se mantiene, como es nuestro caso, que la figura presente en el artículo 814, 3, del Código Civil es un derecho de representación testamentaria. En otras palabras, si no hay en el testamento institución alguna dispuesta en favor del descendiente premuerto al momento de otorgarse testamento (y precisamente por ello) difícilmente podrá jugar en favor de los descendientes del mismo un derecho de representación sobre parte alguna del testamento; de tal manera que admitido lo anterior y negada, por haber dispuesto el causante de todo su as hereditario, la vía de la sucesión intestada cobra sentido pensar que aquellos descendientes no beneficiados han resultado preteridos.

d') *El estrecho ámbito personal*

Finalmente cabe señalar, en lo concerniente a la proyección personal del derecho de representación acogido en el párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil, que el mismo sólo se dará en la línea recta descendente («descendientes de otro descendiente», dice el art. 814, 3, del Código Civil), con lo que su campo de acción en cuanto a los sujetos es más reducido que el previsto por el artículo 925 del Código Civil, en donde si bien el primer párrafo se refiere sólo a la línea recta descendente, con exclusión de la ascendente, en el segundo acoge la línea colateral, si bien limitada a los hijos de hermanos de doble vínculo o de sencillo.

(134) Concretamente, por ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), 2.ª ed., comentados por VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, 1982, págs. 176 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 108 y sigs., en donde, al igual que en la obra anterior, se plantea, para tal caso y para el de en las mismas circunstancias (muerte del descendiente intermedio anterior al momento de otorgar testamento), institución de algunos hijos, pero no de otros de ese descendiente, una doble opción que se traduce en no considerarlos incluidos dentro del artículo 814, 3, del Código Civil y, por tanto, preteridos o, por el contrario, entender que el citado artículo y párrafo les son de aplicación y excluir así su preterición.

F) UN TEXTO PRACTICAMENTE INMUNE A LAS REFORMAS

El penúltimo párrafo del artículo 814 del Código Civil en estudio dispone textualmente: «Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos». Apartado del referido artículo que no sólo viene a ser, salvo en la mudanza del término «institución» por el de «testamento», prácticamente (135) una transcripción literal del apartado último del artículo 814 del Código Civil en su versión decimonónica y en la posterior de 1958, en las que se decía: «si los herederos forzosos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto», sino además una confirmación de principios generales vigentes en el citado Código. La primera referencia indicada, cambio del término «institución» por el de «testamento» persigue dotar de una mayor coherencia la dicción del párrafo que nos ocupa, con las distintas consecuencias que el nuevo artículo 814 del Código Civil establece para la preterición en él regulada; la segunda se limita a llevar a cabo una confirmación particular, respecto de la preterición concretamente, de reglas acogidas ya en otros preceptos. Afirmación última que se constata si, de un lado, se tiene en cuenta el artículo 32 del Código Civil, en el que se establece: «La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas», y, de otro, artículos como el 807 del mismo cuerpo legal, en el que se da a entender, sobre todo en su número 2.º: «A falta de los anteriores...», que el heredero forzoso deja de tener esa condición desde que se produce su falta de existencia. En resumidas cuentas, si, como fácilmente se puede desprender del artículo 814 del Código Civil, la preterición que en el citado precepto acoge el Código Civil, constituye una institución articulada en torno a la figura del legítimo, difícilmente se puede pensar en que la misma despliegue sus efectos si llegado el momento de la apertura de la sucesión (que normalmente coincidirá con el del fallecimiento del causante) (135 bis), resulta que aquél, al haber fallecido, carece de personalidad civil alguna y por lo mismo de la cualidad de legítimo; en tal caso sólo idealmente se puede hablar de la preterición de mismo, pero no realmente.

(135) Prácticamente, porque el inciso final del artículo 814, 4, del Código Civil vigente dice: «surtirá todos sus efectos», mientras que las anteriores redacciones decían: «surtirá efecto».

(135 bis) Decimos normalmente porque algún autor: DÍEZ-PICAZO: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 412 y sigs., afirma que pese a ser el hecho de la muerte de la persona el que origina la apertura de la sucesión, no obstante, el Derecho positivo admite también la apertura de la sucesión como consecuencia de la declaración oficial de fallecimiento de una persona.

puesto que falta el único sujeto del que se puede predicar la preterición, el legitimario. En síntesis, al no haber legitimario, carece de sentido hablar de la preterición del mismo. Así, en el supuesto recogido en el artículo 814, 4, del Código Civil, al morir el heredero forzoso antes que el causante, no cabe otra solución que la prevista, pues lógicamente el testamento no puede verse alterado en forma alguna por causa de preterición, sencillamente porque ésta no se ha llegado a producir, aun cuando fuera en un momento potencialmente posible. Todo lo cual induce a conjeturar si no hubiera sido más acertado que el artículo 814, 4, del Código Civil en lugar de decir «... herederos forzosos preteridos...» hubiera dicho «herederos forzosos omitidos», por cuanto realmente su preterición no llegó, aun cuando fue virtualmente posible, a producirse.

Ahora bien, como es fácil deducir, para que el testamento despliegue sus efectos con plena normalidad se requiere que todos los herederos forzosos previstos en el artículo 807 del Código Civil y que resulten omitidos en el testamento fallezcan antes que el causante de la sucesión, es decir, antes que ésta se abra (136), de no ser así no sería de aplicación lo dispuesto en este párrafo 4 del artículo 814 del Código Civil, al incurrirse en preterición respecto del (o de los) legitimario que no premurió al causante.

G) EL RECONOMIENTO LEGAL DE UNA VOLUNTAD SOBERANA: SUS POSIBILIDADES REALES

El último trazado del recorrido previsto a lo largo de todo el texto del artículo 814 del Código Civil se concreta en la siguiente proposición: «A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador». Respecto de la misma, gran parte de la doctrina patria (137) mantiene que su contenido no hace sino reconocer al tes-

(136) Momento en el cual, como se puede desprender de artículos como los 817, 818 y 820 del Código Civil, entre otros, comienza a tener realmente eficacia la condición de legitimario.

(137) COBACHO, *op. cit.*, págs. 415 y sigs.; DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, páginas 678 y sigs.; PINTO, *op. cit.*, págs. 2679 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones. I. Fundamentos*, Madrid, 1982, págs. 470 y sigs., en donde se afirma que el párrafo 5.º del artículo 814 del Código Civil implica un efecto semejante al logrado en el Derecho común con las cláusulas codicilar y *omni melioro modo*; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), 2.ª ed., comentados por VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, 1982, págs. 195 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 109 y sigs.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, pág. 601.

tador amplísimas facultades para, si así lo desea, alterar, a través de las disposiciones testamentarias, los efectos previstos, en apartados precedentes de ese mismo artículo, para la preterición de herederos forzosos; si bien aquellas facultades no le posibilitan negar la existencia de preterición cuando realmente ésta exista. En efecto, y sólo por señalar algunas de las manifestaciones realizadas por los autores sobre el particular, nos encontramos con declaraciones como estas:

—«El testador no puede establecer que existiendo preterición se considere que ello no tiene lugar. Puede, sin embargo, regular los efectos de toda preterición...» (138).

— «... el testador pueda siempre (y por ello aún en los casos de preterición no intencional) reducir —salvo la intangibilidad de la legítima— los efectos destructivos de la preterición (139).

— «... si bien, el testador no puede imponer que habiéndola, no haya preterición, en cambio, sí puede regular los efectos de toda preterición, salvo en cuanto afecte a la legítima estricta de los preteridos, e incluso mitigar las consecuencias de la no intencional» (140).

Pese a lo dicho, no todos los autores admiten, a salvo las legítimas, una absoluta libertad del testador en orden a regular, de manera distinta a la establecida en el artículo 814 del Código Civil, las consecuencias previstas en el mismo respecto de la preterición. Prueba de ello resulta, cuando algún autor (141) sostiene que el causante no goza de tan amplias facultades en ese terreno como para poder excluir, aun sin perjudicar la legítima, a determinados bienes de la masa hereditaria, de los efectos de cualquier clase de preterición, o bien cuando algún otro (142) considera bastante dudosa la posibilidad de que los efectos de la preterición no intencional puedan ser determinados por el testador, sobre todo si se piensa que si ese tipo de preterición implica un error o una imprevisión difícilmente se puede admitir que, existiendo ésta, el causante a la vez disponga cuáles deben ser sus consecuencias.

En resumidas cuentas, pues, con las salvedades antes apuntadas, parece que el texto del artículo 814, 5, del Código Civil concede al testador amplísimos márgenes para regular de forma distinta a como lo hace el mencionado artículo, los efectos de toda clase de preterición. Sin embargo, ese holgado margen de maniobrabilidad que, sobre los efectos

(138) COBACHO, *op. cit.*, pág. 415.

(139) PINTO, *op. cit.*, pág. 2680.

(140) VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número 11, Madrid, 1983, págs. 109-110.

(141) DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, págs. 651 y sigs.

(142) AMORÓS y otros, *op. cit.*, vol. II, Madrid, 1984, págs. 1280 y sigs.

previstos en el artículo 814 del Código Civil, se le concede a la voluntad del causante no lo es tanto si se piensa:

1. Las disposiciones de causante regulando los efectos de la preterición respecto de los preteridos no pueden ser tan imprecisas que no se llegue a saber exactamente en favor de quién son dispuestos; en tal caso, se podría determinar, a raíz de lo dispuesto en el artículo 750 del Código Civil, la nulidad de la citada disposición.

2. Si lo anterior es cierto, no lo es menos que las referidas disposiciones (hechas por el testador para regular en su caso los efectos de posibles —preterición no intencional— o conocidas —preterición intencional— pretericiones), tampoco pueden ser tan concretas que lleguen a suponer, en favor de los «preteridos», una institución, un legado o incluso una desheredación injusta.

En definitiva, pese a que el artículo 814, 5, del Código Civil no establece, salvo el del respeto a las legítimas (143), ninguna traba para que la voluntad del causante prevea, con plena libertad, los efectos que el mismo quiere para caso de incurrir en preterición, esa disponibilidad no se mueve, por las razones antes apuntadas, dentro de márgenes tan amplios como en un principio pudiera parecer, sino muy al contrario debe hacerlo entre el angosto pasillo (quizá más aparente que real) que queda entre el campo de la disposición afectada por la incertidumbre y el de la disposición carente de toda duda. En otras palabras, si el testador prevé, para el caso de preterición, unos efectos, sin concretar para quiénes están previstos, corre el riesgo de que la disposición que los contenga resulte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 750 del Código Civil, nula y si, por el contrario, salvando las legítimas, determina perfectamente los sujetos para los que están dispuestos, puede, por el contrario, dar lugar, por entenderseles instituidos herederos, legatarios o desheredados, a que los mismos no se puedan considerar preteridos; supuestos ambos en los que, o por nulidad de la disposición en la que se regulaban los efectos de la preterición, o porque realmente no se incurre en ella, el causante no habrá conseguido, en última instancia, modificar el régimen de efectos previsto en el artículo 814 del Código Civil para la preterición en él contemplada.

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Córdoba

(143) Entiéndase tanto la corta como la larga, pues ambas deben quedar, lógicamente, cada una con las peculiaridades con que el Código las ha diseñado, a salvo de lo ordenado por el testador. Es decir, éste no puede contravenir las normas que con carácter imperativo regulan una y otra (ver arts. 806 y sigs. y 823 y sigs. del Código Civil).