

Algunos problemas de la preterición no intencionada de los hijos o descendientes

Anulación de la institución de heredero y respeto a lo ordenado por el testador (párrafos segundo, número 2 y quinto del artículo 814 del Código Civil.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL VALOR DE LA PORCIÓN LEGÍTIMA DEL PRETERIDO.—III. LA ANULACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO: A) *El hijo o descendiente legitimario instituido heredero*. B) *El descendiente no legitimario instituido heredero*. C) *El no descendiente instituido heredero*.—IV. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: A) *El respeto a la legítima*. B) *El respeto a lo ordenado por el testador*.—V. SOLUCIÓN QUE SE PROPONE.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El párrafo segundo del artículo 814, tras su modificación operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, se refiere a la preterición no intencional de los hijos o descendientes, y en su número 2 dice: «En otro caso (es decir, no resultando preteridos todos los hijos o descendientes) se anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas».

Sin embargo, el párrafo último del propio artículo dice: «A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador».

La lectura combinada de estos dos párrafos del mismo artículo provoca de inmediato una gran perplejidad, pues nada más opuesto, se piensa, a lo ordenado por el testador que anular la institución de heredero. Para salvar las legítimas respetando la voluntad del testador no hay por qué anular la institución de heredero, basta simplemente reducir las atribuciones de los legitimarios no preteridos, sea cual sea el título de atribución y en la proporción necesaria para que el preterido no intencionalmente cobre su legítima.

La legítima global es siempre la misma, sea cual sea el número de hijos o descendientes del testador. Lo único que sucede tras el advenimiento del preterido es que disminuye el importe de la legítima individual, al incluir al legitimario, excluido no intencionalmente, en el divisor.

Cierto es que ignoramos de qué forma hubiera distribuido el causante sus bienes de haber conocido la existencia del preterido, pero sabemos de qué forma ha distribuido sus bienes entre los legitimarios conocidos y la anulación de la institución de heredero perjudica, probablemente, al legitimario a quien el testador haya instituido como tal, en contra, normalmente, de su voluntad.

La anulación de la institución de heredero, en caso de preterición no intencional de alguno de sus hijos o descendientes, tendría razón de ser si los legitimarios necesariamente hubieran de recibir su porción legítima mediante la institución de heredero. En ese caso sería precisa tal anulación para que el preterido recibiera como heredero *abintestato* lo que por error del causante no recibió por testamento. Siendo lógico, en ese supuesto, el respeto a mandas y mejoras que, por definición, serían atribuciones independientes de la legítima estricta.

El párrafo segundo, número 2, del vigente artículo 814, recoge la regla que el originario artículo 814 establecía genéricamente para todos los supuestos de preterición, adecuada al Derecho de Castilla (1); pero resulta que en el Derecho de Castilla, inmediatamente anterior al Código Civil, como nos explica GÓMEZ DE LA SERNA: la institución de heredero no era necesaria para la validez del testamento, mas había personas que sucedían necesariamente, aunque el testador no las hubiere instituido o hubiere instituido a otras distintas. Estas personas eran los «herederos forzosos», nombre tomado no de la necesidad de adir la herencia, sino del derecho indisputable a suceder en calidad de heredero (2).

(1) VALLET DE GOYTISOLO, J.: «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. 104-105.

(2) GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 4.ª ed., corregida y aumentada, tomo segundo, Madrid, 1851, páginas 19-20.

Por ello, el testamento se invalidaba, «en cuanto a la institución de heredero, permaneciendo a salvo los demás capítulos:

1. Si habiendo herederos forzosos fuesen instituidos los extraños.
2. Por nacimiento del póstumo no instituido, llamándose póstumo para este efecto no tan sólo al que nace después del fallecimiento de su padre, sino también después que éste ha otorgado su última voluntad.
3. Por la querella de testamento inoficioso sentenciada a favor de los desheredados» (3).

Cesaba esta queja (la de testamento inoficioso), entre otras, cuando el padre dejase a su hijo en concepto de heredero parte de su legítima, en cuyo caso sólo tenía acción para reclamar el resto. Esto no era extensivo a cuando le dejase una manda, porque entonces podía el hijo entablar la querella, a no ser que recibiese lo que se le dejaba sin hacer protesta alguna (4).

Sin embargo, hoy, la doctrina mayoritaria considera, en base principalmente al artículo 815, que el legitimario no es *per se* heredero, aunque el Código Civil le denomina «heredero forzoso» y que la legítima puede serle atribuida por cualquier título (5).

Ese artículo 815, como es sobradamente conocido, procede del proyecto isabelino, introduciendo conscientemente una modificación en el ordenamiento histórico. Así resulta de los comentarios de GARCÍA GÓYENA al artículo 645 de tal proyecto: «Por Derecho Romano y Patrio, para

(3) GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M., *ob. cit.*, págs. 65-69; la cita textual del texto, págs. 67-68.

(4) GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M., *pág. 69*. No procede aquí efectuar un análisis histórico completo y riguroso de la preterición y desheredación. Por ello hemos elegido la obra de los Catedráticos de Jurisprudencia de la Universidad de Madrid, donde de manera sencilla y esquemática se expone el estado de la cuestión en la época inmediatamente anterior al Código Civil.

Para un magistral estudio de los antecedentes históricos: VALLET DE GOYTISOLO, J.: «El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles», *ADC*, 1967, págs. 449 y sigs., y *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, y *Las legítimas*, vol. II, Madrid, 1974, págs. 902-913.

También puede verse: GARCÍA-BERNARDO LANDETE, A.: «Preterición formal y material y nulidad de la institución», *ADC*, t. XII, año 1969, págs. 313-330.

(5) En este sentido, puede verse: ROCA SASTRE, R. M.: «Naturaleza jurídica de la legítima», artículo publicado en la *RDP*, año 1944, recogido en el vol. II de *Estudios sobre sucesiones*, Valencia, 1981, págs. 37-71, especialmente págs. 64-67.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, y *Las legítimas*, vol. I, págs. 190-212, y vol. II, págs. 730-754.

Es también la tesis que en sus manuales propugnan ALBALADEJO, DÍEZ PICAZO y GULLÓN, LACRUZ y PUIG BRUTAU, y también la de otros grandes juristas, como DE LA CÁMARA, entre otras, en *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*, Centenario de la Ley del Notariado, sección tercera, vol. I, Madrid, 1964, págs. 744-748.

que tuviera lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuese a título de heredero; faltando éste, el testamento era nulo, aunque se dejase íntegra la legítima...; se atendía más al honor del título, que a la realidad de la cosa o al valor de lo dejado» (6). Sin embargo, de la lectura de los comentarios del propio GARCÍA GOYENA a los restantes artículos del proyecto de Código Civil de 1851, referidos a la regulación de las legítimas, bajo el epígrafe «De los herederos forzosos y de las mejoras», artículos que él mismo redactó, no parecen deducirse las conclusiones a las que posteriormente ha llegado la doctrina (7), que mayoritariamente niega que el legitimario deba ser heredero, pese a que el Código Civil le denomine «heredero forzoso».

Que el contenido material de la legítima puede ser atribuido por cualquier título queda claro, dado el tenor literal del artículo 815 del Código Civil. Lo que ya no resulta tan evidente es determinar si el legitimario es o no heredero. Obviamente, no intentaré resolver aquí tan espinosa cuestión, todavía sometida a debate apasionado entre algunos de nuestros grandes civilistas (8).

Pudiera quizá proponerse una distinta interpretación del artículo 815: tal artículo lo que querría decir es que el legitimario, aunque el testador le haya atribuido su legítima vía donación o legado, es *per se* heredero, y heredero forzoso, con independencia de que el testador le haya o no instituido, pero no puede hacer caer el testamento para llegar a ser heredero *abintestato* si su legítima material está cubierta. No le hace falta, ya que es heredero por disposición de la Ley y además ha visto concretada su cuota en un legado o una donación. Para ello habría de admitirse un tercer tipo de delación: la forzosa, y salvar el obstáculo que para la admisibilidad de ese tercer tipo de delación pudiera suponer el artículo 658 del Código Civil, entendiendo que la sucesión «por disposición de la Ley» es de dos tipos: *abintestato* o legítima y forzosa o legitimaria. O bien considerar implícita, a estos efectos, en todo testamento, la cláusula *ut valeat omni melior modo*, en el sentido que le dio MATIENZO, según el cual, todo lo que se le dejase al hijo por cualquier título con cargo

(6) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. I, vol. II, Madrid, 1852, reimpresión, Barcelona, 1973, pág. 96.

(7) GARCÍA GOYENA, F., *ob. cit.*, págs. 88-100.

(8) Al respecto, puede verse la interesante polémica entre VALLET y PEÑA: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «La naturaleza de la legítima», *ADC*, t. XXXVII, octubre-diciembre 1985, págs. 850-907; VALLET DE GOYTISOLO, J.: «Observaciones en torno a la naturaleza jurídica de la legítima. A propósito de un trabajo de MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS», *ADC*, t. XXXIX, enero-marzo 1986, páginas 4-67; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «La naturaleza de la legítima», nota final, *ADC*, t. XXXIX, abril-junio 1986, págs. 571-579.

a su legítima, se entendía dispuesto a título de heredero (9) (advertimos que no mantenemos ninguna de las dos soluciones, simplemente las sugerimos como hipótesis).

En cualquier caso, es indudable que el legitimario, aunque vea concretada su porción en un legado o una donación, tiene derecho a una «cuota», a una parte alícuota del total resultante al sumar al *relictum* menos deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento, el *donatum*.

En nuestra opinión, ser legitimario es tener un título especial que atribuye derechos específicos, y esa condición de legitimario deriva siempre de la Ley, jamás de la voluntad del testador. En realidad, el legitimario, como tal, no es ni tiene por qué ser heredero, ni donatario, ni legatario, es simplemente legitimario o «heredero forzoso», como le denomina el Código Civil. Ello no significa que ese título de «heredero forzoso» tenga las mismas notas definitorias que el título de heredero voluntario o *abintestato*, en suma, «el forzoso» cualifica. No por llamarse «heredero forzoso» es un heredero que forzosamente deba ser igual al heredero voluntario o al heredero *abintestato*, pero tampoco el legitimario que ha recibido una donación o un legado en pago de su legítima es un legatario o un donatario como cualquier otro.

El legitimario instituido heredero tiene derecho a cobrar su porción legítima antes que los legatarios, caso contrario carecerían de sentido los artículos 817 y 820 del Código Civil. Tiene derecho a solicitar la reducción e incluso anulación de legados o donaciones, derechos que cualquier otro heredero no tiene. No creo que la posibilidad de solicitar tal reducción o anulación suponga principalmente freno a la libertad de disponer, como se ha dicho (10), pues el testador dispone si así lo desea y tal disposición será inatacable si el legitimario no actúa; es el legitimario quien tiene derecho no ya a «frenar», sino a solicitar tras la muerte del causante, la reducción o anulación. Pensemos que hoy, después de la reforma del Código Civil, operada por la Ley de 24 de octubre de 1983, no se puede solicitar la declaración de prodigalidad en defensa de un hipotético derecho a la legítima. Hoy la legítima parece ser una parte alícuota de todos aquellos bienes que el testador no pudo o no quiso gastar, y no los gastó puesto que los donó o los dejó morir. Pero en vida, la libre disponibilidad de su patrimonio no depende de los hipotéticos derechos de los presuntos legitimarios; sin pensar en ellos como presuntos

(9) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *El deber formal de...*, ob. cit., pág. 10, citando a MATIENZO.

(10) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho de sucesiones*, t. I, Fundamentos, pág. 523: «La legítima corresponde a un sistema de reglamentación negativa o freno...».

legitimarios, puede hacer con su patrimonio lo que desee, y que aquéllos no puedan hacer nada para evitarlo en su calidad de hipotéticos «herederos forzosos». Es cuando el testador ya no vive y, por tanto, poco ha de importarle, cuando pueden atacarse aquellos actos dispositivos que lesionen los derechos de los legitimarios actuales. Son los legitimarios vivos los que a la muerte del causante pueden exigir su porción. Prima, pues, en nuestra opinión, el aspecto activo y desde la perspectiva del legitimario. En ese aspecto, el instituido heredero que no sea legitimario ha de pasar por los actos realizados por el causante en vida, aplicándosele la doctrina de los actos propios (11); pero al legitimario, aunque haya sido instituido heredero por el causante, no se le aplica tal doctrina cuando actúa en defensa de los derechos que como «heredero forzoso» o «legitimario» le corresponden.

La institución de heredero puede ser condicional (art. 790 del Código Civil) o modal (art. 797 del Código Civil), puede estar gravada con mandas o legados (art. 858 del Código Civil), se admite la sustitución (artículos 744 y sigs. del Código Civil); en cambio, el legitimario debe recibir lo que por tal concepto le corresponda, sin gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie (art. 813 del Código Civil).

En suma, se coloca respecto a la herencia del causante, en *posición distinta a la del heredero voluntario*. No es, aunque haya sido instituido heredero en el testamento, un heredero más.

No coincido con quienes consideran al legitimario instituido heredero como «cualquier otro heredero», pero protegido por la Ley contra los actos gratuitos de su causante que le perjudiquen (12), pues el «heredero forzoso» o legitimario, en su calidad de tal, es como cualquier otro «heredero forzoso» o legitimario, hayan recibido unos u otros su porción legítima por vía de institución de heredero, por vía de legado o por vía de donación. En su condición de legitimario tiene una posición jurídica específica, igual a la de los demás legitimarios y distinta a la de los herederos, legatarios o donatarios no legitimarios.

Creo, como ha afirmado el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de diciembre de 1952 (entre otras), que pueden coexistir en una misma per-

(11) Por todos, PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, 2.ª ed., volumen I, Barcelona, 1975, pág. 248.

(12) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, 3.ª ed., vol. III, Barcelona, 1983, págs. 7-8.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Limitaciones...*, t. I, y *Las legítimas*, vol. I, *ob. cit.*, página 77.

LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, y *Derecho de sucesiones*, Madrid, 1981, pág. 492, cita núm. 2, y págs. 433-434, citando a VALLET.

sona la doble cualidad de heredero forzoso y voluntario, cualidades que no se confunden.

En la sucesión *abintestato*, el «heredero forzoso» conserva su condición de tal a efectos de cálculo de su porción legítima, imputación de donaciones y reducción de las inoficiosas (entre otras) e incluso la posibilidad de reducción o anulación de legados si la sucesión se ha deferido, «en parte, por voluntad del hombre y, en otra parte, por disposición de la Ley» (art. 658). Derechos que no tiene como heredero *abintestato*, sino como legitimario o «heredero forzoso».

Los legitimarios, aunque no hayan sido instituidos herederos por el causante y se les haya atribuido su porción legítima mediante un legado o una donación, no son tampoco legatarios o donatarios como cualquier otro. En su condición de legitimarios tienen las mismas facultades que el legitimario instituido heredero.

Si, como opina PEÑA, los legitimarios hubieran de ser herederos, el legitimario instituido favorecido con un legado no podría impugnar por preterición la institución de heredero (art. 815), pero no quedaría eliminada su condición de heredero, pues el testador no podría transmutar con el legado un llamamiento hereditario que no se funda en su voluntad, sino que viene impuesto por la Ley (13). En el supuesto de que el contenido de la legítima resultare enteramente cubierto con la imputación de donaciones, el legitimario continuaría siendo heredero, y como tal, participaría en la titularidad del caudal relicto, desde la aceptación, aunque después, tras las operaciones de liquidación no recibiera nada o tenga un saldo negativo, como puede sucederle a cualquier heredero (14).

Con independencia de la cuestión de si el legitimario es o no heredero *per se* o debe o no ser heredero, lo que hemos querido significar aquí es que su posición jurídica, en cuanto a legitimario, es una posición jurídica específica, similar a la de los demás legitimarios y diversa de quienes no lo son.

Partiendo de esta premisa, lo lógico sería que a todos los legitimarios, independientemente del título de atribución elegido por el causante para satisfacerles el importe de su porción legítima individual, se les tratara de igual modo cuando aparezca ese otro legitimario que fue preterido no intencionalmente, pues al fin y al cabo es otro más de las componentes del grupo. Pero no sucede así.

Aceptando la opinión doctrinal mayoritaria, solamente el legitimario instituido heredero por el testador (o el que lo sea *abintestato*) es heredero, pero el legitimario cuya porción ha sido cubierta mediante un legado

(13) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La naturaleza de la legítima*, ob. cit., páginas 874-875.

(14) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., ob. ult. cit., págs. 882-883.

es un legatario. Por tanto, mientras el legado no sea inoficioso, a quien se perjudica, cuando aparece el no intencionalmente preterido, es al legitimario instituido heredero, pues el legado quedará intacto y la institución de heredero se *anula*.

Por otra parte, si el preterido como tal legitimario no tiene por qué ser heredero, tampoco parece lógico hacer caer la institución de heredero a favor de un extraño y mantener los legados.

Si los legitimarios son herederos, en el sentido que opina PEÑA, tampoco tendría demasiado sentido anular la institución de heredero a favor de un hijo o descendiente, con la atribución patrimonial inherente a ella y prevista por el testador, respetando las atribuciones efectuadas a favor de otros hijos o descendientes mediante legado o donación.

MIQUEL ha afirmado, probablemente con razón, que en la preterición no intencional de hijos o descendientes se protege la cuota *abintestato*, encontrándose este tipo de preterición sólo en una cierta relación con las legítimas (15), cuestión de la que nos ocuparemos más adelante; pero ello no es obstáculo para que, como inmediatamente trataremos de demostrar, no pueda entenderse injusta la anulación de la institución de heredero, respetando legados.

Aceptando la opinión doctrinal mayoritaria, según la cual el legitimario no es *per se* heredero, veamos las consecuencias del párrafo segundo del número 2 del artículo 814 y su relación con el párrafo último del propio artículo.

II. EL VALOR DE LA PORCION LEGITIMA DEL PRETERIDO

1.º El valor global de la legítima, existiendo hijos o descendientes, supuesto que estamos encarando, es $\frac{2}{3}$ del valor total que resulte de sumar al importe de los bienes que quedaren a la muerte del causante, tras deducción de deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento, el importe de las donaciones colacionables a efectos de cómputo de las legítimas (art. 818, en relación con el art. 808, ambos del Código Civil).

Es decir, la legítima global es = a $\frac{2}{3}$ del valor del *relictum* — deudas y cargas + *donatum*.

El valor de la legítima global larga permanece inalterable, pese a la existencia de hijos o descendientes preteridos.

2.º El valor de la cuota concreta que cada uno de los hijos o des-

(15) MIQUEL, J. M.: «De la herencia. Comentarios a los artículos 761-814», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, 1984, págs. 1294-1295.

cendientes ha de recibir en concepto de legítima individual larga depende de su número. Por tanto, la existencia del preterido provoca la reducción de la porción concreta a percibir por cada uno de los legitimarios no preteridos.

El dividendo permanece idéntico, pero se incrementa el divisor.

3.º Para calcular la legítima del preterido podemos efectuar dos operaciones:

a) Calcular la porción legítima de los no preteridos y asignar al preterido igual porción.

Es decir, se prescinde del preterido en el divisor.

El testador, cuando calculó la cuota legítima de cada uno de sus «herederos forzosos», si lo hizo, hubo de efectuar esta operación, pues desconocía la existencia del preterido. (Nótese que nos estamos refiriendo a la preterición no intencional.)

b) Incluir al preterido en el divisor, lo cual provoca la reducción de la porción concreta que por legítima corresponde a cada uno de los demás hijos o descendientes legitimarios.

Esta creo que es la solución correcta y no puede coincidir con las previsiones del testador.

El profesor LACRUZ nos dice: «Lo que se reduce no es la legítima de los restantes coherederos: no se le hace un sitio al nuevo legítimo en la mesa donde comen los demás para compartir con ellos las mismas viandas, sino que:

1. Se le reenvía a participar de la porción asignada a los instituidos herederos, y sólo si ésta no es suficiente se dirigirá contra los legatarios (y agotados los legados, contra el donatario).

2. Bien entendido que, como ya se intuye, a la vista de la posibilidad subsidiaria de cobrar la legítima a costa de la reducción de legados y donaciones, la cantidad a cobrar no es una alícuota de la institución de heredero, ni tampoco del entero caudal relicto, sino de la masa computable, que puede ser muy superior, hasta el punto de que la pretensión del legítimo abarque toda la institución de heredero o todo el caudal relicto» (16).

Estamos totalmente de acuerdo con el profesor LACRUZ: la presencia del preterido no provoca la reducción de la legítima de los restantes herederos forzosos, en el sentido de que no se le hace un sitio entre los demás legitimarios, pues solamente se reducirán los legados y donaciones efectuados en favor de los legitimarios cuando la porción asignada al

(16) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos...*, t. V, *ob. cit.*, página 525.

instituido heredero sea insuficiente para cubrir la cuota legítima del preterido y, en su caso, la del propio legitimario que fue instituido.

Pero contemplando la cuestión desde un diferente punto de vista, no cabe duda que la presencia del preterido, al aumentar el número de legitimarios, provoca la reducción de la porción individual que a cada uno corresponde en concepto de legítima. Es obvio que si permanece idéntico el dividendo, pero se incrementa el divisor, el cociente disminuye.

En este sentido, aunque las donaciones o legados efectuados en favor de un legitimario, imputables a su cuota legítima, no deban reducirse si con la anulación de la institución de heredero cubrimos la cuota del preterido, los legitimarios «legatarios» o «donatarios» pueden verse afectados. Esto sucederá cuando el legitimario haya recibido una donación o un legado cuyo valor sea igual o superior al que resulte de distribuir la cuota legítima global entre todos los legitimarios, incluido el preterido, pero menor del que hubiere resultado de no incluir al preterido en el divisor. Incluyendo al preterido en el divisor, el legitimario, legatario o donatario, habrá de conformarse. Excluyendo al preterido, el legitimario hubiera podido solicitar el complemento de su legítima, según establece el artículo 815 del Código Civil (17).

Así es que los legitimarios, donatarios o legatarios, pueden verse afectados por la presencia del preterido, aunque no tengamos que reducir legados o donaciones, si al disminuir su porción legítima individual no pueden pedir, en su caso, el complemento de la legítima.

También resultarán afectados si a consecuencia del advenimiento del preterido el legado o donación resultare inoficioso. Pero *quien resultará afectado, en todo caso, es el legitimario instituido heredero, pues la institución no se reduce, se anula.*

(17) Lo aclaramos con un ejemplo: *Relictum* — deudas + *donatum*, es decir, caudal computable = 15.000.000.

Legítima global larga = 10.000.000.

Si el testador tiene cinco hijos conocidos y capaces de heredar, el valor de la legítima individual larga = 2.000.000.

Aparece un sexto hijo a quien el testador creía muerto. Ahora el valor de la legítima individual larga = 1.666.666 (prescindiendo de decimales).

Si uno de los legitimarios hubiera recibido un legado imputable a su legítima por importe de 1.700.000, no incluyendo al preterido en el divisor, podría pedir el complemento hasta 2.000.000.

Incluyendo al preterido en el divisor, como la legítima individual se reduce a 1.666.666, ha recibido más de lo que «por legítima le corresponde» y no puede pedir ningún complemento.

III. LA ANULACION DE LA INSTITUCION DE HEREDERO

A) *El legitimario instituido heredero y la anulación de la institución de heredero*

El legitimario instituido heredero queda perjudicado en relación a los demás hijos o descendientes legitimarios del testador que recibieron su porción legítima mediante un legado o una donación.

1. No existiendo pasivo o cuando éste sea mínimo en relación al activo del caudal relicto, parece obvio que el testador al instituir heredero universal a uno de sus hijos, salvando mediante atribuciones a título distinto la legítima de los demás, deseó favorecer al instituido, aunque la legítima de los no instituidos, prevista por el testador, sea su legítima individual larga.

Al caer la institución de heredero, conservándose los legados no inoficiosos, es obvio que pierde el instituido. E incluso si entendemos que al caer la institución de heredero se abre la sucesión *abintestato* en regla, en esa sucesión *abintestato* participarán todos los hijos (o descendientes de ulterior grado, en su caso), pudiendo el (o los) legatario recibir en concepto de heredero *abintestato* una atribución patrimonial, no prevista por el testador, a costa del contenido material de la institución de heredero anulada (18).

LACRUZ propuso en su día, en referencia al texto del artículo 814 en su anterior redacción, que en el caso de preterición errónea, si uno de

(18) Tomando las cifras del ejemplo anterior:

Caudal computable = 15.000.000.

Legítima global larga = 10.000.000.

El testador legó bienes a cuatro de sus hijos por importe de 2.000.000 a cada uno de ellos.

Instituyó heredero al quinto de sus hijos suponiendo que recibiría bienes por importe de 7.000.000, es decir, bienes cuyo valor alcanza más del triple de lo previsto para cada uno de los otros cuatro hijos.

Aparece el sexto hijo, cuya existencia ignoraba el testador.

Ahora la legítima individual corta tiene un importe de 1.666.666.

Anulamos la institución de heredero y se abre la sucesión *abintestato*.

No podemos repartir bienes por importe de 7.000.000 entre todos los hijos a partes iguales, pues entonces ni el preterido ni quien fue instituido heredero cobrarían su legítima.

Atribuimos bienes por valor de 1.666.666 al preterido y al que fue instituido heredero.

Queda un remanente de 3.666.668.

El remanente lo distribuimos en partes iguales entre los seis hijos, entregando bienes por valor de 611.113.

Cada uno de los cuatro hijos legatarios gana bienes por valor de 611.113.

El instituido heredero pierde bienes por valor de 4.722.231.

los legitimarios fue instituido heredero y otros favorecidos con legados, «si de la distribución hecha en el testamento se desprende la voluntad del testador de igualar a todos los legitimarios, cabría eliminar la desigualdad producida por la preterición, considerando a los legados como instituciones *ex re certa*, o bien entendiendo implícita la voluntad del testador de que los legatarios colacionen (art. 1.037)» (19).

Aunque nuestro caso es diferente, pues de momento nos planteamos el supuesto en que el testador quiso desigualar a sus hijos, podemos intentar aplicar la solución propuesta por LACRUZ. Pero considerar un legado, qué es un legado, como una institución *ex re certa*, cuando resulta que según el Código Civil, el heredero instituido en cosa cierta será considerado como legatario, no parece posible, máxime cuando la voluntad del testador acerca del título de la atribución aquí está clara. Entender implícita en el testamento la voluntad del testador de que los legatarios colacionen tampoco soluciona el problema (20).

Pudiera tal vez sostenerse que la sucesión *abintestato* se abre solamente para el que fue instituido heredero y el preterido, entendiendo que está clara la voluntad del testador de que los legitimarios, a quienes dejó su legítima por vía de legado, no fueran herederos. La solución no parece convincente, pues si ha de abrirse la sucesión *abintestato*, lo será con todas sus consecuencias. Pero en cualquier caso, tampoco soluciona la cuestión el eliminar a los legatarios de toda participación en la sucesión *abintestato* (21).

La solución legal aparece todavía más injusta si tenemos en cuenta que el legitimario instituido heredero no perderá valores sobre un papel, sino bienes concretos, mientras que el legatario conservará (si el legado no es inoficioso) los bienes determinados que el padre apartó para él, incluso cuando el legado sea de parte alícuota si el testador ha efectuado la partición. En cambio, al caer la institución de heredero, los bienes

(19) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de sucesiones*, volumen II, Barcelona, 1973, pág. 178.

(20) En nuestro ejemplo: los legatarios traen a la masa el valor de su legado. El total a repartir tiene un valor de 15.000.000 (el total caudal computable).

Corresponde a cada uno recibir bienes por valor de 2.500.000.

Dado que los legatarios ya recibieron su legado por valor de 2.000.000, se les adjudican bienes por valor de 500.000.

El instituido heredero y el preterido recibirán bienes por valor de 2.500.000.

Los legatarios ganan bienes por valor de 500.000.

El instituido pierde bienes por valor de 4.500.000.

(21) En nuestro ejemplo: se reparten bienes por valor de 7.000.000 entre el que fue instituido y el preterido.

Cada uno recibe bienes por importe de 3.500.000.

El instituido heredero pierde bienes por valor de 3.500.000 y los legatarios se quedan como estaban.

que al legitimario instituido heredero hubieran correspondido en tal concepto han de entrar en la partición que se efectúe con el preterido.

La discriminación en contra del hijo o descendiente instituido será, pues, en muchas ocasiones no sólo cuantitativa, sino también cualitativa. En las herencias económicamente importantes el perjuicio cuantitativo puede ser sustancial, pero el perjuicio cualitativo puede serlo en cualquier tipo de herencia, incluso en las más modestas (pensemos en la vivienda compartida por el hijo/a instituido heredero con sus padres, a quienes atendía...).

2. Más grave aún si la anulación puede afectar al tercio de mejora atribuido a título de herencia (22).

VALLET entiende que: «El anterior texto del artículo 814 había suscitado dudas en algunos supuestos, como los de mejora de cuota atribuida a título de herencia, de mejora embebida en la institución de heredero universal y de disposiciones de tercio libre a título de heredero hechas con la finalidad de desigualar a los descendientes. Hoy, el texto del artículo 814, párrafo segundo, al referirse literalmente a las «mejoras ordenadas por cualquier título», ha disipado toda duda para los primeros de los supuestos antes discutidos. En cuanto a los otros dos me inclino igual que antes de la reforma, por su consideración también como mejora y por su consiguiente validez, a no ser que el testador no las habría otorgado en perjuicio del preterido o preteridos» (23).

De aceptarse la tesis de VALLET resolveríamos parcialmente la cuestión. Pero el mantenimiento de tal tesis no nos parece fácil y además, como veremos, no resuelve terminantemente el problema.

a) En cuanto a la mejora de cuota atribuida a título de herencia, creo que no ofrece la menor duda: dado el actual texto del artículo 814, párrafo segundo, número 2, deberá mantenerse. No le afecta la anulación de la institución de heredero.

Ya en su día, y pese al tenor literal del artículo 814 en su anterior redacción, que no era tan explícito como el actual en este punto, ALBALADEJO había sostenido que quedaban a salvo de la nulidad de la institución de heredero las mejoras a título de herencia, dado que el artículo 814 exceptuaba de la nulidad a todas las mejoras, sin distinción, y sobre todo la salvedad sería innecesaria en relación a las mejoras hechas mediante manda (legado), por lo que había de referirse necesariamente a las

(22) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *ob. últ. cit.*, págs. 524-525, en este sentido.

(23) VALLET DE GOYTISOLO, J.: «Comentario al artículo 814 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, bajo la dirección de M. ALBALADEJO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 202-203.

hechas mediante disposición a título universal. Es decir, habían de mantener su efectividad todos los legados aun no siendo mejoras, y todas las mejoras aunque no fueran legados (24).

b) La mejora embebida en la institución de heredero sólo existirá en cuanto haya asignación voluntaria en tal calidad, expresa o tácita (25), sin que, siguiendo la opinión del propio VALLET, podamos admitir una mejora presunta (26).

El supuesto más normal será aquel en el cual el testador, después de reconocer a todos sus hijos la legítima estricta, instituye heredero a uno sólo de ellos. Entonces la porción del instituido en el testamento será la de dos tercios del haber, más su parte viril en el tercio de la legítima estricta (27).

En definitiva: si existe esa asignación voluntaria, en concepto de mejora, expresa o tácita, nos encontraremos con una mejora de cuota, atribuida a título de herencia, lo que nos reconduce al supuesto anterior. Caso contrario, no existirá mejora.

c) En cuanto a las disposiciones del tercio libre a título de heredero hechas con la finalidad de desigualar a los descendientes, no acaba de convencerme su calificación como «mejora».

Y, en cualquier caso, no parece ser ésa la mejora a la cual se refiere el artículo 814. La mejora propiamente dicha es aquella a la que se refiere el artículo 808, que contrapone el tercio de libre disposición a los dos tercios de legítima, y aunque nos parece exacta la opinión de GONZÁLEZ PALOMINO, según el cual «la mejora sólo es legítima cuando el testador no ha dispuesto de ella: cuando no es mejora» (28), también es cierto que las disposiciones en concepto de mejora en favor de un descendiente provocan la disminución de la cuota que en concepto de legítima han de recibir los demás, mientras que las disposiciones imputables al tercio de libre disposición dejan intacta la cuota legítima larga.

De sostenerse la tesis de VALLET, cuando el testador dispusiera de toda la porción libre a título de herencia a favor de uno de sus hijos y por el mismo título le atribuyera su cuota legítima individual larga, salvando mediante atribuciones a título distinto la legítima individual larga de los demás, ¿cómo cobraría el preterido?

(24) ALBALADEJO, M.: «Para una interpretación del artículo 814.1 del Código Civil», *RDP*, 1967, págs. 1043-1045.

(25) Sobre este punto, puede verse: PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, 5.ª ed., vol. III, Barcelona, 1984, págs. 49-50.

(26) VALLET DE GYTISOLO, J.: «La mejora tácita», *AAMN*, t. VIII, 1954, páginas 16-18 y 139.

En el mismo sentido, PUIG BRUTAU, J., *ob. últ. cit.*, págs. 49-51.

(27) VALLET DE GYTISOLO, J., *ob. últ. cit.*, págs. 53-54.

(28) GONZÁLEZ PALOMINO, J.: «El acrecimiento en la mejora», *AAMN*, t. II, 1950, pág. 556.

La cuestión resulta compleja, pues si salvamos la institución, en cuanto a la parte libre, considerándola mejora, hemos de proceder a una redistribución de los tercios y entender que todos los hijos (incluido el heredero) recibieron su legítima individual corta, más una parte de la porción libre, dado que cualquier disposición en concepto de «mejora» disminuye la cuota que por legítima han de recibir los no favorecidos con ella. Anulamos la institución de heredero antes de reducir mandas y esa «mejora» (que no es mejora, pero que consideramos como tal); el instituido heredero continúa perjudicado, pues continuará perdiendo más que los restantes legitimarios (29).

3. Por otra parte, si el testador ha querido igualar a sus hijos, distribuyendo su herencia entre ellos en partes iguales, pero a uno le instituye heredero y a los otros no, incluso aunque los haya nombrado legatarios de parte alícuota, no podemos sostener que ha utilizado la parte libre para mejorar a nadie. Al caer la institución de heredero, el instituido como tal queda perjudicado.

Puede sostenerse que en este último supuesto la solución la aporta el párrafo último del artículo 814, entendiendo que la voluntad del testador es clara y que si deseó tratar cuantitativamente por igual a sus hijos, el preterido habrá de recibir una cantidad de bienes igual a los demás, a costa de disminuir las atribuciones de éstos en la misma porción.

Aunque pasemos por alto el problema de la igualdad cualitativa de los lotes (difícil si existen legados de cosa específica o adjudicaciones particionales señaladas en cosa determinada), como opina MIQUEL (en un punto sobre el que nos detendremos más adelante), el respeto a la voluntad del testador, en caso de preterición no intencional de hijos o descendientes, es una cuestión difícil y a la «voluntad del causante se le reconoce el poder de regular el contenido de la sucesión, pero no

(29) Por ejemplo: caudal computable = 600.

El testador tiene dos hijos conocidos; legó a uno de ellos bienes cuyo valor alcanzaba un tercio de su herencia (bienes por valor de 200 o un legado de un tercio de la herencia) e instituye heredero al otro, suponiendo que recibirá dos tercios del caudal relicto (en nuestro caso, bienes por valor de 400).

Aparece el preterido: Si entendemos que el instituido fue «mejorado en el tercio libre», entenderemos que ha sido mejorado en un tercio íntegro de la herencia; consecuentemente, la legítima queda reducida a la corta.

Respetamos el contenido de la institución de heredero hasta alcanzar el valor de 200, pero tenemos que distribuir el resto al caer la institución. Ahora, aunque la legítima global corta continúa teniendo un valor de 200, la individual corta vale 66,66. Atribuimos bienes por valor de 66,66 al preterido y otro tanto al que fue instituido heredero. Nos queda un remanente de 66,68, que habremos de distribuir entre los tres hermanos, pues al caer la institución los tres se han convertido en herederos *abintestato*. El que fue instituido heredero por el testador, aunque conserva bienes por valor de 200 en concepto de mejora, pierde, a consecuencia de la aparición del que fue preterido, bienes por valor de 111, y el que fue nombrado legatario gana bienes por valor de 22,22.

el de determinar en qué casos tendrá lugar la validez o nulidad de sus disposiciones ni, por tanto, las consecuencias de defecto de su voluntad» (30).

Como ya hemos expuesto, LACRUZ sostuvo para este supuesto la posibilidad de considerar el legado como institución *ex re certa* o bien obligar a que los legatarios colacionen (31).

La primera solución no parece ser adecuada, dado el tenor literal del artículo 768 del Código Civil y habida cuenta, además, que la voluntad del testador acerca del concepto en que ha dispuesto de sus bienes es clara (art. 686 del Código Civil). El que los legatarios colacionen tampoco soluciona la cuestión, si entendemos con el propio LACRUZ que colación significa «tomar de menos en la masa hereditaria», pero no restituir a la misma el eventual exceso (32).

B) *El descendiente no legitimario instituido heredero*

Los nietos, en vida de su padre, no son legitimarios del abuelo, pero pueden ser mejorados por éste, entendiéndose con VALLET y PUIG BRUTAU que nuestro Código Civil no admite la mejora presunta (33). Del solo hecho de que el abuelo haya instituido al nieto (u otro descendiente de ulterior grado no legitimario) no podremos presumir su voluntad de mejorarle.

(30) MIQUEL, J. M.: «De la herencia. Comentario a los artículos 761-814», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, 1984, págs. 1289-1290.

(31) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de sucesiones*, ob. cit., p. 178.

(32) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos...*, t. V, ob. cit., página 185.

En nuestro ejemplo primitivo: caudal computable = 15.000.000.

El testador quiso igualar a sus cinco hijos conocidos: asignó a cuatro de sus hijos un legado por valor de 3.000.000, instituyendo heredero universal al otro, que habría de recibir bienes por valor de una cantidad igual, es decir, 3.000.000.

Aparece el preterido: se han de repartir bienes por valor 15.000.000 entre seis. Como no hemos de reducir los legados en tanto no sean inoficiosos, calculamos la legítima del instituido y del preterido, que suman un total de 3.333.332.

Con la anulación de la institución de heredero no tenemos bastante, pero no reduciremos los legados hasta agotar los bienes comprendidos en la institución de heredero (como afirma el propio LACRUZ, ob. ult. cit., pág. 525).

En suma: el instituido heredero salva su legítima y pierde todo lo demás. Los legatarios sólo ven reducido su legado en la proporción necesaria para cubrir la legítima del preterido. El instituido heredero pierde 1.333.334 y sus hermanos, legatarios, 333.332, probablemente a repartir, en este caso, en partes iguales, es decir, 83.333 cada uno de ellos.

(33) Véase cita 26.

a) Si existe mejora propiamente dicha, el nieto conservará los bienes que comprenda la institución de heredero en tal concepto, y en cuanto no sea inoficiosa.

b) Si no existe mejora en sentido técnico, el nieto instituido heredero por el testador, al anularse la institución de heredero quedará apartado de la sucesión.

Normalmente, el apartamiento del nieto será contrario a la voluntad del testador, pues quien teniendo descendientes de mejor grado, instituye como heredero al grado ulterior es obvio que desea favorecerle en concepto de tal.

El supuesto que estamos encarando es aquel en el que existen hijos o descendientes legitimarios no preteridos y algún otro preterido.

El testador puede:

- Instituir al nieto no legitimario e instituir a todos o algunos de los hijos o descendientes legitimarios. Es obvio que deseó que fuera tan heredero como sus hijos (o descendientes de ulterior grado legitimarios). Por tanto, al aparecer el preterido, lo lógico sería que conservara en la sucesión el puesto que le asignó el testador y la atribución patrimonial consiguiente en cuanto no sea inoficiosa, pues el testador le colocó junto a los legitimarios y el preterido es otro más.
- El testador puede preferir como heredero al nieto, salvando mediante atribuciones a título particular las legítimas. Si el testador salvó expresamente la «legítima larga» de sus «herederos forzosos» es casi imposible considerar al nieto mejorado, resultando absurdo que por la presencia del preterido, el nieto elegido como heredero, preferido a los demás descendientes (incluso a su propio padre y demás hijos del testador), sea apartado de la sucesión.

La cuestión puede adquirir tintes dramáticos si quien aparece es el nieto desconocido, hijo no matrimonial del hijo premuerto, que viva holgadamente con el otro progenitor sin haber intentado jamás ponerse en contacto con los abuelos, mientras que el apartado de la sucesión sea, como es de prever, un nieto muy cercano en afecto a abuelo/a y que tal vez se ocupó de ellos en la vejez.

Ciertamente, el párrafo último del artículo 814 puede ofrecer alguna solución, pero, como veremos, en caso de preterición no intencional, su aplicabilidad no es tan sencilla.

C) *Los no descendientes instituidos herederos*

Ese no descendiente instituido puede ser el cónyuge, otra u otras personas pertenecientes al círculo familiar (padres, hermanos, otros parientes) o un extraño.

1. *El cónyuge*: recibe un tratamiento especial, pues la institución de heredero a su favor «sólo se anulará en cuanto perjudique a la legítima».

Tal frase puede entenderse de dos formas:

a) Únicamente procede la anulación de la institución inoficiosa y en cuanto lo sea, pues sólo la institución inoficiosa perjudica propiamente a las legítimas.

b) Al igual que en los supuestos del párrafo primero, la institución de heredero se reduce antes que legados y mejoras.

Con esta segunda interpretación, la reducción (más exactamente que anulación) de la institución con carácter previo a la de los legados y mejoras continúa siendo arbitraria.

2. *Los demás instituidos no descendientes*: está claro que quien teniendo hijos o descendientes conocidos, hipótesis de la que partimos, instituye heredero a un extraño, desea que esa persona llegue a ser heredero y reciba, en concepto de tal, la atribución patrimonial correspondiente, y ello pese a tener hijos o descendientes conocidos y recordados en el testamento.

Sin embargo, atendiendo al tenor literal del artículo 814, 2, 2.º, el no legitimario instituido heredero quedará apartado radicalmente de la sucesión. Nada recibirá, en contra de la evidente voluntad del testador.

Excepto en el supuesto en el cual el testador haya previsto la eventual preterición no intencional de alguno de sus hijos o descendientes, regulando sus efectos, donde, salvando las legítimas parece que habremos de respetar su voluntad, como ordena el párrafo último del artículo 814, en los demás, la conciliación del párrafo último del artículo 814 y del párrafo 2, número 2, del propio artículo será en la práctica muy difícil. Sólo cabe la contrarreforma de la reforma o no atender al tenor literal de uno de los dos párrafos.

Bien está que se presuma que el testador de haber conocido la existencia del preterido lo hubiera tenido en cuenta. Bien está que el preterido cobre su legítima. Pero si, según parece deducirse del propio artículo 814, de lo que se trata es de salvar la voluntad del testador respetando las legítimas, no parece nada claro ese apartamiento radical de la sucesión del extraño instituido heredero, cuando los legatarios pueden

mantener sus legados. Quien teniendo hijos conocidos y recordados en su testamento —supuesto que estamos encarando— instituye heredero a quien no es hijo o descendiente, parece obvia su voluntad de que llegue a ser heredero, pese a contar con sus hijos o descendientes.

Mantener los legados a favor de extraños y anular la institución de heredero es un absurdo, si lo que se pretende es respetar la voluntad del testador. Como opina REY PORTOLÉS, no hay razón para estimar que los legados obedezcan a una voluntad más específica (y, por tanto, más merecedora de salvación) del testador que la institución de heredero (34). En todo caso, más bien podemos suponer lo contrario.

Ese no legitimario instituido heredero, al que venimos llamando «extraño», puede ser un «extraño» al círculo familiar, pero más cercano en afecto al testador que sus propios hijos o nietos.

Quizá fuera posible, en algún supuesto, aplicar por analogía lo dispuesto con respecto al cónyuge viudo en el propio artículo 814, 2, 2.º, si ese «extraño» hubiere estado conviviendo con el testador como si de un matrimonio se tratase. Es decir, reducir, en tal caso, la institución de heredero, en cuanto perjudique las legítimas. Solución que apuntamos como hipótesis y con muchas reservas. Tal vez pueda apoyarse en el canon hermenéutico de la «realidad social» a que nos remite el artículo 3-1 del Código Civil.

En otros casos, la solución es problemática.

Coincido totalmente con REY PORTOLÉS cuando estima que la anulación de la institución de heredero no es menos arbitraria en el supuesto de que el beneficiado por el testamento no sea uno de los descendientes, sino persona distinta, por ejemplo, un extraño. «Si es verdad que a éste lo ha preferido el testador a los descendientes que a la sazón tenía y no preterió, ¿cómo saber si la misma anteposición la hubiera mantenido en confrontación con un póstumo? Pero aun admitiendo que el legislador presuma que la preferencia al extraño habría persistido en el ánimo del causante, en presencia también del legitimario, involuntariamente olvidado, ¿no ha reparado dicho legislador en que el mecanismo elegido por él —anulación de la institución de heredero— puede provocar un resultado contrario a la idea de que se parte? Por ejemplo, si a ese extraño se le había beneficiado con institución universal, en tanto que se satisfizo con legados las legítimas de los descendientes no preteridos, pues mientras éstos conservan su atribución, aquél ve decaer totalmente la suya. En el

(34) REY PORTOLÉS, J. M.: «Comentario 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», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 549, marzo-abril 1982, pág. 339.

artículo 644 del Código Civil, si el donante tenía un descendiente, y a pesar de ello donó a un extraño, el advenimiento de un nuevo legítimo en línea recta descendente no faculta para revocar la donación; el artículo 814, 2, 2.º, en cambio, en vez de limitarse paralelamente a salvaguardar la legítima del preterido y aun a costa de la de otros descendientes no omitidos y postergados al extraño, comprimiéndola al aumentar el divisor, decreta una caprichosa anulación de la institución, que lo mismo puede perjudicar a dicho extraño que a los demás descendientes, que a un tercero distinto de aquéllos y de éstos» (35).

La anulación de la institución de heredero resulta, pues, discriminatoria para con el instituido, bien sea éste otro legítimo, bien sea uno no legítimo (nieto en vida de su padre, ascendientes, otro pariente o un extraño al círculo familiar). Además, en la práctica resultará muy difícil de conciliar con lo dispuesto en el párrafo último del propio artículo. Ese párrafo último, en combinación con el segundo, número 2, es de por sí un semillero de pleitos, pues ya *a priori* cabe sostener que la anulación de la institución de heredero, manteniendo legados, no respeta, en todo caso, lo ordenado por el testador.

Cierto es que tratándose de preterición errónea jamás llegaremos a conocer cuál hubiera sido la voluntad real del testador de haber conocido la existencia o supervivencia del descendiente a quien preterió. Lo único que sabemos es la forma en que ha dispuesto de su patrimonio para después de su muerte, contando con algunos de sus hijos o descendientes (supuesto al que nos referimos) y omitiendo a otro u otros por error. Pero si lo que se pretende es respetar la voluntad del testador dentro de lo posible, no hay razón para contradecir su voluntad manifestada en testamento o interpretarla arbitrariamente.

IV. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR Y LA PRETERICION NO INTENCIONAL DE ALGUNO DE LOS HIJOS O DESCENDIENTES

El artículo 814 se inicia con la siguiente frase: «La preterición del heredero forzoso no perjudica a la legítima». Y el último párrafo del propio artículo dice: «A salvo las legítimas tendrá preferencia, en todo caso, lo ordenado por el testador».

(35) REY PORTOLÉS, J. M., *ob. cit.*, pág. 350, cita núm. 10.

De ambos enunciados parece deducirse que hoy el instituto de la preterición pretende salvar la legítima material de los herederos forzosos (36).

La preterición ha perdido el carácter formal que tuvo originariamente, lo cual es lógico si partimos de la base de que el «heredero forzoso» no tiene derecho a ser instituido por el testador.

En tal sentido, si, como parece, el legitimario no tiene por qué ser heredero, carece de sentido anular la institución para que el preterido pueda cobrar su cuota legítima como heredero *abintestato*. Simplemente con recibir su porción debida quedan a salvo sus derechos.

Probablemente en la razón histórica se encuentre la base de la actual redacción del párrafo 2.º, número 2, del artículo 814, que venimos comentando, pero entendemos que hoy ese planteamiento resulta incoherente y artificial (37).

La voluntad del testador tiene un límite: el respeto a la legítima de sus «herederos forzosos», pero tal vez en la preterición no intencional se proteja no sólo o no tanto la cuota legítima, cuanto la cuota *abintestato*, en todo o en parte de lo que a continuación nos ocupamos.

A) *El respeto a las legítimas*

La frase con que comienza el artículo 814 pudiera parecer innecesaria por evidente, pero, como afirma REY, «ante el arrastre histórico de la figura esa frase con que comienza el artículo 814 resulta clave para comprender el nuevo alcance que se ha querido dar a la preterición (38).

La infracción del primitivo deber formal de mencionar a los legitimarios carece hoy de verdadera trascendencia, por ello entendemos de nuevo con REY que: «La frase inicial del artículo 814 no sólo no es superflua o sobreentendible, sino que en cuanto rectificación de un criterio histórico resulta básica y decisiva. Ni siquiera cabe reprocharle el que no se circunscribiese a la preterición intencional de cualquier legitimario y a la involuntaria del cónyuge y descendientes, porque así también se destaca el aspecto material de la preterición no intencional de descendientes: si las drásticas medidas del párrafo segundo son insuficientes por existir copiosas donaciones computables, aun así han de que-

(36) En este sentido, BOLAS ALFONSO: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*, t. XXV, pág. 204, citado por MIQUEL, J. M., *ob. cit.*, página 1287, cita núm. 12.

(37) En este sentido, REY PORTOLÉS, J. M., *ob. cit.*, pág. 338, en relación al decaimiento prioritario de la institución de heredero en los supuestos del párrafo primero del artículo 814.

(38) REY PORTOLÉS, J. M., *ob. cit.*, pág. 334.

dar salvaguardadas, como mínimo, las legítimas de esos descendientes» (39).

Queda claro que el hijo o descendiente preterido ha de recibir, cuando menos, su porción legítima. Pero falta por resolver el importante problema de si la preterición no intencional es o no un vicio o defecto de las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial o, por el contrario, sólo tiene relación con que la legítima queda cubierta (40).

MIQUEL entiende que así como en la preterición intencional sólo se busca que la legítima quede cubierta, la preterición no intencional no se relaciona con ese objetivo, sino más bien con que las disposiciones patrimoniales testamentarias se hagan teniendo en consideración a los hijos o descendientes, a los que, en otro caso, se les atribuye una cuota intestada total o parcialmente. No se trata de garantizar, por tanto, la legítima estricta, sino la cuota *abintestato* en todo o en parte, y que la preterición no intencional supone un defecto de voluntad, una voluntad basada en la imprevisión o el error. La preterición no intencional se refiere a un problema de ineficacia o invalidez del testamento, o mejor, de las disposiciones patrimoniales testamentarias, y, por tanto, proporciona la cuota intestada en todo o en parte (41).

No dudo de lo acertado de esta opinión, pero si la preterición no intencional de hijos o descendientes supone un defecto de voluntad que provoca la invalidez o ineficacia del testamento, es lógica la solución que ofrece el número 1 del propio párrafo segundo del artículo 814: anulación de todas las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial.

Ya, en su día, habrá sostenido ROCA que «lo lógico sería que así como en la preterición intencional solamente debiera producir el efecto de dejar a salvo la legítima del preterido, al igual que en la desheredación injusta, que en el fondo es una preterición intencional expresa, en cambio, la preterición errónea debiera dejar totalmente sin efectos el testamento, análogamente a lo que se establece en la revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos. Con la postura del Código de anular exclusivamente tal institución de heredero, dejando subsistentes legados y mejoras en cuanto no fueran inoficiosos, puede darse el resultado de que un padre por creer equivocadamente que uno de sus hijos ha muerto lo omita en el testamento y distribuye, en consecuencia, en éste su herencia, o gran parte de ella, en legados y mejoras a favor de sus

(39) REY PORTOLÉS, J. M., *ob. cit.*, pág. 335.

(40) MIQUEL, J. M.^a, *ob. cit.*, pág. 1286.

(41) MIQUEL, J. M.^a, *ob. cit.*, págs 1286-1287.

restantes hijos, encontrándose dicho preterido, por error, reducido a poder únicamente reclamar su legítima estricta» (42).

A lo que añadiríamos, o lo que es aún más grave: el hijo recordado por el testador, instituido heredero por éste puede quedar reducido a su legítima estricta, mientras sus hermanos legatarios reciben el importe íntegro de sus legados no inoficiosos e incluso más de lo previsto por el testador si entendemos que ellos también participan en la sucesión *abintestato* que se abre a consecuencia de la anulación de la institución.

Anulándose todas las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial, todos los hijos reciben igual porción en la sucesión *abintestato*; consecuentemente, la medida tiene la ventaja de no ser discriminatoria para con el hijo instituido heredero, cuando los demás no lo fueron, y, además, proporciona al preterido su íntegra cuota *abintestato*. Ninguno de los hijos podrá, pues, considerarse perjudicado en relación a los demás. Sin embargo, entendiendo que el testamento es inválido o ineficaz por defecto de voluntad, al estar basada la voluntad en la imprevisión o el error, habríamos de sostener igualmente la anulación de todas las disposiciones de carácter patrimonial cuando el testador incurra en preterición no intencional de sus ascendientes —que son herederos *abintestato* cuando lo sean «forzosos», es decir, a falta de hijos o descendientes—, puesto que tampoco entonces sabremos cuál hubiera sido su voluntad de haber tenido presente al ascendiente. Y no sucede así. Si se parte de la hipótesis de que la ignorancia acerca de la existencia de un ascendiente vicia la voluntad en menor grado que esa misma ignorancia respecto de los descendientes, la hipótesis no siempre responderá a la realidad.

Por otra parte, puede sostenerse que es imposible llegar a conocer cuál hubiera sido la voluntad del testador cuando creyendo no tener descendencia tiene algún hijo o descendiente de ulterior grado (hipótesis del párrafo segundo, núm. 1, del art. 814), y por ello aquí se anulan todas las disposiciones de carácter patrimonial. Diversamente, quien teniendo hijos o descendientes, a los cuales recuerda en su testamento, ha preterido a otro, ya ofrece una pauta del sentido de su voluntad según haya actuado respecto a los hijos conocidos, y por ello las medidas adoptadas por el legislador son menos drásticas. Si esto fuera así, la disposición contenida en el artículo 814, 2, 2.º, resulta arbitraria y caprichosa (43).

En sus propuestas de Derecho constituyente, VALLET sostuvo que la preterición errónea, debida a la sobrevivencia de hijos que se creían fallecidos o al ulterior nacimiento de otros hijos, en principio, debería dar

(42) ROCA SASTRE, R. M.: Notas a KIPP, en el tomo V del *Tratado de Derecho civil* de ENNECCERUS, KIPP y WOLF, vol. II, trad. de la 8.ª revisión alemana, Barcelona, 1951, pág. 287.

(43) Así la califica REY PORTOLÉS, J. M., *ob. cit.*, pág. 353.

lugar a la invalidación no sólo de la institución de heredero, sino de las demás disposiciones de tipo patrimonial, a no ser que de la interpretación del testamento, conforme al artículo 675 del Código Civil, resulte que la voluntad del testador fuera otra. Así, en caso de preterición de todos los hijos o del hijo único, la nulidad de la institución de heredero debe ser total; en cambio, de tener más hijos el testador y haberles instituido por igual y haber otorgado alguna disposición en favor del cónyuge viudo en usufructo o de la totalidad de la parte libre, debería entenderse que su intención es mantener esta disposición por no poder presumirse que en la intención del testador se hallara la de favorecer al hijo o hijos preteridos más que a los instituidos (44).

En este sentido, el artículo 141 de la Compilación catalana es modélico, cuando en su párrafo tercero dice: «Sin embargo, la preterición del legitimario que sea hijo o descendiente del testador, nacido o que haya llegado a ser legitimario después de otorgado el testamento, o cuya existencia ignoraba el causante al testar, constituirá preterición errónea y conferirá al legitimario preterido acción para obtener la nulidad del testamento, salvo que los instituidos herederos fuesen el cónyuge o descendientes del testador, en cuyo caso los preteridos erróneamente sólo podrán reclamar su legítima».

Como hemos mantenido, la anulación de la institución de heredero, cuando el instituido sea un extraño, no acaba de parecernos justa, pero en cualquier forma, consideramos que la regulación ofrecida por el artículo 141 de la Compilación catalana para este punto es muchísimo mejor que la del Código Civil, pues, al menos, respeta la institución cuando el heredero es el cónyuge o los descendientes del testador; caso contrario, se concede al preterido acción para obtener la nulidad del testamento sin caer en el absurdo de respetar legados no inoficiosos (a favor de quien sea), mientras se anula la institución de heredero (sea quien sea el instituido, excepto el cónyuge).

En suma: si lo que realmente se pretende es que el preterido no intencionalmente cobre su cuota *abintestato*, entendiéndose el testamento inválido o ineficaz por defecto de voluntad, la solución que ofrece el artículo 814, en su párrafo 2.º, número 1, es la lógica; la solución del número 2, aun de aceptarse aquellas premisas, continúa siendo, en buena medida, absurda. Después de todo, y a pesar del esfuerzo doctrinal, al objeto de llegar a demostrar que el legitimario no es heredero ni tiene por qué serlo, tal vez el número 2 del párrafo 2.º del artículo 814 indique que los legitimarios, al menos, los hijos o descendientes, tienen derecho

(44) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *El deber formal...*, ob. cit., págs. 102-103, y *Limitaciones del Derecho sucesorio...*, t. I, y *Las legítimas*, vol. II, ob. cit., página 944.

a ser herederos, sólo así tiene sentido la anulación de la institución, respetando las demás disposiciones no inoficiosas de carácter patrimonial.

Ya dijo GARCÍA-BERNARDO que la preterición supone «el desconocimiento de la cualidad de heredero latente en el legitimario, exteriorizada en el no reconocimiento de esa cualidad, en la no negación o en la no atribución material de su participación en la herencia; es un acto contrario a la Ley de las legítimas, que reconoce al legitimario una cualidad en potencia de heredero, que sólo el testador puede confirmar, revocar o desviar, y si no lo hace en su testamento, esto contraría la Ley de las legítimas.

La preterición es la infracción a la libertad de testar en atención a la cualidad de heredero latente en el legitimario» (45).

Sólo admitiendo esa cualidad de heredero, «latente en el legitimario», puede entenderse la reducción prioritaria de la institución, en caso de preterición intencional de los hijos o descendientes o preterición de los demás herederos forzosos, y la anulación de la institución, en caso de preterición no intencional de alguno de los hijos o descendientes.

Aunque éste fuera el sentido del artículo 814, nos resistimos a considerar justo el mecanismo elegido por el legislador para salvar la condición del heredero latente en el legitimario (si tal condición potencial existiera), pues es perfectamente compatible la concurrencia en una misma sucesión de un heredero voluntario (o varios) y de un heredero *abintestato* (o varios), como se deduce del artículo 912, 2.º, o del propio artículo 814, 2, 2.º, cuando permite mantener la institución del cónyuge en cuanto no perjudique a las legítimas. Así que no hay razón para atacar la institución de heredero con preferencia del resto de las disposiciones patrimoniales del causante, aunque el preterido deba ser heredero *abintestato*.

Aunque, ciertamente, si nuestro sistema legitimario es el negativo o de freno, donde sólo hay dos modos de adquirir por testamento o *abintestato*, no originando la legítima un tercer género sucesorio —la sucesión forzosa—, no vemos, como afirma GARCÍA-BERNARDO, cómo adquiriría el legitimario sin anular la institución o reducir las disposiciones inoficiosas (46); mas creo, con LACRUZ, que la adquisición del legitimario no se opera siempre necesariamente a través de las formas canónicas de la sucesión voluntaria y la *abintestato*, pues existen supuestos en que

(45) GARCÍA-BERNARDO LANDETE, A.: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, ob. cit., pág. 361.

(46) GARCÍA-BERNARDO LANDETE, A., ob. cit., pág. 350.

el legitimario recibe los bienes en cumplimiento del deber de legítima y por modo distinto a la sucesión testada, por obra de la Ley (47).

Y, en definitiva, ¿qué más da?, si el artículo 814 no pretende que el hijo o descendiente preterido inintencionalmente, cuando concurre a la sucesión del ascendiente con otros hijos o descendientes no preteridos, cobre íntegra su cuota *abintestado*, dado que respetando legados y mejoras puede verse reducido a su legítima estricta, no hay por qué preocuparse si va a recibir su porción por delación *abintestato* o delación forzosa; en cualquier caso, los efectos, en cuanto al preterido se refiere, van a ser idénticos. E incluso, de admitirse que el preterido recibe su porción por delación forzosa, nos evitaríamos el plantearnos si los legitimarios legatarios deben participar o no en la sucesión *abintestato*, pues un llamamiento *abintestato* a favor de algunos de los descendientes no es lógico, mientras que un llamamiento legal específico no tiene por qué afectar a quienes no corresponda.

B) *El respeto a lo ordenado por el testador*

Salvar las legítimas, dando preferencia en todo caso a lo ordenado por el testador, será incompatible, en la mayoría de los supuestos, con la anulación de la institución.

Para dar preferencia, en todo caso, a lo ordenado por el testador, salvando las legítimas, existe una solución sencillísima: enviar al preterido a compartir la legítima con los demás legitimarios y reducir, en su caso, las atribuciones inoficiosas.

Como ya hemos expuesto, la presencia del preterido provoca la disminución de la legítima individual de los restantes legitimarios, permaneciendo idéntica cuota legítima global. Si no existe mejora (y tal no puede presumirse), la legítima del preterido será la larga, pues no hay razón para suponer que quien no mejoró a ninguno de los hijos o descendientes conocidos iba a mejorarlos de haber tenido presente al ignorado.

No obstante, a MIGUEL le parece dudoso que los efectos de la preterición no intencional puedan ser determinados por el testador, pues es distinto que la voluntad del testador sea ley de la sucesión o que el testador pueda establecer de modo distinto las consecuencias de los supuestos de hecho a como lo hacen las normas.

Por ello entiende que aun en el supuesto de que el testador haya previsto eventualmente la preterición no intencional de alguno de sus

(47) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, R.: *Elementos...*, vol. V, obra citada, pág. 435.

hijos o descendientes, el problema consistirá en decidir qué grado de concreción o determinación hay que exigir para que las posibles previsiones del testador excluyan los efectos de la preterición no intencional, bien entendido que, salvo que se sea muy generoso, lo que sucederá es que tales previsiones, como su mismo nombre indica, excluirán el supuesto de hecho de la preterición no intencional. Si, por el contrario, no lo excluye, entiende que los efectos serán los de la norma, es decir, o no hay preterición no intencional porque el testador ha previsto la supervivencia o superveniencia de hijos o descendientes con la necesaria concreción o, por el contrario, hay preterición no intencional y entonces no cabe que el testador prevea consecuencias distintas a las del artículo 814 (48).

Sin embargo, VALLET entiende que la frase «en todo caso», del párrafo último del artículo 814, debe entenderse que también incluye la preterición no intencional y total. Pero ahí habrá que ahondarse en la intención real del testador. Es una puerta abierta —sin otra limitación que el respeto a las legítimas— que deja al testador ese último párrafo del nuevo artículo 814, y 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 (49).

(48) MIQUEL, J. M., *ob. cit.*, págs. 1288-1289 y 1290.

(49) VALLET DE GORTISOLO, J.: *La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981, ob. cit.*, págs. 109-110.

Entre las posibles previsiones testamentarias apoyadas en el párrafo 814, entiende que son de destacar para la preterición no intencional las siguientes:

En la parcial, se puede prever que la institución no sea invalidada sino tan sólo en cuanto lesione la legítima estricta de los preteridos. Muchas veces el testador querrá establecer estas previsiones. Así, cuando sea su voluntad que a sus hijos les sustituyan vulgarmente tan sólo sus descendientes matrimoniales respectivos, tratará de evitar el riesgo de posibles pretericiones de los descendientes no matrimoniales de sus hijos no incluidos en la sustitución vulgar de éstos, bien sea que ya hubieren nacido o que nazcan después de otorgado el testamento.

Para solucionar estos casos, y en especial el de preterición errónea total, el testador tiene dos caminos:

Uno es el de instituir sólo en la legítima más estricta o bien legársela o reconocérsela a quienes legalmente les corresponda, insistiendo que se incluyan en el llamamiento todos los descendientes nacidos y nacerlos, y disponer del resto del haber conforme su voluntad. Solución que tal vez tiene el defecto de «compartimentar» la herencia.

Otro camino es el de insertar determinadas cláusulas, como, por ejemplo:

«Reconozco la legítima estricta mínima que corresponda a cualquier persona que no sea descendiente matrimonial mío.»

«Es mi voluntad que en caso de haber incurrido en cualquier supuesto de preterición, errónea o intencional, total o parcial, el preterido o preteridos no tengan derecho sino a la legítima estricta más reducida que en Derecho corresponda.»

O bien, al exponer que otorga testamento:

Tal opinión coincide, en buena medida, con la sostenida por ALBALADEJO, cuando la norma no hacía alusión alguna a la voluntad del testador (50).

REY PORTOLÉS va aún más lejos cuando entiende que «el último párrafo del remozado artículo 814 convierte en dispositivo —para el testador— todo el instituto de la preterición con tal de que queden indemnes las legítimas», y que, «si bien se mira, este apéndice del precepto puede dar un juego inusitado si se acoge a él, valientemente, la jurisprudencia» (51).

A continuación, el citado autor nos dice: «Ya hemos visto las deficiencias de la nueva regulación, especialmente en la determinación de los efectos de la preterición no intencional. Si los resultados ciegos y automáticos a que conduce el artículo 814, 2, se pueden evitar demostrando que, a pesar de la probada inintencionalidad del olvido, la voluntad, incluso ahora, ¿por qué no?, implícita del testador hubiera sido la de originar unas consecuencias menos demoledoras, pues bienvenida sea la atenuación que nos lleva a una solución justa, lo mismo que si la interpretación nos inclina en otro sentido de efectos más contundentes» (52).

«... y que quiero que valga íntegramente aun en caso de preterición, aunque fuere errónea y total, sin perjuicio de las legítimas más reducidas y estrictas que correspondan al preterido o preteridos.»

Esta última fórmula recuerda la que antes, como de estilo, se establecía en *Cataluña* (que ahora no hace falta a partir de la *Compilación*): «Ordeno este testamento, con el que revoco cualquier otro anterior, y que quiero que si como tal no vale o si con el tiempo no valiere, se sostenga como codicilo o en aquella forma que en Derecho mejor valiere». (Es decir, una fórmula que incluía las viejas cláusulas codicilar y *omni moliori modo*.)

Igual en *Panorama del Derecho de sucesiones*, ob. cit., págs. 471-472.

(50) ALBALADEJO, M.: *Para una interpretación del artículo 814.1*, ob. cit.: Es el sentido de todo ese artículo, pero se pueden citar especialmente las páginas 1025 a 1028; así, en pág. 1025: «Yo creo que siendo inviolable la legítima, en lo que vaya contra ella no es soberana la voluntad del testador, pero en lo que no la viola debe respetarse tal voluntad, aunque haya habido preterición», y en las páginas 1025 y 1026: «Sin duda, el artículo 814 es norma cogente respecto a que no pueden prevalecer las disposiciones testamentarias en cuanto perjudiquen la legítima del preterido, pero aparte de eso, comoquiera que en materia de sucesiones hay que partir del principio de que la voluntad del testador es soberana y no tiene más tope que el de las legítimas, esa voluntad ha de respetarse, menos en lo que sea preciso para cubrir aquéllas, lo mismo si consta el deseo de que los legados se anulen antes que la institución de heredero, que si consta que deba anularse cierta parte de esta institución antes que otra, que si consta el de que dicha institución se anule sólo en lo que sea necesario para cubrir la legítima».

Si los instituidos fueran el cónyuge o descendientes del testador, caso contrario, se le concede al preterido acción para pedir la nulidad del testamento, sin caer en el absurdo de respetar los legados no inoficiosos, anulando totalmente la institución de heredero.

(51) REY PORTOLÉS, J., ob. cit., pág. 359.

(52) REY PORTOLÉS, J., ob. cit., págs. 359-360.

En esa línea de pensamiento nos movemos, aunque extraemos del párrafo último del artículo 814 sus últimas consecuencias.

V. LA DIFÍCIL CONCILIACIÓN DEL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 814, CON EL NÚMERO 2 DEL PÁRRAFO 2.º DEL PROPIO ARTÍCULO, Y SOLUCIÓN QUE SE PROPONE

Entiendo que el párrafo último del artículo 814 nos remite a la voluntad real del testador. Su combinación con el párrafo 2.º, número 2, del propio artículo es realmente muy difícil, dado que jamás sabremos cuál hubiera sido su voluntad real de conocer la existencia del preterido, puesto que partimos de la base de que no la conocía.

Consecuentemente, el párrafo último del artículo 814 puede convertirse en un semillero de pleitos si, como dice REY, «se aduce sin escrúpulos, con el solo propósito de dilatar la reparación de omisiones, quizá de miembros no pertenecientes a lo que hasta la reforma entendíamos por familia o incluso dentro de miembros no bien avenidos de la misma. Una vez más, los márgenes de arbitrio judicial pueden convertirse en un aliciente para el litigio» (53).

Al objeto de evitar estos previsibles efectos de la norma, así como las injustas consecuencias a que, según entendemos, llevaría la aplicación del artículo 814, 2, 2.º, interpretado literalmente, proponemos la siguiente:

El párrafo último del artículo 814 no manda investigar la voluntad real del testador, sino que presume que lo ordenado por él responde a su voluntad.

Ese párrafo último dice: «A salvo las legítimas tendrá preferencia, en todo caso, lo ordenado por el testador». Luego *quedando a salvo las legítimas tendremos que respetar, en todo caso, lo ordenado por el testador en el testamento*, salvo que del propio testamento se deduzca que otra hubiera sido su voluntad de haber conocido la existencia del preterido.

Consecuentemente, si quien teniendo hijos o descendientes ha preterido a alguno de ellos, recordando a los demás, interpretaremos el testamento en los siguientes términos:

1) Si el testador ha previsto la eventual preterición no intencional de alguno de sus hijos o descendientes y regulado su sucesión para tal

(53) REY PORTOLÉS, J., *ob. cit.*, pág. 360.

hipótesis, a tal regulación atenderemos siempre que queden a salvo las legítimas.

Aunque creemos con MIQUEL que es difícil que alguien, sin tener presentes a los hipotéticos preteridos, prevea las consecuencias de una eventual preterición.

2) Si del tenor del testamento se deduce cuál hubiera sido su voluntad de haber conocido la existencia de otro hijo o descendiente, a ella atenderemos. Por ejemplo: si ha igualado cuantitativamente a sus hijos, aunque a uno le haya instituido heredero y a los demás los haya nombrado legatarios, la porción del preterido se obtendrá reduciendo por igual todas y cada una de las atribuciones patrimoniales a favor de los demás hijos, sin tener en cuenta su título de atribución.

3) En otro caso: damos preferencia a *lo ordenado por el testador, salvando la legítima del preterido*.

Para ello, el preterido percibiría su cuota reduciendo las porciones de bienes correspondientes a cada uno de los demás hijos o descendientes que hubieran de imputarse a la legítima, sin tener en cuenta el que tales bienes se hayan recibido por título de herencia, legado e incluso donación.

Es decir, el preterido cobrará su legítima mediante reducción de las atribuciones pro legítima efectuadas en favor de los no preteridos y, en su caso, mediante reducción de atribuciones inoficiosas.

La reducción de tales atribuciones se hará, en cuanto a su valor, en una proporción idéntica con respecto a cada uno de los legitimarios no preteridos, pues al colocar al preterido en el divisor, la cuota concreta a percibir en concepto de legítima (larga, corta o corta más lo que se dispuso en concepto de mejora, si en tal concepto no se agotó la porción total disponible) por cada legitimario disminuye en una porción exactamente igual.

Proponemos esta solución por lo siguiente:

a) La existencia de un legitimario no previsto por el testador provoca la disminución de la cuota legitimaria individual de los demás.

b) La anulación de la institución de heredero existiendo hijos o descendientes no preteridos sería lógica si todos los legitimarios hubieran de recibir su porción por vía de institución de heredero. Es injusta e ilógica cuando un legitimario ha sido instituido heredero y los demás han recibido su porción a título distinto.

c) Si la anulación de la institución de heredero provoca la apertura de la sucesión *abintestato* en regla, la presencia del preterido no intencionalmente provoca el llamamiento como herederos *abintestato* de aquellos hijos o descendientes a quienes el testador no deseó como herederos.

Por el contrario, la presencia del preterido provoca el apartamiento de la sucesión de quienes habiendo sido instituidos por el testador, y que, por tanto, deseó que lo fueran, no lo sean *abintestato*.

Contando con el párrafo último del artículo 814, entenderemos que es absurdo apartar de la sucesión a ese «extraño» instituido heredero por el testador. Quien teniendo hijos o descendientes conocidos, a quienes recordó en su testamento, hipótesis de la que partimos, instituye a quien no lo es, obviamente desea que el instituido llegue a ser heredero, a pesar de tener descendencia conocida. ¿Por qué no va a quererlo como heredero si aparece un descendiente desconocido?

d) Si hemos de mantener mandas y mejoras y el legitimario no tiene por qué ser heredero, ¿por qué hemos de anular la institución?

Es absurdo privar del título de heredero y de todo el contenido patrimonial inherente a la institución a quien el testador deseó como tal heredero, y concedérselo a quien no deseó el testador o a quien no tuvo presente, manteniendo íntegros los legados no inoficiosos.

En ningún lugar está dicho que con ello se respete más la voluntad del testador, a lo que, al parecer, aspira ahora el artículo 814, si hemos de atender a su párrafo último.

e) Lo ordenado por el testador, que tiene preferencia en todo caso, dejando a salvo las legítimas, es lo que manifestó en el testamento. Por tanto, en lo que no afecte a las legítimas respetaremos la voluntad del testador.

No podemos olvidar que estamos tratando del supuesto en el cual el testador conocía la existencia de alguno de sus hijos o descendientes, a quienes recordó en su testamento, diverso de aquel otro en el cual el testador desconocía la existencia de cualquiera de sus hijos o descendientes y las distintas consecuencias en orden a la revocación de donaciones de una y otra hipótesis (54).

f) Por último, aun siendo consciente de que esta solución puede ser considerada poco ortodoxa, creo que no puede calificarse de herética. Ciertamente es, como advierte LACRUZ, que la solución aquí propugnada podía haber sido la adoptada por el legislador, pero no lo es (55); sin embargo, entiendo que aunque no lo sea, puede llegar a serlo. Evidentemente, no es la solución que adopta el párrafo 2, número 2.º, del artículo 814, pero dando preferencia al párrafo último del propio artículo es posible llegar

(54) Por todos: ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, t. II, Derecho de obligaciones, vol. 2.º, Madrid, 1982, pág. 145.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos del Derecho civil*, t. II, Derecho de obligaciones, vol. 3.º, Barcelona, 1979, pág. 65.

(55) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos...*, t. V., *ob. cit.*, página 524.

a tal solución o, cuando menos, sugerirla, y, ¿por qué no?, si nos lleva a conclusiones menos arbitrarias.

Entre los diversos párrafos de un mismo artículo no hay por qué dar preferencia a unos sobre otros, salvo que la propia Ley la señale. Aquí si atendemos al tenor literal del artículo 814, el párrafo último parece decretar esa preferencia a su favor. Para salvar las legítimas, respetando en todo caso lo ordenado por el testador, es una solución enviar al preterido a cobrar su legítima donde quiera que se encuentre; existiendo otros hijos o descendientes recordados por el testador en su testamento, la legítima del hijo o descendiente ignorado se encuentra en las atribuciones patrimoniales efectuadas a los demás e imputables a su legítima, que son las que devienen «excesivas» por la presencia de un legitimario más. Las liberalidades a favor de persona que no sea hijo o descendiente legitimario serán o no inoficiosas con total independencia de la aparición del hijo preterido, pues la eventual inoficiosidad de las liberalidades a favor de extraño no dependen del número de legitimarios.

CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA
Profesor titular interino de Derecho civil
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia