

# LA PRETERICIÓN NO INTENCIONAL: PRESUPUESTOS Y EFECTOS. CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 JUNIO DE 2006 (RJ 2006/3082)\*

Manuel Espeja Lerdo de Tejada  
*Profesor Titular de Derecho civil*  
*Universidad de Sevilla*

SUMARIO: Preliminar. Los Fundamentos de Derecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2006. I. Problemas valorativos que produce la aplicación de las normas sobre preterición al presente supuesto. II. Consideraciones generales sobre el régimen del Código civil relativo a la preterición. III. La atribución extratestamentaria hecha al legitimario que es omitido en el testamento. ¿excluye que podamos calificar al supuesto como preterición? IV. El testamento que no dispone de todos los bienes del testador. ¿puede ser tachado de preterición? V. Momento en que debe ser apreciada la voluntad mal formada propia de la preterición no intencional. VI. La posibilidad de entender que los efectos de la preterición no intencional pueden resultar mitigados si ello se apoya en la voluntad del testador.

## PRELIMINAR. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JUNIO DE 2006

La interesante Sentencia a la que dedicamos estas páginas<sup>1</sup>, escritas en homenaje al profesor Lalaguna, suscitan cuestiones de una altísima importancia teórica sobre la figura de la preterición no intencional. Con independencia de que invoquemos puntualmente algunos pasajes en su lugar oportuno, no nos parece impertinente insertar aquí la totalidad de sus Fundamentos de Derecho para aquellos lectores que quieran hacerse una idea completa del contenido de la misma.

PRIMERO La cuestión que se plantea en casación es puramente jurídica, *questio iuris*, sobre la preterición –intencional o errónea, que contempla el artículo 814 del Código civil– que parte de unos hechos, *questio facti*, no discutidos.

Estos, en la medida que aquí interesa, comienzan con el testamento abierto otorgado el 17 de octubre de 1983 por el causante D. Marcelino que contenía estas cláusulas:

Primera. Reconoce como hija extramatrimonial a la niña Ariadna, de unos dos años y medio de edad, aproximadamente, de la que ignora si está reconocida por la madre, y a la que instituye heredera en dos tercios de la herencia, en pleno dominio. Segunda. Lega, en pleno dominio, a su ahijada Asunción, los derechos que al testador correspondan en la casa señalada con el núm. NUM000 de la CALLE000, hoy Corredera, de esta ciudad, facultándola para tomar por sí misma posesión del legado. Tercera. El remanente de sus bienes pasará en pleno dominio y en concepto de legado a la

\* El presente trabajo se ha realizado dentro del Grupo de Investigación «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado» (SEJ 2004-06995), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, del que es investigador principal el Profesor Antonio Gordillo Cañas.

1 La ponencia corresponde al Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Congregación Religiosa de las Hermanas de los Ancianos desamparados, conocidas por Hermanitas de la Caridad, a la que también faculta para tomar posesión del legado.

Dicho testador, desde antes, convivía con D.<sup>a</sup> Mercedes (demandante en la instancia y recurrente en casación) con la que posteriormente, el 23 de abril de 1995, tuvo un hijo, Marcelino (en cuyo nombre, como menor de edad, actúa la demandante), que fue reconocido como hijo extramatrimonial por ambos progenitores. Aquel mencionado causante, padre de éste, falleció el 15 de octubre de 1991<sup>2</sup>.

La demanda ejerció la acción de nulidad del testamento por preterición no intencional y, en consecuencia, que el hijo menor es único universal heredero de aquél. La sentencia dictada por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 1 de Arcos de la Frontera estimó íntegramente la demanda. Fue revocada por la de la Audiencia Provincial, Sección 3.<sup>a</sup>, de Cádiz. La demandante en la instancia ha interpuesto el presente recurso de casación.

SEGUNDO La cuestión jurídica que se plantea en casación es la calificación de la preterición. Ésta, sin duda y así lo declaran ambas sentencias de instancia, se ha producido. Es la omisión del legitimario en el testamento, sin que éste haya recibido atribución alguna en concepto de legítima; en el presente caso, efectivamente, al hijo extramatrimonial del causante no se le menciona en el testamento (fue concebido y nació después de otorgado éste) ni nada recibió imputable a la legítima. La declaración de principio del mencionado artículo 814 es clara: la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima, tras cuyo principio declara los efectos distinguiendo si la preterición es intencional o errónea (no intencional, la llama). La primera se produce cuando el testador no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario, sabiendo (intencionadamente) que éste existe; la segunda, cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente (no otro) porque ignoraba (erróneamente) su existencia.

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

En consecuencia, se estima que en el presente caso el testador omitió al único legitimario, su hijo, en el testamento, ignorando su existencia y, cuando la supo no lo modificó y quedó viciado de preterición errónea con el importante efecto (que reconoce la sentencia de primera instancia) de anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, según dispone el artículo 814, párrafo segundo, número primero. Con ello, la presente resolución no hace sino seguir la doctrina jurisprudencial que plasman las sentencias de 30 de enero de 1995 (RJ 1995, 388) y 23 de enero de 2001 (RJ 2001, 997). La primera dice textualmente: «preterición no intencional de la heredera forzosa nacida con posterioridad a su otorgamiento». Y desarrolla la segunda: «en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgada el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada *ex re ipsa*. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento»; y respecto al caso que contempla, añade (con total semejanza al caso presente): «Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de su sexto hijo en el año 1991 no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria expresada el 2 de diciembre de 1988».

TERCERO De lo anterior se desprende que débese acoger el único motivo del recurso de casación que, al amparo del núm. 4.<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega que la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial, conculca expresamente el artículo 814. Efectivamente es así. Como se ha expuesto, ésta yerra e infringe dicha norma cuando mantiene que se trata de preterición intencional, con efectos muy distintos, porque el testador conocía la existencia de su

2 Sic, en cuanto al relato de fechas: hay que sospechar que el nacimiento de Marcelino tuvo lugar en 1985.

hijo, legitimario, con posterioridad al otorgamiento del testamento y mantuvo éste, sin modificarlo, hasta su muerte. No es así, como se ha apuntado: la preterición viene referida al tiempo de otorgar testamento y si en éste se produce preterición, aunque sea porque el hijo legitimario nace después, la preterición es errónea y despliega sus efectos como tal.

Tales efectos son la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, ya que el legitimario preterido en el presente caso por preterición errónea, es hijo del causante y único legitimario, por lo que cae en la norma antes citada del artículo 814. En el caso, se anulan los dos legados: el de su ahijada D.<sup>ª</sup> Asunción, demandada en la instancia y parte recurrida en casación y el de la CONGREGACIÓN RELIGIOSA, también codemandada que ha permanecido en situación procesal de rebeldía; asimismo la institución de heredera a favor de D.<sup>ª</sup> Ariadna, codemandada a través de su representante legal que alcanzó la mayoría de edad en el curso del proceso, se allanó a la demanda y renunció a cualquier derecho que le pudiera corresponder en la herencia del causante.

En el testamento, hay una disposición no patrimonial, que pertenece al llamado contenido atípico del mismo: es el reconocimiento de la mencionada Ariadna como hija extramatrimonial; esta disposición no se anula por la preterición, pero es ineficaz por incurrir directamente en el supuesto que prevé el artículo 113, párrafo segundo, del Código civil al disponer que no será eficaz la desestimación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria; no cabe reconocer a una persona que tiene legalmente un *status filii* incompatible con el reconocimiento que se pretende hacer: el reconocimiento sólo es posible si previamente se impugna la filiación contradictoria y se deja judicialmente sin efecto. La niña - ahora mayor de edad- es hija matrimonial y así consta en el Registro Civil, sin que judicialmente se haya dejado sin efecto tal filiación: por ello, el reconocimiento es ineficaz.

CUARTO En consecuencia, se estima el único motivo del recurso de casación, se declara haber lugar al mismo y se asume la instancia, resolviendo lo que corresponde, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, como ordena el artículo 1715.1.3.<sup>º</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tal como se desprende de todo lo expuesto en líneas anteriores sobre la concurrencia de la preterición errónea, procede, casando la sentencia de la Audiencia Provincial, confirmar la de primera instancia que estima la demanda y declara nulo el testamento y heredero al hijo extramatrimonial. En cuanto a las costas, respecto a las de primera instancia se confirma también en este punto la sentencia. No procede hacer condena en las costas causadas en segunda instancia ni en las de este recurso.

## I. PROBLEMAS VALORATIVOS QUE PRODUCE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE PRETERICIÓN AL PRESENTE SUPUESTO

Según manifiestan los diferentes Tribunales que conocen del caso, nos encontraríamos ante un claro supuesto de preterición, y lo único que cabe dudar es si dicha preterición merecería ser calificada como intencional<sup>3</sup> o como no intencional<sup>4</sup>. Se trataría, según afirma expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo, de una cuestión *puramente jurídica*: calificar la preterición en que habría incurrido el testamento de acuerdo con los tipos de preterición regulados en el vigente art. 814 C.c.

A la vista de todos los detalles del supuesto de hecho litigioso, no podemos participar plenamente de las dos afirmaciones hechas en el párrafo anterior, a pesar de que estemos de acuerdo

3 Así lo sostuvo, en el presente litigio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de junio de 2000, JUR 2000/268573.

4 Tesis que viene a sostener la Sentencia que ahora comentamos que, por tanto, casa la anterior.

con la mayoría de las ideas técnicas sobre la preterición sostenidas por la Sentencia<sup>5</sup>. Pero es que, por una parte, nos parece altamente discutible que los hechos enjuiciados respondan exactamente a un supuesto de preterición, si se los analiza cuidadosamente; por otra, aunque dialécticamente se admitiera la tesis de la Sentencia de que estuviéramos ante una clara preterición, opinamos que –aparte de la cuestión puramente jurídica que consiste en su calificación con arreglo a las categorías legales y que analiza la Sentencia–, existirían en el caso interesantes problemas de orden valorativo que afectan a la solución a la que finalmente se llega por ese camino. Esas discutibles (por no decir inaceptables) consecuencias fácticas deberían llevar a cuestionarse la solución final a la que se llega en el fallo, por efecto de la rígida aplicación de los efectos normativos de la preterición no intencional.

Debemos comenzar a explicarnos recordando sucintamente los datos fácticos más relevantes que entran en juego en el litigio. El testamento abierto otorgado por el causante en 1983 contenía estas cláusulas:

Primera. Reconoce como hija extramatrimonial a la niña Ariadna, de unos dos años y medio de edad, aproximadamente, de la que ignora si está reconocida por la madre, y a la que instituye heredera en dos tercios de la herencia, en pleno dominio. Segunda. Lega, en pleno dominio, a su ahijada Asunción, los derechos que al testador correspondan en la casa señalada con el núm. (...) de la calle (...) de esta ciudad, facultándola para tomar por sí misma posesión del legado. Tercera. El remanente de sus bienes pasará en pleno dominio y en concepto de legado a la Congregación Religiosa de las Hermanas de los Ancianos desamparados, conocidas por Hermanitas de la Caridad, a la que también faculta para tomar posesión del legado.

Por otra parte, el testador, desde tiempo antes de otorgar testamento, convivía *more uxorio* con D.<sup>a</sup> Mercedes, con la que posteriormente a ese otorgamiento tuvo un hijo que fue reconocido como hijo extramatrimonial por ambos progenitores, sin que –lógicamente– hubiera podido ser tenido en cuenta en el testamento del padre que arriba hemos reproducido, que era de fecha anterior. Finalmente falleció el testador sin haber llegado a revocar el testamento, por lo que éste fue el que debía regir la sucesión cuyos efectos resultan discutidos en el pleito origen de la Sentencia. Aparentemente, pues, nos encontramos ante un típico supuesto de preterición no intencional. Pero esta inicial conclusión puede ponerse en cuestión desde varios puntos de vista.

Entraremos primeramente en las dudas de tipo valorativo que el supuesto suscitaría si nos mantuviéramos en los términos en que el litigio judicial se movió, que fueron los relativos a determinar qué tipo de preterición del hijo extramatrimonial se había producido. A la vista de los datos que hemos suministrado hasta ahora parecería claro que el caso constituía un claro ejemplo de preterición no intencional, pues el testador no había podido tener en cuenta al otorgar testamento el futuro nacimiento de otro hijo, diferente a la hija tenida en cuenta en el momento de testar<sup>6</sup>.

5 Cf. nuestra monografía *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996, pp. 278 y sigs.

6 Por eso la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, que negó la calificación de la preterición como no intencional, ya había sido criticada –junto con otras que se pronunciaban en el mismo sentido, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 12 de mayo de 2001, AC 2001/1598– por MIQUEL, J. M., en «Notas sobre la “voluntad del testador”», *Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, 6, 2002, p. 178: «estas sentencias consideran que son intencionales las pretericiones de hijos nacidos después del testamento por razón de no haber sido revocado. En mi opinión son sentencias inadmisibles que sustraen *contra legem* derechos sucesorios de los hijos»; no obstante a RIVE-

El problema adicional que plantearía el caso está en que existía una «hija» instituida en testamento, si bien no tenía determinada su filiación con el testador en ese momento, sino que era reconocida por el causante precisamente en el mismo testamento que se anula por preterición. Por eso los efectos de la preterición no intencional del hijo sobrevivido serían diferentes dependiendo de si el reconocimiento de esa hija instituida llegara o no a ser eficaz: en un caso u otro se estará ante una preterición no intencional parcial o total. No es necesario recordar que la verificación de una u otra alternativa significará una variación fundamental para la pervivencia del derecho de los legatarios. Si el reconocimiento testamentario llegara a determinar la filiación de la hija, tendríamos una preterición no intencional de sólo parte de los hijos del testador, cuyo efecto es la anulación de la institución de herederos, pero con la subsistencia de las mandas no inoficiosas (como eran las del caso). En cambio, si ese reconocimiento no llegara a ser eficaz, la preterición no intencional sería de todos los descendientes del causante (del único hijo en ese caso), con lo que se anularían todas las disposiciones patrimoniales del testamento, incluidos los legados.

El problema se presenta con toda su crudeza por el hecho de que la «hija» reconocida en testamento tenía, al parecer, determinada la filiación materna (por el nacimiento) y también la paterna por estar casada la madre (con otra persona diferente al presunto padre que realiza el reconocimiento testamentario), con lo que el reconocimiento testamentario no puede producir su habitual efecto automático (*cf.* art. 124 C.c.), a causa de la norma del art. 113.2 C.c., según la cual no es posible determinar una filiación contradictoria con otra ya acreditada. Ciertamente cuando se ejerció por parte del hijo la acción de preterición origen del pleito, la madre de dicha menor reconvino ejercitando la acción de filiación correspondiente a la hija, pero posteriormente desistió de ella, lo que confirmó la hija al llegar a la mayoría de edad. En definitiva, se presentaba en el caso la paradójica y extraña situación de que según esta presunta hija decida una cosa u otra (seguir adelante o no con el ejercicio de la acción de filiación) y, después, también de lo que resulte de esa acción, subsistirían o no los legados hechos en el testamento. Llama la atención que un efecto tan importante desde el punto de vista del cumplimiento de la voluntad del testador y, también, de la efectividad de los derechos de los legatarios, pueda quedar en manos de la voluntad de alguien ajeno a los intereses en juego (y si no completamente de la voluntad, si de los avatares judiciales de una acción de filiación que es también de impugnación de una filiación matrimonial contradictoria); sin que los titulares de estos intereses tengan medio alguno para defenderse (porque, evidentemente, los legatarios no tienen legitimación procesal para hacer valer una impugnación de la filiación matrimonial, ni tampoco para instar la plena eficacia del reconocimiento testamentario de ningún otro modo).

Es razonable que en el ámbito de las relaciones de filiación, las normas de su determinación, y las de su impugnación, puedan establecer limitaciones a la legitimación activa para el ejercicio de las correspondientes acciones. Ahora bien, ya no resulta tan razonable que esas mismas normas terminen provocando efectos reflejos tan graves para los terceros y para la propia subsistencia del testamento. En cualquier caso, privados de datos más detallados sobre las circunstancias relativas a la filiación en el supuesto de hecho (posesión de estado, o no, de la presunta hija del

---

RA FERNÁNDEZ, M., le parecía acertada la valoración de la voluntad posterior al testamento a los efectos de calificar la preterición: *vid.* «Dos cuestiones sobre la preterición no intencional de hijos o descendientes. A propósito de la Resolución de la DGRN de 13-9-2001 (BOE 29-10-2001) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 23-1-2001 (RJA, 997)», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 81, marzo, 2002, p. 555; sobre el debate de qué momento debe tomarse en cuenta para calificar la voluntad del testador que incurre en preterición nos pronunciaremos más adelante.

testador, momento en que su filiación matrimonial quedó determinada, etc.), resultaría arriesgado seguir haciendo consideraciones sobre este tema.

En realidad, como por esta primera vía llegamos a un callejón sin salida, resultaba tentador trasladar el problema valorativo a la calificación de la preterición (que es lo que hizo la Audiencia, con presumible buena intención, pero con imperfección técnica porque en nuestra opinión en el caso no se podía hablar de ningún modo de preterición intencional, aunque ello sea debatido en la doctrina). Por eso la insatisfacción que produce el hecho de que los resultados del litigio puedan depender de circunstancias azarosas o de una conducta inexigible de uno de los afectados, pero que condicionan la subsistencia de derechos ajenos y el mantenimiento de la propia voluntad del testador, nos lleva a un segundo intento de solución que podría llegar a resultados más justos.

Este intento debe partir del hecho indudable de que en el supuesto del caso no podía observarse un único defecto o vicio en la *voluntas testatoris*. No sólo existía la imprevisión relativa al nacimiento de un hijo con posterioridad al testamento (apta de suyo *ex re ipsa* para generar preterición si se dieran los demás presupuestos de ésta, según la tesis que consideramos preferible), sino que también existía un error (o imprevisión) en la condición de «reconocible» de la presunta hija y, por tanto, un casi seguro defecto causal en la institución testamentaria como heredera de esa «hija» del testador. O si se quiere decir de otro modo: la institución de heredero realizada se hace con la previsión, finalmente no cumplida, de que la instituida alcanzará la determinación de su filiación mediante el reconocimiento<sup>7</sup>.

Pensamos, en realidad, que se puede deducir, incluso de los escuetos términos con que conocemos el contenido del testamento y la institución de heredero efectivamente realizada, que dicha institución en dos tercios de la herencia se realizó en consideración al carácter de hija de la instituida a la que simultáneamente se reconocía como tal en el testamento<sup>8</sup>. Resulta también determinante en favor de esta interpretación el hecho de que se atribuya a la hija, como heredera, la cuantía legal de la legítima de los descendientes, mientras que se dispone en beneficio de terceros

7 Ciertamente, esta afirmación parece quedar contradicha por una línea jurisprudencial según la cual no quedan viciadas por error las menciones «de la condición de hijo extramatrimonial reconocido cuando el reconocimiento se anula luego, entendiéndose que no hay una clara expresión de la causa o motivo de la institución, ni en todo caso se ha probado que el causante, de haber podido conocer la nulidad del reconocimiento o la inexistencia de la filiación natural que le sirvió de base, hubiera dejado de hacer la atribución (SS 10 febrero 1942, 14 marzo 1964 y 5 marzo 1965). En el caso de la S 2 julio 1977 no constaba el reconocimiento del hijo natural designado heredero, pero se estimó que una cosa es la filiación que en definitiva corresponde al instituido y otra su designación como sucesor»: así LACRUZ, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, p. 262. Los marginales de las Sentencias citadas son: RJ 1942/169; RJ 1964/1423; RJ 1965/1289 y RJ 1977/3256. No obstante, pensamos que la solución de las mismas puede estar justificada desde el punto de vista que les era propio: la defensa de la voluntad expresada en el testamento, pues en todas ellas se ejercitaban acciones de impugnación del testamento por el hecho de tratarse de instituciones de heredero de hijos cuya filiación legalmente determinada terminó impugnándose con éxito. En nuestro caso, en cambio, no juega esta razón ya que la llamada como hija repudió el llamamiento testamentario, por lo que no se trataba de decidir la subsistencia de ese llamamiento, sino —si acaso— del resto del testamento. Por tanto si se aplicara la misma razón de las anteriores Sentencias a nuestro caso, los resultados de esa interpretación iban a ser, de forma refleja, contrarios a la voluntad expresada por el testador (no subsistencia de los legados). Quizá jugara también a favor de aquellas antiguas soluciones jurisprudenciales una razón de defensa de los derechos de los hijos naturales e ilegítimos, titulares de unos derechos legales muy menudados por aquel entonces, justificación que hoy tampoco tendría valor y que, en cualquier caso, no afectaría a nuestro supuesto de hecho.

8 Precisamente se escogía un mecanismo de determinación en el que no resultaba necesaria la colaboración del consentimiento de la hija, y partiendo además de una declarada ignorancia del testador sobre la existencia de una filiación paterna contradictoria, por cuanto ni siquiera conoce si la referida hija tiene determinada la filiación materna; punto, no obstante, este último en el que nos sería muy necesario tener en cuenta más datos fácticos que la Sentencia no ofrece.

de la totalidad del tercio libre. No parece caber duda de que se la instituye heredera como hija, en el mínimo legal imperativo, y precisamente como cumplimiento de ese deber legal<sup>9</sup>.

Por todo eso, resultando en nuestro caso finalmente ineficaz el reconocimiento testamentario de la filiación, opinamos que debiera ser también ineficaz la institución (*cf.* art. 767 C.c.) que no era más que el modo elegido por el testador para cumplir su deber legal de respetar la legítima. Y entonces, ya que no hay prevista otra solución por el testador, será necesario dar entrada parcial a la sucesión intestada (arg. art. 912,2.º, aplicable analógicamente, pues estrictamente el C.c. no se refiere en este precepto a la nulidad de la institución de heredero), lo cual significará el llamamiento legal supletorio del único hijo del causante cuya filiación está jurídicamente determinada. En la que entendemos que es la mejor doctrina, dicho llamamiento intestado debería entonces excluir la tacha de preterición del testamento incompleto, según justificaremos posteriormente.

La falta de iniciativa de la reconocida como hija para hacer valer el reconocimiento testamentario de su filiación, y la consiguiente repudiación del llamamiento testamentario que se le realizara, perjudica directamente a los legatarios. En Derecho romano, para evitar un problema hasta cierto punto similar, como era la decadencia de los legados por la repudiación del heredero testamentario, cuando éste era también llamado al abintestato para percibir así la herencia sin carga, el pretor concedió acciones ficticias a los legatarios, aunque ello condujera a una solución en contra del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*: solución que también se llegó a aplicar cuando la repudiación del llamado hacía que la herencia pasara al sustituto<sup>10</sup>.

Nótese, por otra parte, que la solución que hemos apuntado es también más ajustada a la hipotética voluntad del causante que, en trance de testar, dispuso del completo tercio libre a favor de extraños (a pesar de estimar que tenía una hija). Quizá por eso, incluso considerando que existía preterición y tachándola como de no intencional, tenga algo que decir el último precepto normativo del art. 814 C.c., que, salvada la legítima, proclama el respeto a la voluntad del testador. Este mandato normativo, aplicado al caso, nos lleva a considerar que no parece muy arriesgado suponer que, ante una nueva situación fáctica en lo que se refiere a la filiación, pero que presenta una composición de intereses similar a la tenida en cuenta en el testamento, el testador hubiera seguido manteniendo las mandas.

Pensamos, en definitiva, que el haberse desconocido la existencia de dos problemas en la voluntad del causante y haber mantenido que sólo se producía uno (la preterición no intencional),

9 Cosa que, por otra parte, no sucedía en las Sentencias acabadas de citar en la nota 7, en las cuales el testador no instituía en virtud de la existencia de un deber legal, sino con voluntad específica y en mayor cuantía de los eventuales deberes legales. En la de 10 de febrero de 1942: institución como único heredero del hijo natural (cuyo reconocimiento se discute); en la de 2 de julio de 1977: institución como único heredero de quien tiene la posesión de estado de hijo pero cuya filiación no está legalmente determinada; institución como herederos de los hijos ilegítimos no naturales del testador en la de 14 de marzo de 1964; en cambio, con los datos que tenemos, no nos es posible determinar el exacto contenido del testamento en la Sentencia de 5 de marzo de 1965.

10 *Cf.* D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1983, pp. 311-312, 345 n. 2 y 379; IGLESIAS, J.: *Derecho romano*, Barcelona, 2002, pp. 439-440; JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano*, Barcelona, 1965, p. 497. Todos estos autores se fundamentan en la tesis de LENEL, O.: *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927, pp. 363-364; a su vez basada en la nítida explicación de D. 29, 4, 1: «Ulpianus libro I. ad Edictum. Praetor voluntates defunctorum tuetur, et eorum calliditati occurrit, qui ommissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve eius possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex iudicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, et in eos actionem pellicetur»; en realidad, mayor proximidad con nuestro supuesto se advierte en la hipótesis, también invocada por LENEL, de C 6, 39, 1, pues establecía la misma solución en el caso de que los legados se perjudicaran por haber ido la herencia al sustituto.

puede haber sido determinante para llegar a la solución finalmente adoptada por la Sentencia que no parece la más justa atendidas esas circunstancias del caso, como intentaremos demostrar pormenorizadamente a lo largo de estas páginas, desarrollando los argumentos sobre cada uno de los puntos conflictivos que el supuesto presenta.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL RELATIVO A LA PRETERICIÓN

Para centrar definitivamente la solución más adecuada al supuesto litigioso, nos parece necesario profundizar en los grandes principios que gobiernan en nuestro sistema la figura de la preterición. A nuestro juicio la regulación codicial de la preterición deja un tanto en la sombra cuáles son los principios fundamentales o esenciales de la misma, lo que provoca –sin duda– las enormes divergencias que sobre la figura pueden observarse en la doctrina.

En efecto, sobre el régimen del instituto pesan dos consideraciones un tanto incompatibles entre sí. Por un lado la Ley reitera que, en general, la preterición produce como efecto el que la legítima quede salvada, sin ir más allá. Sólo se va más allá en los efectos legales de la preterición en el caso de que se pueda calificar como no intencional; es decir, tal como se suele traducir técnicamente, cuando el testador haya sufrido algún vicio de voluntad, o por imprevisión no haya contemplado la posible modificación futura de las circunstancias familiares. Se atiende en la norma, pues, a dos datos: la lesión total de la legítima que implica en general la preterición; pero, en algunos casos, se atiende también a la defectuosa formación de la voluntad (testamentaria, como explicaremos luego). Es obvio que la combinación de estos dos criterios tiene un gran potencial conflictivo. En primer lugar, porque la defectuosa formación de la voluntad es difícil de apreciar en relación con el incumplimiento de un deber legal que puede realizarse por cualquier título; por lo que nos vemos abocados a tener que calificar la preterición no intencional sólo con relación al testamento. En segundo lugar, y como consecuencia de esto último, porque resultan de solución dudosa aquellos casos en el que sin existir lesión total de la legítima, pueda presumirse algún defecto o imprevisión en la voluntad testamentaria. ¿Cuál será, entonces, el elemento al que se le de preponderancia en la calificación del supuesto como de preterición?

En nuestra opinión el problema radical del precepto del art. 814 C.c. es que en nuestro sistema sucesorio quizá no fuera necesaria una atención específica a las cuestiones relativas a la preterición no intencional. Por tanto, al realizar su última reforma se debiera haber replanteado la conveniencia de mantener un régimen específico para la preterición. Debe tenerse en cuenta que la doctrina anterior a 1981 estaba tan preocupada por corregir las reglas del art. 814 C.c. entonces vigente que no advirtió que probablemente lo más conveniente fuera no mantener la institución misma, ya que la existencia del amplio llamamiento a la legítima garantiza en todo caso la percepción mínima por el legitimario; y que, por otro lado, los casos de error o imprevisión del testador debían originar consecuencias diferentes que no debían involucrarse con las de la protección de la legítima<sup>11</sup>.

11 Así DE LA CÁMARA, M.: «Probablemente, la doctrina española partidaria de consagrar legislativamente la distinción se movió impulsada por el hecho de que conforme al artículo 814 anterior al vigente las consecuencias de la preterición intencional eran excesivas y de ahí los esfuerzos por introducir en el precepto la separación entre esta preterición y la errónea. Mas pensando en el futuro hubiera sido tal vez preferible que sólo se hubiese previsto y regulado la preterición intencional



De hecho, sabemos, porque así se manifestó en su día, que al plantearse la reforma de 1981, motivada entre otras cosas por la exigencia constitucional de igualdad entre las filiaciones, se suscitó la preocupación en el legislador de que al ampliarse el número de legitimarios, los herederos forzosos preteribles también crecían, pudiéndose originar una gran cantidad de casos de anulación de las instituciones de herederos. Por eso se decidió reformar una materia que no iba a ser objeto, en principio, de los trabajos legislativos, tal como explicaba la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de reforma:

debe explicarse el porqué de la reforma en materia de preterición de herederos forzosos. La doctrina había puesto de relieve la insuficiencia de las reglas del Código. Pero esto, por sí, no era suficiente para justificar su modificación en una Ley cuyo cometido principal no era corregir todas las deficiencias de nuestro sistema, por evidentes que pudieran parecer. Ahora bien, resulta claro que, con la reforma que en esta Ley se hace, pasan a ser legitimarios algunos ascendientes y descendientes que antes no tenían esa calidad: y que, respecto de ellos, sobre todo tratándose del testamento del abuelo o del nieto, serán más frecuentes los supuestos de preterición. Por eso se ha hecho necesario sustituir las escuetas reglas del Código civil por otras que, al distinguir entre las diferentes hipótesis de preterición, se estiman más justas y completas<sup>12</sup>.

A nuestro juicio, pese a estas buenas intenciones del legislador, no se consiguió con el nuevo art. 814 C.c. ni más justicia de las normas, ni una atención completa a los supuestos conflictivos, fe de lo cual dan los numerosos y complicados litigios sobre esta materia; y la disparidad de criterios existentes entre diversos órganos jurisdiccionales, por no referirnos a las hondas discrepancias doctrinales entre los autores. Un ejemplo eminente puede ser el supuesto al que ahora nos enfrentamos en que se advierte una discrepancia doctrinal de fondo entre los presupuestos exigibles a cada una de las formas de preterición.

En nuestra opinión, no obstante esa oscuridad o ambigüedad que se puede achacar al art. 814 C.c., éste parece traslucir que el peso fundamental de la institución lo tiene la protección de la legítima, ya que reitera ese principio en dos ocasiones; en el párrafo primero «la preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima» y en el último: «a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador»<sup>13</sup>. Esto significa que esta idea debiera ser clave en la interpretación de las dudas que pueda plantear el conjunto del precepto o alguno de sus detalles.

A la vista de lo anterior no está nada claro que deba mantenerse como fundamento de la institución la llamada por la doctrina legítima formal que era un concepto elaborado, en nuestro Código, a partir del originario artículo 814 (y que, en todo caso, concordaba mal si se la entendía como necesaria mención del legitimario en el testamento, con la norma del art. 815 C.c.)<sup>14</sup>.

---

con el alcance que ahora tiene prescindiendo, por tanto, de la preterición errónea, o mejor dicho, haciendo caso omiso de si la preterición fue o no intencional»: *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, pp. 184-185.

12 La cita procede de: *Código civil (Reformas 1978-1983)*. Trabajos Parlamentarios. I, Madrid, 1985, pp. 174-175.

13 Nos parece correcto decir, con RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La preterición en el Derecho común español*, Valencia, 1994, p. 179, que no cabe duda que los párrafos primero y quinto del actual artículo 814 imprimen un marcado carácter material a la institución de la preterición.

14 Así DE LA CÁMARA, M.: *Compendio, op. cit.*, p. 186: «Pienso que debe abandonarse en el Código civil el concepto formal de la legítima, y por tanto de la preterición, para darle el alcance que se corresponde con su finalidad. Preterición es en realidad todo supuesto de omisión total por parte del testador de su deber legitimario siempre que no consista en desheredación injusta, pues para ese caso está prevista una normativa específica. Cuando se habla de "legítima formal" se olvida que la preterición y la desheredación injusta subsisten en el Código civil no por razones formales sino para hacer efectivo el

No ignoramos que estas consideraciones, de ser admitidas, suponen una quiebra de los presupuestos históricos de la figura de la preterición, pero nos parece que eso no tiene porqué ser rechazable, ni que pueda calificarse como error doctrinal como a veces se lo califica<sup>15</sup>. Pensamos por tanto, que la posible inspiración del precepto diferente a la protección material de la legítima (desde luego existe esta otra inspiración) tiene un papel subordinado respecto de la intangibilidad cuantitativa (con independencia de cómo se quiera valorar esa opción legal: a nosotros nos parece adecuada e incluso demasiado tímida). Especialmente esta subordinación afecta a la idea (que desde el punto de vista histórico es originaria en la preterición) de que tras la preterición se encuentra la defensa de los llamamientos intestados, mediante el establecimiento de determinadas exigencias volitivas al testador<sup>16</sup>. No ignoramos que este fundamento, ahora subordinado, tiene a su favor la sólida trayectoria histórica de la figura, pero sostenemos que esa trayectoria comenzó a torcerse en nuestro Derecho a partir del Proyecto de 1851, y se consolidó con el definitivo Código.

Apoyan esta opinión varios argumentos. Primero, las ideas expuestas por García Goyena en sus comentarios al Proyecto de 1851. Segundo, el hecho de que desde siempre la norma ocupe un lugar central dentro de la disciplina de la sucesión forzosa, y no se encuentre ubicada en otros lugares que podría ocupar más razonablemente si su centro de gravedad fuera el de la correcta formación de la voluntad testamentaria. Tercero, y muy especialmente, el hecho de que la propia sistemática interna del actual precepto haya experimentado un nuevo avance respecto del Proyecto de 1851, y las redacciones anteriores, pues ahora se establecen unos efectos generales de la preterición que sólo se refieren a la protección de la legítima, con independencia de que esos efectos se particularicen cuando a la preterición producida se la pueda calificar como no intencional de hijos o descendientes.

Desarrollemos ordenadamente cada uno de estos argumentos.

Primero. García Goyena debió tomar partido por recoger o no la figura histórica de la preterición. Como es sabido, dicho remedio se gestó en una época del Derecho Romano en que no existía legítima material, pero se exigía que el testador tuviera en cuenta en el testamento a sus hijos, bien fuera para instituirlos bien para desheredarlos. Consecuencia de la preterición, es decir, de la omisión de los hijos, debía ser la nulidad del testamento<sup>17</sup>. Frente a ese sistema originario, los efectos de la preterición en el Proyecto de 1851 son más reducidos: sólo se anularía la institución de heredero, pero valdrían las mandas y mejoras en cuanto no fueran inoficiosas (cf. art. 644 Proyecto). La explicación de García Goyena destaca que «Su justicia resalta por lo exorbitante de nuestra legítima actual, comparada con las de los Códigos antiguos y modernos; por esto deberá regir, aun cuando el testador ignore la existencia del heredero forzoso»<sup>18</sup>. Se establece, pues, un

---

derecho del legitimario a la llamada (también mal llamada) legítima material o sustancial, si no se le ha dejado nada en pago de su legítima sin justificación legal bastante». También LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: «Algunos problemas de la preterición no intencionada de los hijos o descendientes», *RCDI*, 1988, p. 377: «parece deducirse que hoy el instituto de la preterición pretende salvar la legítima material de los herederos forzosos la preterición ha perdido el carácter formal que tuvo originariamente».

15 De ser un error, sería un error en el que participa el propio legislador, como no puede dejar de reconocer MIQUEL, J. M., en «Notas sobre la "voluntad del testador"», *op. cit.*, p. 176: «la doctrina se equivoca al relacionar la preterición no intencionada con la legítima. En realidad la preterición carece de sentido como institución relacionada con la legítima material. El párrafo último del art. 814 es expresión de ese error».

16 Cf. MIQUEL, J. M.: «La preterición», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, IV, Madrid, 2003, pp. 5339 y sigs.; en especial, cf. la opinión de ANTONIO GÓMEZ, citada en p. 5339.

17 La justificación del sistema está bien explicada por MIQUEL, *loc. cit.*

18 *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, p. 349.

interesante vínculo de la preterición con la mayor o menor amplitud de la legítima, aunque hay que advertir que la cuantía de la legítima actual es más reducida que la que establecía el Proyecto de 1851. El sentido de esa vinculación es que a mayor cuantía de la legítima menor justificación tiene la preterición<sup>19</sup>. Asimismo, los efectos quedan limitados incluso en la «preterición intencional» a la institución de heredero, sin afectar a mandas y mejoras (normalmente hechas con cargo a la porción disponible). En el artículo siguiente, antecedente inmediato del actual art. 815 C.c., que establece el complemento de la legítima, García Goyena comentó:

Por Derecho Romano y Patrio, para que tuviera lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuese por título de heredero; faltando este, 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. En el caso de preterición puede presumirse ignorancia o falta de memoria en el testador; en el de este artículo, no; deben, pues, ser diversos los efectos y de mayor trascendencia en el primero que en el segundo caso<sup>20</sup>.

De este modo quedó vinculado de nuevo el tratamiento de la preterición al caso en que se produjera una falta de previsión por parte del testador; de ahí que se pudiera fácilmente colegir que de no existir dicha imprevisión, los efectos legales eran de alguna manera injustificables y deberían ser únicamente los de completar la legítima del interesado (aunque el Proyecto no tradujera normativamente esta consecuencia tan coherente con sus propios presupuestos). Toda esta traducción normativa, que adolece de cierta falta de coherencia, está en la raíz de las posteriores discusiones doctrinales sobre los efectos de la figura, que desembocaron en la actual redacción.

Segundo. El argumento merece poco comentario porque es suficientemente claro. A pesar del indicado fundamento de la preterición como presunción de falta de memoria o ignorancia del testador, la ubicación de la norma fue y sigue siendo la legítima, y no las normas sobre la voluntad testamentaria, lo que indica la estrecha relación que tienen ambas instituciones. Esa relación hoy se ha estrechado significativamente porque el propio precepto vincula la preterición a secas, e incluso la no intencional (*cf.* art. 814, último párrafo), con la legítima material. Aquí se encuentra el origen de la posible conflictividad de la institución cuando existiendo imprevisión testamentaria, se produce una atención de la legítima del omitido por otro título diferente al testamento: ¿qué normas serán entonces de aplicación la del art. 815, o las del 814?

Tercero. Ahondando en las anteriores ideas, pero evolucionando en el sentido que nos parece más razonable, la actual redacción del art. 814 C.c. insiste en que el efecto propio y fundamental de la preterición es dejar incólume la legítima. En este sentido se debe tener en cuenta que ese efecto no se anuda a la intencionalidad de la preterición (porque también se predica de la no intencional), aunque sí se destaca con claridad que los efectos que de ahí excedan se justifican por la falta de intencionalidad del testador en algunos casos. En realidad esta última previsión de efectos más intensos termina por conducir a dificultades interpretativas de mucho calado (algunas de las cuales probablemente sean irresolubles). A nuestro juicio, no obstante la idea reiterada de la defensa de la legítima material supone haber profundizado aun más en las bases que ya

19 Subraya esta relación MIQUEL, J. M.: «Notas sobre la "voluntad del testador"», *op. cit.*, pp. 174-175: «no debe olvidarse que la preterición es tanto más importante en un Ordenamiento jurídico cuanto más libertad de testar exista en él, precisamente por ser un problema de falta de declaración de voluntad del testador. Su sanción debe ser independiente de la cobertura de la legítima sobre todo si esta es corta o muy corta».

20 *Concordancias, op. cit.*, p. 350.

se pueden advertir en el Proyecto de 1851, aunque probablemente sin haber llegado claramente hasta el fondo de las consecuencias de ese planteamiento.

Confesamos, por eso, que en nuestra opinión, se debiera haber profundizado todavía más en la dirección a la que ya García Goyena apuntó (lo extenso de la legítima de los hijos y descendientes aconseja moderar los efectos de la preterición) y haber prescindido incluso de la norma relativa a la preterición no intencional. En nuestra opinión la regulación específica de supuestos de preterición no intencional tiene una escasa justificación en un sistema de amplia y generosa legítima como es el propio del Código civil; y resulta asimismo difícilmente conciliable en la práctica con la posibilidad de atribuir la legítima por cualquier título (y, en general, con la mayor flexibilidad del testamento actual en relación con el romano, por ejemplo, con la posibilidad de la sucesión mixta). Otra cosa sería el papel de esta figura en sistemas en que la legítima material sea pequeña o inexistente, supuesto en el que la preterición no intencional asumiría una relevancia fundamental. Nos parece que con nuestra visión de las cosas se hace justicia al contexto originario en el que la institución surgió (un sistema en el que no existía, todavía, legítima material), que hace difícilmente coherente (y justificable, en suma) la figura en sistemas de legítima material amplia como es el nuestro.

En cualquier caso, y como conclusión, pensamos que la centralidad de la defensa de la legítima en los efectos de la preterición que manifiestan los párrafos primero y último del actual art. 814 C.c., debe ser tomada en cuenta a la hora de resolver algunos dilemas interpretativos que el precepto en su conjunto plantea (sobre todo en materia de preterición no intencional). A continuación nos ceñiremos a algunos de esos problemas que el supuesto y la Sentencia comentada plantean de forma directa o indirecta.

### **III. LA ATRIBUCIÓN EXTRATESTAMENTARIA HECHA AL LEGITIMARIO QUE ES OMITIDO EN EL TESTAMENTO, ¿EXCLUYE QUE PODAMOS CALIFICAR AL SUPUESTO COMO PRETERICIÓN?**

La cuestión enunciada en el epígrafe no tenía aplicación real al supuesto, porque en el caso el causante no había dispuesto de ningún modo en beneficio del hijo sobreviviente con posterioridad al testamento. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo que estamos comentando parece plantearse de pasada la posibilidad de que la donación posterior al testamento excluyera la existencia de preterición. Así, al definir la figura, se dice que la preterición «es la omisión del legitimario en el testamento, sin que éste haya recibido atribución alguna en concepto de legítima; en el presente caso, efectivamente, al hijo extramatrimonial del causante no se le menciona en el testamento (fue concebido y nació después de otorgado éste) ni nada recibió imputable a la legítima»<sup>21</sup>.

El tema es enormemente controvertido, por lo que debe ser expuesto con un poco de calma.

21 No obstante la propia Sentencia deja en la oscuridad si esta es una definición general de la institución o sólo vale para la preterición intencional: «La declaración de principio del mencionado artículo 814 es clara: la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima, tras cuyo principio declara los efectos distinguiendo si la preterición es intencional o errónea (no intencional, la llama). La primera se produce cuando el testador no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario, sabiendo (intencionadamente) que éste existe; la segunda, cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente (no otro) porque ignoraba (erróneamente) su existencia».

No parece que hubiera duda en la doctrina previa a la reforma de 1981 en que para evitar la preterición no era necesario instituir o desheredar al legitimario: se admitió que el legado al legitimario era suficiente para evitar la preterición, y ello gracias al artículo 815 C.c. que permite al testador dejar la legítima por cualquier título<sup>22</sup>. No se podía menos que reconocer que el sistema romano de preterición no coincidía con el vigente, porque el sistema legitimario había cambiado.

Hubo también cierta dirección doctrinal que sostuvo que la preterición sólo quedaba excluida si existía una mención testamentaria del legitimario para asignarle bienes en pago de la legítima. Es decir, no era suficiente la mención del legitimario para una finalidad que no fuera la de dejarle bienes, ni siquiera que dicha mención se hiciera para establecer la conexión con actos anteriores de atribución<sup>23</sup>. Este último punto, en cambio, fue más controvertido, pues algunos autores opinaron que era suficiente para eliminar la preterición la existencia de donaciones imputables a la legítima siempre que dichas donaciones se mencionaran en el testamento<sup>24</sup>.

En la postura del Tribunal Supremo se produjo una evolución. En una primera fase no se aceptó que la simple donación al legitimario evitara la preterición de éste, sino que se exigió que el acto de disposición fuera testamentario<sup>25</sup>. No obstante, en época más reciente, sólo se viene a exigir la referencia testamentaria a la donación<sup>26</sup>.

En la doctrina siguen esta última orientación: Roca-Sastre Muncunill, La Cruz Berdejo y Lledó Yagüe, en tanto que impuesta por la práctica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque no consideran teóricamente necesaria siquiera esa referencia testamentaria<sup>27</sup>. Opinan también que para apreciar la existencia de preterición es necesaria, conjuntamente, la falta de mención en el testamento y, además, la ausencia de disposición en favor del legitimario por título *inter vivos*: Cobacho Gómez, Díez-Picazo y Gullón, Albaladejo, Puig Brutau, de la Cámara y Rivera Fernández<sup>28</sup>.

Obviamente, se piense lo que se piense, la conducta aconsejable es la de que el causante refleje en el testamento la existencia de las donaciones a legitimarios, si quiere evitar contingencias que son absolutamente imprevisibles mientras vive, y de las que, razonablemente, debe querer precaverse para evitar la posible ineficacia de sus disposiciones testamentarias.

Sin embargo, en realidad incluso esta exigencia de mención testamentaria se compagina mal con la disposición del artículo 815 C.c., verdadera novedad del Proyecto de 1851, y después del

22 Vid., VALLET, J. B.: *Las legítimas*, I, Madrid, 1974, pp. 574-575, y allí referencias a autores y jurisprudencia.

23 Así ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio «moris causa»*, Sevilla, 1951, p. 243; otras referencias en VALLET, J. B.: *Las legítimas*, I, *op. cit.*, p. 596, nota 50.

24 Así, por ejemplo GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 101 y sigs., especialmente 103 y sigs.; y «Preterición formal y material y nulidad de la institución», *ADC*, 1969, pp. 343 y sigs.

25 Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1908, JC n.º 495.

26 Sentencias de 20 de febrero de 1981 (RJ 1981/534), y 15 de febrero de 2001 (RJ 2001/1484).

27 Cf., respectivamente, *Derecho de Sucesiones*, II, Barcelona, 1992, pp. 584 y sigs.; *Elementos*, V, *op. cit.*, pp. 546-547; «La donación debería servir para satisfacer la legítima formal, que también, como la material, puede cumplirse "por cualquier título"». Sin embargo, en la doctrina la mayoría exige, como mínimo, la mención en el testamento de la donación colacionable que se hizo al legitimario, y asimismo en la jurisprudencia la S de 17 de junio de 1908 estima que hay preterición cuando no se menciona en el testamento a un descendiente, aunque haya recibido éste donaciones *inter vivos* con el carácter de anticipo de legítima»; *Derecho de sucesiones*, vol. I, Bilbao, 1989, pp. 261 y sigs.

28 Respectivamente en «Notas sobre la preterición», *RDP*, 1986, pp. 407 y sigs., especialmente 410; *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 1989, pp. 484-485; *Curso de Derecho civil*, V, Barcelona, 1991, pp. 385-386; *Fundamentos de Derecho civil*, V, 3.ª, Barcelona, 1983, p. 173; *Compendio, op. cit.*, pp. 185-186; *La preterición en el Derecho común español, op. cit.*, pp. 218 y sigs.; ENARES NOCI, R.: mantiene una postura no totalmente clara: cf. «La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *RCDI*, 1988, pp. 1508 y sigs. y pp. 1530-1531.

Código, en materia de legítimas. El contenido de este artículo, parece no concordar demasiado con un concepto formalista de la legítima, aunque la formalidad sólo consista en la mención de la donación en el testamento: ¿cuál sería la base para entender que el título elegido por el causante para satisfacer las legítimas no sea suficiente en sí, sino que deba tener un reflejo en el testamento? Dicho con palabras de Lacruz Berdejo:

el concepto de legítima formal, dependiente de la interpretación del término preterición en el artículo 814, puede y debe adaptarse a la función que le compete en la economía de un sistema, como el nuestro, de legítima esencialmente material y predominio de la voluntad del causante<sup>29</sup>.

Por eso, desde hace tiempo hemos manifestado que nos parece preferible la tesis que consideraba que preterición y atribución imputable a la legítima eran radicalmente incompatibles, como parece admitir la Sentencia que estamos comentando (aunque, repetimos sin directa relación con el supuesto del pleito). Esta opinión, desde luego, reduce mucho el ámbito de la preterición, y por tanto, de la llamada legítima formal, pero resulta más coherente con el sistema legitimario en su conjunto<sup>30</sup>.

Obviamente la tendencia acabada de exponer resulta contradicha por aquellos autores que sostienen que existe un verdadero y positivo derecho del legitimario a ser mencionado en el testamento; y que este derecho de legítima formal debe distinguirse de forma rotunda de la legítima material. Se entendería por legítima en sentido material la porción de herencia que corresponde al legitimario por disposición de la ley; en cambio, legítima en sentido formal sería el deber del testador de recordar a los legitimarios en su testamento<sup>31</sup>.

Para esta opinión, entender que una atribución apta para satisfacer total o parcialmente la legítima material basta para satisfacer la legítima formal, no concuerda con los datos positivos y desdibujaría los perfiles de la preterición como figura autónoma. Con todo, se reconoce que en el Código civil por legítima se entiende fundamentalmente la llamada legítima material, aunque siga existiendo la legítima formal. En esta opinión, si la preterición no intencional buscara la defensa de la legítima material bastaría aplicar el mismo régimen que el artículo 814 C.c. establece para los otros casos de preterición. Si las consecuencias son diferentes, es porque mediante la preterición no intencional se trata de proteger la legítima formal; es decir, algún tipo de recuerdo

29 *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, pp. 178-179.

30 MANRESA, J. M., se mostró favorable a esta postura, aunque tuvo que ceder a la fuerza de los hechos de ser otra la interpretación que dio a la cuestión el Tribunal Supremo: «¿Deduciremos de aquí que el heredero forzoso, a quien el testador entregó durante su vida algo equivalente a su legítima, puede pedir la nulidad de la institución de heredero, si es preterido u omitido en testamento? Entendemos que no. El espíritu del artículo 815 resulta evidente: cuando el heredero forzoso no ha sido olvidado por el testador, cuando ha tomado algo de los bienes hereditarios, sólo puede reclamar que se le complete su legítima. La letra del artículo, aunque aplicable especialmente a las disposiciones testamentarias, no repugna su extensión a todo acto de disposición del testador por título lucrativo». *Comentarios al Código civil español*, tomo VI, volumen I, 8.ª ed. revisada por Martínez Calcerada, Madrid, 1973, art. 815, p. 668. De la misma opinión, aún aceptando que es otra la postura del Tribunal Supremo, ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio «mortis causa»*, *op. cit.*, pp. 244-245. Idéntica la opinión que expresa DE BUEN, D.: en las notas al *Curso elemental de derecho civil de Cofin-Capitán*, Madrid, 1981, pp. 513-514. Más referencias bibliográficas en VALLEJ, J. B.: *Las legítimas*, I, *op. cit.*, p. 595.

31 Deber que se mantiene pese a reconocerse que: «el vigente artículo 814.3 C.c. no contiene concepto alguno de preterición»: MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código civil*, Madrid, 1991, p. 140; «esa actitud inhibitoria no parece acertada»: REY PORTOLÉS, J. M.: «Comentarios a vuela pluma de los artículos de Derecho Sucesorio reformados por la ley 11/1981», *RCDI*, 1982, p. 329.

testamentario del legitimario, aunque se redujera a manifestar que nada se le dejaba por haber recibido donaciones en vida<sup>32</sup>. En realidad, estimamos que del régimen del Código más bien cabe deducir que la legítima se puede atribuir por cualquier título: existiendo esa atribución ya no cabe apreciar preterición, y quedaría suficientemente cubierta la exigencia de consideración por el causante de sus legitimarios.

Otra cosa es que se pueda deducir también del régimen del Código que cuando exista preterición y la omisión testamentaria obedezca a desconocimiento, imprevisión o error del testador, dicha preterición tenga efectos específicos sobre el testamento. Así, de hecho se hace: «si tal omisión obedece a error, desconocimiento o imprevisión del testador, parece lógico no mantener unas disposiciones testamentarias viciadas por la concurrencia de dicho error, desconocimiento o imprevisión en la voluntad que les da su valor jurídico»<sup>33</sup>.

Miquel González insiste, en esta misma línea, en la diferente función que tienen en nuestro Derecho la preterición intencional y la no intencional<sup>34</sup>. Para él, la primera sólo pretende dejar cubierta la legítima, mientras que la segunda «supone un defecto de voluntad, una voluntad basada en una imprevisión o en un error»<sup>35</sup>. La consecuencia de esta imprevisión o error del testador será la de dar entrada total o parcialmente a las normas de la sucesión intestada. Hasta ahí podemos estar de acuerdo, pero no más allá cuando se estima que la existencia de donaciones no excluye la preterición no intencional que es un problema de formación incorrecta de la voluntad testamentaria<sup>36</sup>. Ciertamente, desde el punto de vista histórico tendría razón, si no fuera por la absoluta novedad que el art. 815 U.c. supone en nuestro Derecho: el deber legitimario puede cumplirse por cualquier título. Por eso no se aprecia la necesidad de aplicar las normas de la preterición no intencional cuando ha existido alguna donación al legitimario: no es que deje de ser relevante el posible error o imprevisión en el testamento, es que el cauce excepcional o especial para su apreciación que supone la preterición ya no tiene sentido. Si es que se mantiene *in casu* la relevancia del error testamentario, éste deberá probarse por el cauce ordinario (cfr. art. 767 C.c.), mucho más exigente desde el punto de vista probatorio.

#### IV. EL TESTAMENTO QUE NO DISPONE DE TODOS LOS BIENES DEL TESTADOR, ¿PUEDE SER TACHADO DE PRETERICIÓN?

Frente al problema analizado en el apartado anterior, que se suscitó en la Sentencia de un modo meramente teórico, la cuestión verdaderamente producida en el supuesto, aunque en nin-

32 MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Preterición y Derecho de representación en el artículo 814.3 del Código civil*, *op. cit.*, pp. 143-144. Pero insiste en que «en realidad los derechos de los legitimarios se descomponen en dos grupos: los relativos a la legítima material, y los relativos a la preterición; la satisfacción de unos no arguye nada respecto a la de los otros, que requieren autónomamente su propia satisfacción» (loc. cit. nota 188).

33 Así MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *op. cit.*, pp. 146-147.

34 De hecho afirma que la solución a la pregunta que nos estamos haciendo «depende sobre todo de si la preterición es intencional o no»; en el primer caso, la donación excluye la preterición, pero no en el segundo; cf. «La preterición», *op. cit.*, pp. 5346-5347.

35 *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, *op. cit.*, pp. 1286-1287.

36 *Comentarios*, *op. cit.*, p. 1286. Participa de esta misma opinión GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I.: *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los derechos civiles forales*, Granada, 2004, pp. 208 y sigs. En una línea parecida, BOLÁS ALFONSO, J.: entiende que la institución se dirige a la protección de la legítima material y que las especialidades en el caso de la preterición no intencional obedecen a la existencia de una voluntad testamentaria mal formada: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *op. cit.*, p. 204.

gún momento se atendiera a su consideración por los Tribunales, es que el testamento no se podía considerar que dispusiera de todos los bienes. En efecto en el caso se revelaba de forma palmaria que la institución de heredero se encontraba fundada en el presupuesto falso de que la instituida era hija del causante, porque el reconocimiento realizado era viable. Fallando ese presupuesto no parece que la institución se debiera mantener, con lo que se hacía necesario realizar el llamamiento legal en la cuota vacante (dos tercios).

Quizá alguno estuviera tentado de poner en duda que los Tribunales que conocen del caso pudieran haber estimado, sin tacha de incongruencia, la causa falsa en la institución de heredero sin que ello hubiera sido alegado por las partes. A nuestro juicio, efectivamente la cuestión es algo problemática porque los litigantes mantuvieron su discrepancia en los estrechos límites de la preterición. No obstante, el propio artículo 814 C.c., en su último párrafo daría pie a una apreciación directa por el Tribunal de la falsa causa de la institución, al ordenar que en los casos de preterición se atiende, salvada la legítima, a la voluntad del causante. Ello queda perfectamente justificado en un caso como éste en el que la falsedad de la causa queda revelada en sí misma por los términos de la declaración testamentaria y los hechos alegados y probados por las partes en el proceso como presupuestos necesarios para la determinación de los efectos de la preterición (ineficacia ulterior del reconocimiento testamentario de la filiación). En cualquier caso, no nos interesa tanto valorar si el proceder de la Sentencia fue correcto desde el punto de vista procesal, como el análisis sustantivo del caso.

Si las cosas eran así, entonces nos encontraríamos ante un supuesto de testamento que no abarca la totalidad de la herencia, por decadencia de la institución de heredero, con lo que debería abrirse parcialmente la sucesión intestada, con el consiguiente llamamiento al hijo. En ese caso, pensamos que ya resulta imposible anular el testamento por preterición alegando que al testar no se tuvo en cuenta al hijo que nacería tiempo más tarde. A nuestro juicio, esta es una de las materias en las que resulta interesante desde el punto de vista interpretativo tener en cuenta que el planteamiento del Código apunta a que la protección de la legítima es la principal finalidad de la preterición. Como en este caso la legítima se encuentra perfectamente garantizada, sería innecesario acudir a esa figura de la preterición no intencional.

En este sentido, nos alineamos con aquellos autorizados autores que consideran que la apertura parcial de la sucesión intestada evita en todo caso la posible alegación de la preterición<sup>37</sup>. Ciertamente algunos de ellos parece que están pensando en que en este caso la preterición resulta excluida porque el causante, de algún modo, prevé la entrada parcial de la sucesión intestada, al disponer parcialmente de sus bienes<sup>38</sup>. Pero esta exigencia de cierta voluntariedad del causante (aparte de las dificultades que plantearía su concreta apreciación en cada caso) no nos parece

37 Así de forma detallada, RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La preterición en el Derecho común español*, op. cit., pp. 174 y sigs.; es también la tesis de LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, V, op. cit., p. 548, y antes en *Derecho de Sucesiones*, II, Barcelona, 1973, pp. 173-174; ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho civil*, V, pp. 385-386, nota 1; COBACHO GÓMEZ, J. A.: «Notas sobre la preterición», op. cit., p. 409, nota 33; LINARES NÓCI, R.: «La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981», op. cit., p. 1521. Todo ello, claro está, con independencia del posible ejercicio por el legitimario, en la medida en que sea necesario, de la acción de suplemento de la legítima: así lo afirman expresamente, entre otros, RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La preterición en el Derecho común español*, op. cit., p. 175 y LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, V, op. cit., p. 548.

38 Puede verse esa orientación en VALLET, J. B.: *Las legítimas*, I, op. cit., p. 618: «si la sucesión intestada tiene lugar, siquiera sea tan sólo en parte, resultará que por ella serán llamados los legitimarios y así, propiamente, no habrá lugar a la preterición, sino, en su caso, al ejercicio de la acción de complemento, por cuanto hay que entender que el testador en aquella parte de la que no dispuso se remitió a las reglas de la sucesión intestada».



necesaria, al menos desde el punto de vista de la norma actual, que insiste mucho más que la precedente en la idea de que el fundamento de la preterición es la protección de la legítima; protección que no requiere necesariamente la colaboración del causante, sino que puede quedar encauzada, perfectamente, a través de las normas de la sucesión intestada.

El siguiente paso en esta última dirección (que nos parece algo equivocada) lo dan los autores que consideran que podría existir preterición, están hablando de la no intencional, si la causa del llamamiento intestado fuera un supuesto «imprevisto» por el testador<sup>39</sup>. En el presente caso, a tenor de esta opinión, la solución no estaría del todo clara, porque aparentemente la voluntad del causante fue la de disponer de todos los bienes y no la de apuntar implícitamente a la sucesión intestada. Los llamamientos legales, puesto que la institución testamentaria de heredero tenía una causa falsa, funcionarían aquí con independencia de una implícita voluntad del causante que pueda verse en otros casos de apertura de la sucesión intestada; parece que entonces, para estos autores, el testamento, aún cuando permitiera la sucesión mixta, incurriría en preterición.

Finalmente, parece minoritaria la tesis doctrinal de que la apertura parcial de la sucesión intestada no impide, nunca, que se pueda apreciar preterición no intencional en el testamento<sup>40</sup>. En el supuesto práctico que estamos comentando las consecuencias de esta opinión serían, de nuevo, la de entender producida la preterición.

Por nuestra parte nos parece que se debe insistir en que si bien existen dos regulaciones diferentes para la preterición, lo cierto es que el propio Código insiste en que lo esencial en cada uno de ellos es que debe quedar cubierta la legítima y, en lo demás, respetar la voluntad del testador. Pensamos además que se debe entender, que el concepto de preterición no debe ser múltiple, sino único (aunque la no intencionalidad cualifique algunos efectos), y además estar iluminado desde la trascendental norma del art. 815 C.c.: en virtud del cual la atribución de bienes con cargo a la legítima excluye la existencia de preterición, pues da derecho solamente al suplemento. Siendo ello así, para estimar la existencia de preterición será necesaria la ausencia absoluta de atribución, aunque sea *inter vivos* o provenga de los llamamientos intestados, en favor del legitimario. Adicionalmente, en algunos casos, sería necesario que la razón de la omisión testamentaria de los legitimarios fuera inconsciente. Por ello si al testador, después de otorgado el testamento, le sobrevienen nuevos descendientes estaríamos ante un típico caso de preterición no intencional, que cualifica los efectos generales de la misma. Pero dicho causante podría, para que su testamento no sea tachado de preterición, o bien modificarlo, o bien realizar donaciones en favor de los nuevos legitimarios (nada de lo cual sería necesario si el testamento es parcial y los legitimarios resultaran llamados de forma intestada). La atribución imputable a la legítima, cualquiera de ella, tiene poder suficiente para excluir la preterición, como deriva de una correcta

39 Así BOLÁS ALFONSO, J.: *La preterición tras la reforma...*, op. cit., p. 200, nota 25 bis: «cuesta trabajo admitir que en el supuesto de que se abra la intestada, porque quede fuera del reparto testamentario algún bien, queda sanada legalmente la preterición. Entiendo que no habrá preterición si el testador ha pretendido dejar el bien al omitido, que lo recibirá por abintestato, a modo de legado legal. Pero fuera de este supuesto de laboratorio, hay que tener en cuenta que la preterición es un vicio testamentario y no pertenece a la patología de la herencia, sino a la del testamento»; parecidamente, con más extensión y claridad: MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código civil*, op. cit., pp. 104-106; parece aceptar también este último planteamiento LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *Derecho civil (V) Derecho de sucesiones* (coord. Capilla Roncero), Valencia, 1999, pp. 415-416.

40 Así MIQUEL, J. M.: «Preterición y argumento histórico», en PERALTA ESCUER (ed.): *Derecho y argumentación histórica*, Lérida, 1999, p. 67, nota 15: «La idea de que si se abre la sucesión intestada tampoco hay preterición, en un Ordenamiento como el nuestro que admite sin problemas y como regla la compatibilidad de la sucesión testada e intestada, conduce a ignorar el problema de la preterición no intencional»; también GARROTE, L., op. cit., pp. 204 y sigs.

comprensión del sistema legitimario en nuestro Código civil, cuyo precepto fundamental a estos efectos es el 815.

En la preterición no intencional: ¿cómo conjugar la necesidad de privación total de la legítima con la existencia de un posible vicio de la voluntad? En efecto, podría ocurrir que un testador realizara un testamento omitiendo por error o imprevisión a alguno o todos sus legitimarios; que, posteriormente, cuando viniera a conocer la existencia de dicho legitimario, realizara en favor del preterido una donación en pago de su legítima; y que, sin embargo, se entienda que el vicio testamentario subsiste. ¿Cómo entonces considerar válido ese testamento? La dificultad no existe, pues si se demuestra el vicio de la voluntad testamentaria, los criterios de solución de la norma sobre preterición no tienen que interferir en la posible apreciación del error. Por ello, si los afectados consideran que las disposiciones testamentarias se encuentran viciadas deberían demostrarlo por la vía ordinaria (art. 767 C.c.); lo único que sucedería es que el mecanismo de la preterición no intencional ya no sería aplicable.

Entendemos que la liberación del testamento de cualquier formalidad «interna» (*cf.* artículo 764 C.c.), y la libertad amplísima en cuanto al modo de cumplir con el deber de legítima (*cf.* artículo 815 C.c.) resuelven la cuestión del concepto legal de preterición de modo suficiente en los términos explicados, si no nos empeñamos en tropezar con ella. En consecuencia, bajo este punto de vista opinamos que en el supuesto litigioso no podía apreciarse siquiera la existencia de preterición. No obstante, reconocemos que para que ello se hubiera impuesto en el caso, había que superar algunos obstáculos difíciles: primero, la posible tacha de incongruencia (que opinamos que no sería tal) a la que se hubieran arriesgado los Tribunales si hubieran sostenido que la institución hereditaria era ineficaz por error en la causa; segundo, la debatida calificación como preterición del supuesto en que se abre parcialmente la sucesión intestada. Por eso es comprensible que para los Tribunales de instancia que conocieron del caso, resultara hasta cierto punto más sencillo residenciar la solución del caso en el problema de si la voluntad propia de la preterición podía desplazarse desde el momento de otorgamiento del testamento hasta el de la muerte del causante. Constituye este problema el objeto propio del siguiente apartado.

## **V. MOMENTO EN QUE DEBE SER APRECIADA LA VOLUNTAD MAL FORMADA PROPIA DE LA PRETERICIÓN NO INTENCIONAL**

Acabamos de apreciar que la figura de la preterición se dirige hoy en alguna de sus manifestaciones a proteger la correcta formación de la voluntad testamentaria. Ahí pudiera verse un vestigio de la subsistencia de la llamada legítima formal. En realidad, los efectos generales de la figura de la preterición ya no tienen nada que ver con la legítima formal, porque no imponen unas consecuencias más allá de la protección de la cuota material de legítima. Se dirigen a proteger simplemente la legítima material, y en ese resultado agotan sus consecuencias. En cambio, la figura de la preterición no intencional se refiere a la correcta formación de la voluntad testamentaria, por lo cual resulta hasta cierto punto incoherente que esa materia se regule en sede de legítima, pues se trata de un problema ajeno a este lugar, y más propio del destinado a la formación de la voluntad testamentaria.

Aparte de constatar la no intencionalidad, para la apreciación de la existencia de este tipo cualificado de preterición el dato preliminar que hay que tener en cuenta es que exista una carencia absoluta de atribución en favor del legitimario. Por tanto, cuando exista una atribución en

favor del legitimario omitido en el testamento, sea anterior o posterior al mismo, la posibilidad de apreciar la preterición queda excluida.

Se ha objetado que: «la preterición no intencional supone un defecto de la voluntad, una voluntad basada en una imprevisión o en un error. ¿Tal error deja de ser relevante porque el hijo o descendiente haya recibido parte de su legítima?»<sup>41</sup>. La objeción quedaría resuelta si se tuviera en cuenta que la imposibilidad de calificar el caso como de preterición no lleva a excluir la virtualidad reconocida al error: si verdaderamente existe error invalidante la voluntad testamentaria podrá ser combatida por la vía abierta por el artículo 767 C.c.<sup>42</sup>. Para invalidar en este caso la voluntad testamentaria mal formada no sería posible acudir a la norma sobre preterición, porque propiamente no existe preterición; pero la Ley tampoco impone regirse por una voluntad mal formada, y, por eso, ofrece una solución satisfactoria: la impugnación del testamento o algunas de sus cláusulas por vicio de la voluntad.

Admitida en el Código la doble modalidad de los efectos de la preterición será necesario calificarla en cada caso particular como intencional o no intencional. En la doctrina se plantean la duda de cuándo debe apreciarse la voluntad que permite calificarla de intencional, pero las respuestas no han alcanzado una satisfactoria uniformidad. Manifestación de ello lo tenemos en la diversidad de pareceres de la Sentencia casada<sup>43</sup>, y la ahora comentada<sup>44</sup>.

En un principio parecería lógico pensar que, puesto que se trata de la ineficacia de parte del testamento por la mala formación de la voluntad, habría que aplicar a esta materia las conclusiones doctrinales sobre la interpretación de la voluntad testamentaria. En este sentido es pacífica en la doctrina española la idea de que si un testamento, o alguna de sus cláusulas fueron establecidas a causa de error determinante de la voluntad, la posterior corrección de la voluntad del testador no sana el vicio testamentario, a menos que se exprese de nuevo en forma testamentaria<sup>45</sup>. Esto implica, en materia de preterición no intencional, que no puede modificarse la calificación de la omisión simplemente por el hecho de que antes de morir el causante conociera la existencia de los legitimarios omitidos en el testamento. En favor de esta interpretación, en sus líneas generales, se muestran Miquel González, de la Cámara, Lledó Yagüe y Garrote<sup>46</sup>.

No obstante, un importante grupo de autores entiende que la calificación como no intencional de la preterición debe hacerse no sólo teniendo en cuenta los datos que tenía el testador al hacer testamento, sino también la evolución posterior de dicha voluntad. Es decir se pretende extraer consecuencias del mayor o menor tiempo transcurrido entre la entrada en conocimiento de la existencia del legitimario y el fallecimiento del testador, o, incluso, de las relaciones existentes

41 MIQUEL, J. M.: *Comentarios, op. cit.*, pp. 1286-1287.

42 Para la exégesis de este precepto: GORDILLO CAÑAS, A.: «El error en el testamento», *ADC*, 1983, pp. 747 y sigs. También en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo X, volumen 1.º, 1987, comentarios a los artículos 767.1 y 773. Allí referencias a otros autores.

43 Audiencia Provincial de Cádiz, de 5 de junio de 2000, JUR 2000/268573, en tesis también compartida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 12 de mayo de 2001, AC 2001/1598.

44 Que cita en el mismo sentido las SSTs de 30 de enero de 1995, RJ 1995/388 y 23 de enero de 2001, RJ 2001/997; están a su vez comentadas, la primera, por RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *CCJC*, n.º 38, 1995, pp. 693 y sigs.; la segunda por MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Preterición no intencional. Momento decisivo para juzgar la no intencionalidad», *RdP*, 9, 2002, pp. 531 y sigs. y el propio RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *CCJC*, 56, 2001, pp. 753 y sigs.

45 JORDANO BAREA, J. B.: *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pp. 81 y sigs. y 111 y sigs.; *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo IX, volumen 1.º A, Madrid, 1990, pp. 247 y sigs., y 266 y sigs.; *Teoría general del testamento*, Valladolid, 1965, pp. 28 y sigs.

46 Respectivamente en *Comentario, op. cit.*, p. 1296; *Compendio, op. cit.*, p. 192; *Derecho de sucesiones, 1.ª op. cit.*, p. 290; *El testamento, op. cit.*, pp. 176 y sigs.

entre el preterido y el testador, de los conocimientos jurídicos de éste, etc. La opinión, desde luego es razonable, teniendo en cuenta el nuevo enfoque legal de la figura, como protectora de la legítima material<sup>47</sup>.

No se deja de reconocer por algún autor que sería más coherente con la naturaleza del testamento como acto perfecto y completo en el momento de su suscripción, estimar en ese momento la existencia de la voluntad calificadora de la preterición; pero esa solución no sería compatible con el hecho de que la preterición quede excluida por la donación posterior al legitimario. En consecuencia, sería en el último momento de la vida del causante cuando se podría calificar la preterición como no intencional<sup>48</sup>.

En nuestra opinión encontramos aquí una dificultad que es consecuencia de la cierta incoherencia legal de nuestro art. 814 C.c. Pese a ello, pensamos que intentar averiguar la razón por la que el causante no dispuso por donación o no testó de nuevo a favor del legitimario omitido en el primer testamento introduce una exigencia probatoria por completo imposible en la práctica totalidad de los casos, además de incompatible con las normas que gobiernan la interpretación de los testamentos. Por eso, si se quiere que la preterición no intencional tenga una mínima aplicabilidad y sentido debe seguir refiriéndose al testamento; y, por tanto, remitirse a las circunstancias conocidas y previstas por el testador en ese momento. Así, si la omisión en el testamento se produjo por desconocimiento del testador, esta omisión será siempre no intencional, aunque posteriormente conozca la existencia del legitimario y voluntaria y conscientemente no lo modifique. Otra cosa es que, como el causante puede cumplir su deber legitimario de modo extratestamentario, hoy en día no sea rigurosamente exigible otorgar un nuevo testamento para evitar las consecuencias de la preterición no intencional. En suma, lo que puede quedar excluido de modo extratestamentario es la preterición, no el carácter claramente no intencional de la omisión testamentaria. Por eso los casos en que no haya disposición a favor del legitimario, una vez conocida su existencia, no pueden recalificarse como preterición intencional; lo único que puede hacer el causante cuando llega a conocer al legitimario es evitar la preterición, disponiendo a su favor, mediante donaciones o un nuevo testamento.

Cuando no realice nada de esto no puede entenderse que existe intencionalidad sobrevinida a la inicial preterición no intencional. Entonces, ¿qué valor a este respecto tiene la voluntad posterior al testamento que se refleja en la realización de una donación? Es interesante responder a esta cuestión porque se podría argumentar que de seguirse esta explicación estaríamos dando valor convalidatorio de un testamento viciado a una voluntad no formal. Sin embargo creemos que se trata de otra cosa. Calificaríamos el caso como de desaparición del supuesto de hecho que justifica la preterición (la privación total de la legítima) mediante actos de suyo idóneos para la

47 Optan por esta interpretación autores como REY PORTOLÉS, BOLÁS ALFONSO, LINARES NOCI, LA-CRUZ BERDEJO y RIVERA FERNÁNDEZ; respectivamente en «Comentarios», *op. cit.*, pp. 346-347, y nota 1113; «La preterición tras la Reforma de 13 de mayo de 1981», *op. cit.*, pp. 197-198; «La preterición», *op. cit.*, pp. 1537 y sigs.; *Elementos*, V, *op. cit.*, p. 552; «en los casos más frecuentes de testamento otorgado antes y superveniencia de hijos después, pienso que la no intencionalidad queda demostrada *ex re ipsa*, es decir, por la no existencia de hijos o descendientes en el momento de testar, y quien alegue que luego el causante omitió intencionalmente revocar el anterior testamento, deberá probarlo»; *La preterición en el Derecho común español*, *op. cit.*, pp. 261 y sigs.

48 *Íbid.*, en este sentido: RIVERA, M., *op. cit.*, p. 264; «Al momento del otorgamiento testamentario podremos apreciar la intencionalidad, o inintencionalidad, en la privación de los títulos sucesorios de tal carácter que evitan la preterición: heredero o legatario. Pero, será al momento del fallecimiento cuando se podrá apreciar la intencionalidad, o inintencionalidad, en la privación de los títulos *inter vivos* susceptibles de evitar la preterición. No admitir dicha interpretación supondría estimar que solo, y exclusivamente, los títulos sucesorios testamentarios evitan la preterición de los herederos forzosos».

satisfacción de dicha legítima. Desaparecida la razón de ser de defensa de la legítima, y manifestada en forma jurídicamente suficiente la voluntad del causante sobre sus legitimarios, carece de sentido reaccionar contra el testamento. A estos efectos pesaría sobre el legislador el hecho de que la elección del título por el cual se atribuye la legítima a cada legitimario corresponde al causante. En otras palabras: a los efectos de la legítima es indiferente que la atribución de los derechos correspondientes se haga en testamento o por contrato gratuito *inter vivos*; por lo cual no es que el hipotético vicio de la voluntad quede excluido a consecuencia del acto *inter vivos*, sino que el testamento resulta convalidado o sanado en su defecto de preterición. Por supuesto que el testamento podría seguir considerándose viciado, pero su impugnación no podría hacerse por vía de preterición —no la hay—, sino por la vía que ofrecen los supuestos específicos de los vicios de la voluntad que afectan a las concretas cláusulas testamentarias, en el caso de que se logre demostrar tal vicio (cosa, por otra parte, difícil).

Probablemente los problemas interpretativos anteriores se producen por la utilización por el legislador de dos ideas incompatibles en el artículo 814. Así, por un lado, la conceptualización de la preterición en general como una lesión material de la legítima; y, por otro, la utilización de esa misma figura de la preterición para la defensa de la correcta formación de la voluntad testamentaria. Esas dos finalidades, al intentar coordinarse, producen disfunciones, porque siendo evidente que a la legítima material se puede atender mediante actos *inter vivos* (es el sentido del artículo 815 C.e.), también lo es que una atención de la legítima por un acto *inter vivos* no garantiza la correcta formación de la voluntad del testador en lo que a los legitimarios se refiere. Por eso pueden existir casos en los que aún respetándose la legítima material, la voluntad testamentaria esté mal formada, por error o imprevisión.

Precisamente esta duplicidad de enfoques o de intereses protegidos por la norma, trae causa de la crítica doctrinal a la redacción del precedente artículo 814 C.e. Las críticas se referían a la amplitud de unos defectos que no se consideraban convenientes si el testador incumplía conscientemente su deber legítimo. De ahí que se propugnara el mantenimiento de la preterición en los casos en que el testador no tuviera presentes a sus legitimarios al ordenar su sucesión. Pero la doctrina no se percató de que si se admitía en toda su extensión la innovación del artículo 815 C.e. la constatación de la voluntad testamentaria podía verse interferida por la voluntad dispositiva *inter vivos*.

Pero entendemos que sólo la voluntad positivamente manifestada en cumplimiento del deber de legítima, aunque sea a través de una donación, puede excluir la apreciación de la preterición no intencional. Si no se produce esa donación, al haberse incurrido en preterición, y al existir un testamento en que no se tuvo en cuenta al legítimo, no hay más remedio que considerar la preterición como no intencional, con independencia de las causas que movieran al causante a no revocar el testamento o a no disponer de bienes de otro modo a favor del legítimo. Es esa la tesis de la Sentencia comentada y nos parece enteramente correcta, como afirmación general y teórica, aunque —como ya hemos explicado y justificado— pensamos que no correspondía al caso litigioso la aplicación de esa doctrina, porque nos parece que ponderando bien los datos fácticos debíamos concluir que no estábamos ante un supuesto de preterición.

## VI. LA POSIBILIDAD DE ENTENDER QUE LOS EFECTOS DE LA PRETERICIÓN NO INTENCIONAL PUEDEN RESULTAR MITIGADOS SI ELLO SE APOYA EN LA VOLUNTAD DEL TESTADOR

Llegados a este punto, queremos continuar para intentar convencer al que todavía no lo estuviera de que la solución del Tribunal Supremo, aunque teóricamente impecable, puede ser combatida por otra vía, aunque se considere que el caso es de preterición no intencional. Pensamos que no es necesario llegar a este punto, pero como reconocemos que sobre la preterición existen pareceres doctrinales muy diversos y es bien posible que muchos no compartan las conclusiones a las que hemos llegado hasta ahora, propondremos una última argumentación.

En el caso de preterición no intencional de todos los descendientes, caso que dialécticamente vamos a suponer que se produce aquí, el efecto que se establece legalmente es la anulación de todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. Es un efecto que lógicamente produce la apertura de la sucesión intestada y la aplicación de sus llamamientos. Es claro el planteamiento legal y clara también la consecuencia: el testador ignoró de modo absoluto la existencia de legitimarios y, por ese hecho, las cláusulas patrimoniales del testamento no valen y deben ser sustituidas por la previsión subsidiaria de la Ley.

Ahora bien, en nuestro caso la relación directa entre el vicio de la voluntad y los efectos legales de la misma no resaltan con toda claridad, porque ciertamente el testador no tuvo en cuenta a *todos* sus definitivos legitimarios (finalmente uno sólo), pero sí tuvo en cuenta a quien reputó como legitimario en el momento de testar. En esa tesitura valorativa, que probablemente no es la que la Ley tuvo en cuenta al establecer los efectos de la preterición no intencional, porque es algo alambicada e infrecuente, el testador dejó la legítima a dicho legitimario putativo y dispuso del tercio libre a beneficio de extraños. Nos dejó claro el testador dos cosas: que a quien consideraba legitimario sólo quería dejarle su legítima; y que había concretos terceros a los que consideró destinatarios del completo tercio libre, a pesar de concurrir con un legitimario descendiente. No resulta, en cambio, tan claro que la solución legal de anular el testamento en todas sus disposiciones patrimoniales resulte ajustado a la voluntad presumible del testador, de la que ha dado suficiente muestra el testamento. Posiblemente para evitar ese efecto, es decir, para detener las consecuencias a las que llevaría la aplicación literal del párrafo segundo, haya que recurrir al último párrafo del artículo 814 C.c. que dispone que a salvo la legítima, debe tener preferencia lo ordenado por el testador también en los supuestos de preterición no intencional.

Es frecuente que se diga, que dicho párrafo significa que toda la materia de la preterición se hace dispositiva para el propio testador, con tal de que las legítimas materiales queden cubiertas<sup>49</sup>. Se quiere decir con ello que el testador, teniendo en cuenta esto último, puede regular del modo que tenga por conveniente los efectos que deba producir sobre su testamento una eventual preterición. Con ser cierto lo anterior, aunque algo problemático en algún caso, como ha explicado algún autor<sup>50</sup>, pensamos que el precepto dice algo más, pues no requiere la expresión de una voluntad concretamente previsora sobre el modo de corrección de la preterición sino que salva en general y sin condiciones la voluntad dispositiva del testador siempre que sean satisfechas las

49 Así, expresamente, REY PORTOLÉS, J. M., *op. cit.*, p. 359. De acuerdo, sustancialmente, pese a la diversidad de acentos: COBACHO GÓMEZ, J. A.: «Notas», *op. cit.*, pp. 415-416; LINARES NOCI, R., *op. cit.*, pp. 1579 y sigs.; VALLET, J. B.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, XI, Madrid, 1982, pp. 204 y sigs.; BOLLAS ALFONSO, J., *op. cit.*, pp. 195 y sigs.; GARROTE, I.: *El testamento*, *op. cit.*, pp. 161 y sigs.

50 Cf. MIQUEL, J. M.: «La preterición», *op. cit.*, p. 5345, nota 25.

legítimas. Creemos, por tanto, que la dicción de la Ley permite sostener, con de la Cámara, que «lo establecido en el propio precepto está subordinado a lo que resulte de la interpretación del testamento en tanto del mismo se pueda deducir cuál hubiera sido la voluntad del testador en el caso de haber previsto la preterición»<sup>51</sup>.

Ello parece que significa la necesaria atención a la voluntad testamentaria en los casos en que los efectos legales no se adecuen bien a la voluntad del testador, según pueda deducirse de la interpretación del testamento. En nuestro caso, nos parece que estaríamos ante un ejemplo muy claro de la virtualidad de esta previsión legal: el testador parte en su testamento de una situación fáctica legitimarios/extraños similar a la existente en el momento de su muerte, pero realmente diferente a ésta en cuanto a la identidad de los legitimarios. Por ese motivo ofrece suficientes y razonables elementos de juicio para pensar que las disposiciones testamentarias hechas con cargo al tercio libre no debían ser anuladas, aunque luego se produjeran circunstancias por completo imprevistas que pudieran calificarse como preterición.

51 *Compendio, op. cit.*, pp. 192-193; *vid.* ALBALADEJO, M.: en opinión expresada antes de la reforma: «Para una interpretación del artículo 814,1 del Código civil», *RDP*, 1967, p. 1024.