

# Planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que han precedido a la nueva regulación legal de la preterición (\*)

Por RAFAEL LINARES NOCI

Profesor titular interino de Derecho civil. Universidad de Córdoba

**SUMARIO:** I. LOS CONFUSOS PRINCIPIOS DE LA SUCESIÓN «MORTIS CAUSA».—A) *Herederos forzosos: una condición legal.*—B) *Herederos forzosos: una expresión legal.*—C) Sus distintas consecuencias.—II. UNA POSIBLE IDEA PARCIAL DE LA PRETERICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL.—A) *Una aproximación al tema.*—B) *La institución de los herederos forzosos causa de la preterición.*—a) Una posible explicación: la vinculación forzosa de la legítima.—1. Su coherencia para la teoría del heredero forzoso como título de adquisición.—C) *Viabilidad de aquella idea parcial de la preterición en el Código civil.*—a) Reflexiones sobre su inviabilidad.—III. UN NUEVO CONCEPTO DE LA PRETERICIÓN.—A) *Planteamiento previo.*—B) *Diversidad de títulos de disposiciones: teorías sobre los mismos.*—a) Particular estudio de algunos supuestos relevantes para la preterición.—1. Incompatibilidad entre heredero y legitimario: razones en contra.—2. El legado sin finalidad determinada: su acumulación o su imputación.—3. La donación inter-vivos: suficiente o no para eludir la preterición.—C) *La falta de unanimidad y el exceso de prudencia: sus consecuencias.*—a) Divergencias de la doctrina científica.—b) Los cautelosos pronunciamientos del Tribunal Supremo.—IV. LA DESHEREDACIÓN, UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA PRETERICIÓN.—A) *El desdoblamiento de una figura.*—B) *Desheredación injusta: una institución fronteriza.*a) La privación expresa: un criterio a seguir.—b) El testamento: un medio o único medio de manifestarse.—V. APARENTE CLARIDAD Y REAL CONFUSIÓN.—A) *La línea recta.*—B) *Los textualmente omitidos.*—C) *Un heredero forzoso «sui generis»: planteamientos a que dio lugar.*—a) Una postura a considerar.—VI. DISTINTOS MEDIOS, IDÉNTICO PROPÓSITO.—A) *La controversia entre dos instituciones: argumentos que se manejaron.*—B) *Reflexiones sobre algunos supuestos en los que*

---

(\*) Este trabajo que ahora publica el «ADC» forma parte de la obra «La preterición de legitimarios en el Código civil», que como tesis doctoral, dirigida por el Profesor Doctor José Manuel González Porras, presentó don Rafael Linares Noci en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba el 23 de octubre de 1987.

*se dio la controversia.*—a) La premeriencia del instituido: un hecho con solución alternativa.—b) La desheredación de un legitimario: una razón favorable a la preterición.—c) La incapacidad: otro supuesto a considerar.—VII. LAS ESCASAS REPERCUSIONES DE UNA REFORMA NORMATIVA.—A) *Supresión y ampliación: simple reconocimiento legal de tesis precedentes.*—B) *Discrepancias y continuidad: pruebas de una insuficiencia.*—C) *Conceptos de la preterición: reflejo de coincidencias y divergencias.*—D) *Las soluciones de la doctrina jurídica: una confirmación de la cicatería de la reforma.*—E) *Tácita: una nota de dudoso valor distintivo.*—a) Una primera impresión: incontrovertida vigencia de dos términos contrapuestos.—b) Un paso más: la comprobación del término relativo a la preterición.—1. Una encrucijada de significados: la elección de una vía.—2. Las incongruencias de una expresión: privación tácita.—3. Objeciones a la calificación de la voluntad.—4. Una fisura en los inconvenientes: espejismo de unas acepciones.—5. Reflexiones sobre el alcance de los términos utilizados.—VIII. CONTENIDO DEL TÍTULO DE ATRIBUCIÓN: UN NUEVO ÁNGULO DE CONOCIMIENTO DE LA FIGURA EN ESTUDIO.—A) *Dinero hereditario: único contenido de los títulos de disposición.*—a) La institución de heredero: dificultades para su admisión y efectos que produce.—b) El legado: su aparente crisis para evitar la preterición.—1. La contradicción de la solución apuntada con algunas de las razones alegadas.—2. El reparto igualitario: una objeción a la crisis propugnada.—3. La mejora: su inadaptación al aislamiento institucional.—c) La desaparición de la cosa legada: un argumento para distintas teorías sobre la preterición.—1. La comprobación de las teorías mediante los requisitos aceptados y los deberes exigidos.—2. Consideraciones, respuestas y preceptos: una adición de signo negativo.—d) Una institución sin posibilidades reales de aplicación independiente.—B) *Metálico extrahereditario: sus dificultades como contenido de la institución de heredero.*—a) Diferencias doctrinales: origen de una nueva determinación.—b) El reconocimiento de la donación *inter vivos*: un argumento con fuerza expansiva.—IX. REBATIR Y GENERAR TEORÍAS: DOS ASPECTOS DESTACABLES DEL INSTITUTO DE LA PRETERICIÓN.—A) *Cuota reservada y cuota de legítima, una distinción difícil de coordinar con la figura objeto de análisis.*—B) *Polémica doctrinal: una constante nuevamente confirmada.*—a) La revocación del legado: desheredación o preterición.—1. Indisponibilidad posterior: sus consecuencias.—2. Revocación y disposición: dos actos en contra de la preterición.—3. Diferencias previas: razones y clave de una solución.—C) *Los efectos de la indignidad sucesoria: su importancia para la compatibilidad de dos figuras.*—a) El conocimiento del derecho a la legítima en el sucesor indigno: una posición discutible.—b) Los descendientes del indigno: susceptibles o no de preterición.—1. La falta de disposición en favor de los descendientes: dos opciones para no considerar la preterición.—2. Un supuesto difícil de excluir de la preterición.—D) *Dos vertientes doctrinales de los efectos de una misma institución.*

## I. LOS CONFUSOS PRINCIPIOS DE LA SUCESION «MORTIS CAUSA»

El Código civil español, con cuya promulgación el 26 de mayo de 1889 se materializaban las aspiraciones jurídicas de sus defensores a la vez que se mantenían, o incluso acentuaban, las reservas respecto al mismo de sus detractores (1), dio paso a acentuadas controversias, parte de las cuales afectaron, como no, a la materia sucesoria, y unas en mayor medida y otras en menor al instituto que nos ocupa en este trabajo.

Por ser presumiblemente atinada la observación (2), de que en materia de sucesión *mortis causa* el Código civil se inspiraba tanto en principios sucesorios romanos como germanos, su publicación desencadenó una toma de posiciones, en torno a dos planteamientos que resultaban opuestos, que eclipsó, al menos en principio, la polémica que fue formulada, en líneas generales, bajo este interrogante: ¿debía ser o no instituido heredero el legitimario por el causante para evitar su preterición?, había sido hasta ese momento, y fundamentalmente desde las Partidas, tradicional entre los autores (3).

### A) Herederos forzosos: una condición legal

Uno de aquellos planteamientos (4) mantenía que los herederos forzosos debían considerarse, en virtud de que la ley así los llamaba,

(1) Para más datos, ver LASSO GAITE: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historias del Código)*, Vol. 1, Madrid, 1979, pp. 630 y ss.

(2) CASTAN TOBEÑAS: *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, Madrid, 1960, pp. 34 y ss., en las que recoge también las opiniones de otros autores sobre el tema.

(3) Ese originario planteamiento, tras la publicación del Código civil, sólo muy tímidamente se mantuvo por algún autor como le ocurre a PÉREZ ARDA: *Preterición testamentaria parcial*, en «R.G.L.J.», T. 122, 1983, p. 256, cuando afirma: «Ese precepto legal (se refiere al artículo 1.037 del Código civil) es para el supuesto en que no haya preterición de ninguna clase, para cuando el testador, además de instituir heredero al legitimario, le lega; y el 815 es para el caso en que exista preterición para cuando el testador legue, pero no instituya el heredero forzoso.»

(4) Defendido entre otros por: SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, T. 6, Vol. 2, 2.ª ed., Madrid, 1910, p. 792. ORTEGA PARDO: *Heredero testamentario y heredero forzoso*, en «A.D.C.», T. 3, Fas. 3, 1950, pp. 336 y ss. GÓMEZ MORÁN: *De la legítima y de los legitimarios*, en «R.G.D.», núm. 5, 1948, pp. 659 y ss. GÓMEZ MORÁN: *El usufructo viudal en el Código civil*, en «R.G.L.J.», T. 185, 1949, pp. 311-312, matiza su postura al afirmar que el cónyuge sobreviviente no tiene la consideración de heredero del cónyuge premuerto ya que sólo ostenta un derecho de crédito frente a la sucesión. BORRACHERO, B.: *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, en «R.D.P.», T. 39, 1956, PP. 361 y ss. CASTAN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 6.ª ed., T. 4, Madrid, 1944, p. 488, mantiene, aunque no con un carácter absoluto, que el legitimario es heredero. Asimismo, ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, Vol. 4, Sucesiones, Madrid, 1957, p. 276, afirma que la tesis tradicionalmente mantenida por nuestra doctrina desde la promulgación del Código civil fue la de considerar al legitimario como un heredero.

en todo caso como tales herederos: afirmación, claramente basada en principios sucesorios del Derecho germano, completada con aquella otra que, en las palabras «por cualquier título» contenidas en el artículo 815 del Código civil, veía una concreta manifestación de la genérica facultad particional, otorgada al testador por el artículo 1.056 del mismo Código, que le permitía atribuir la legítima *in natura* o en bienes determinados, pero no alterar aquella condición legal (5).

En resumen, para los defensores de la citada tesis, la expresión «herederos forzosos», reiteradamente utilizada por el Código (6), tenía, entendida literalmente, pleno sentido jurídico. Además consideraban, lo que reforzaba la anterior afirmación, que dicha cualidad (la de heredero forzoso) no se modificaba por razones como éstas:

- Tener aquél una responsabilidad *cum o pro viribus hereditatis* (7).
  - Recibir un haber que consista en una parte líquida de la herencia (8).
  - Atribuirsele un legado en pago de su legítima (9)
  - Haber sido instituido heredero testamentario (10).
  - El contenido de los artículos 886 y 818 del Código civil sólo ponían de relieve que el interés del legitimario es anterior al de los instituidos en el testamento y posterior al de los acreedores de la herencia, pero no que aquél no es heredero (11).
- Si bien reconocían que la condición de heredero forzoso presentaba algunas particularidades con respecto al testamentario.

## B) Herederos forzosos: una expresión legal

El segundo planteamiento entendía, por contra, que el llamado por el Código civil heredero forzoso no era un heredero que tuviera por ley atribuida esa cualidad. Conclusión respaldada por toda una serie de argumentos que llevaban a las siguientes afirmaciones:

- El legitimario sólo puede exigir su legítima y esto no es una cualidad como la de heredero (12).

---

(5) ORTEGA PARDO: *Op. cit.*, pp. 340 y ss. A conclusión prácticamente igual llega GÓMEZ MORÁN: *De la legítima y de los legitimarios*, en «R.G.D.», 1948, núm. 5, pp. 664 y ss.

(6) Entre otros, en sus artículos 806, 807, 814, 815, 816, 817 y 820.

(7) GÓMEZ MORÁN: *Op. cit.*, pp. 659 y ss.

(8) GÓMEZ MORÁN: *Op. cit.*, pp. 659 y ss.

(9) GÓMEZ MORÁN: *Op. cit.*, pp. 664 y ss.

(10) ORTEGA PARDO: *Op. cit.*, pp. 348 y ss.

(11) ORTEGA PARDO: *Op. cit.*, p. 356.

(12) DAVILA GARCÍA: *Herederos y legitimarios*, en «R.C.D.I.», 1943, p. 665. STS de 14 de marzo de 1916 afirma que jurídicamente son distintos los conceptos de legitimario y heredero, carácter que sólo pudo tener dicha recurrente por ser la única así nombrada en el testamento de su padre.

— El Código civil no admite el heredero forzoso ni como heredero que la ley obliga a instituir al causante ni como heredero al que ésta le asigna directamente esa condición con independencia de la voluntad de aquél, como se desprende de algunos artículos, como el 763 y 815 del Código civil (13).

— El Código civil no contiene vocación forzosa alguna en favor de ningún legitimario excepto el cónyuge viudo, pues la legítima jurídicamente sólo supone una serie de limitaciones dispositivas (14).

— Los llamados por el Código civil herederos forzosos sólo tienen de herederos el nombre, pues en realidad sólo son acreedores de la herencia (15).

— Los derechos que la ley reserva a los herederos forzosos no son una forma especial de sucesión, sino una limitación legal impuesta a la libertad de testar (16).

Afirmaciones que resultaban, aún compartidas, insuficientes, pues en el mejor de los casos sólo servían para rechazar la tesis que veía en el legitimario un heredero designado directamente por la ley, pero no ofrecían por sí mismas una solución alternativa a la que rebatían. La misma (17), ofrecida lógicamente por la doctrina que compartía la segunda posición, se construía principalmente sobre la expresión «por cualquier título» recogida en el artículo 815 del Código civil, pero entendida ahora como que el testador podía atribuir la legítima a los llamados herederos forzosos, por vía de herencia, legado o incluso donación *inter-vivos*, sin necesidad, por tanto, de instituirlos herederos. En definitiva, se daba así, aunque mediante un rodeo, una res-

---

(13) Para más argumentos en favor de esa afirmación ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «R.D.P.», T. 28, 1944, pp. 178 y ss; *Estudios de Derecho privado, II. Sucesiones*, Madrid, 1948, p. 144, califica la expresión «herederos forzosos» como una imprecisión terminológica del Código civil.

(14) VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 4, p. 1451. En el mismo sentido, *Idem*, *Op. cit.*, en «A.D.C.», 1952, T. 5, Fas. 3, p. 867.

(15) VIRGILI SORRIBES: *Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica*, en «R.C.D.I.», T. 21, 1945, p. 485.

(16) OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, pp. 12 y ss. En muy parecidos términos, ESPIN CÁNOVAS: *Derecho civil español*, Vol. 5, Sucesiones, Madrid, 1957, p. 268.

(17) Partidarios de esta solución eran, entre otros, DÁVILA GARCÍA: *Op. cit.*, p. 665. ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «R.D.P.», 1944, T. 28, pp. 181 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Imputación de legados otorgados a favor de los legitimarios*, en «R.D.P.», 1948, p. 327, si bien matiza que originariamente el legitimario es un heredero porque la ley lo llama con ese carácter, aunque autorice al testador para otorgar la legítima por título distinto. *Idem*: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, p. 479. *Idem*: *Loc. ult. cit.*, en «A.D.C.», 1952, T. 5, Fas. 3, p. 835. VIRGILI SORRIBES: *Op. cit.*, p. 489. MUCIUS SCAEVOVA; *Código civil comentado y concordado*, 4.ª ed., Madrid, 1944, T. 14, pp. 423 y ss. FUENMAYOR: *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria*, en «R.G.L.J.», T. 179, 1946, pp. 71 y ss. Postura reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo en sentencias como las de: 16 de enero de 1895, 17 de junio de 1908, 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932.

puesta, inspirada en principios de la sucesión romana, a aquella interrogante que había quedado inicialmente eclipsada.

### C) Sus distintas consecuencias

Ante los dos grandes planteamientos aludidos, la interrogante que surge en relación con la figura que estudiamos es la siguiente: ¿que supondría, para la preterición de la que habla el artículo 814 del Código civil, considerar acertado uno u otro?

La respuesta a la pregunta formulada, por las líneas generales de cada uno de los planteamientos, difícilmente podrá ser unívoca. El primero admitía, por la interpretación que hacía del artículo 815 del Código civil, que la libertad del testador, cuando de herederos forzosos se trataba, se refería únicamente a la participación del caudal hereditario para el pago de la legítima; sin que ello afectara, por venir imperativamente establecido por la ley, ni al título en virtud del cual se adquiría, que sería siempre el de heredero forzoso, ni a su cuantía.

El segundo, que aquella libertad comprendía no sólo la reconocida al testador por el anterior, sino además la de elegir, por el distinto significado que daban a aquel artículo, el título en virtud del cual el legitimario percibiría su legítima, si bien al igual que aquél entendía inalterable la cuantía de ésta.

## II. UNA POSIBLE IDEA PARCIAL DE LA PRETERICION EN EL CODIGO CIVIL

### A) Una aproximación al tema

La regulación en el artículo 814 del Código civil de los efectos de la preterición suponía, para los defensores de la primera teoría, la necesidad no sólo de reconocer la existencia de aquella figura en nuestro Derecho, sino además que la misma resultara acorde con los principios que ellos mismos habían formulado. De acuerdo con esto, la preterición, a nuestro parecer, sólo podría tener el siguiente significado: el reconocimiento de que tanto la condición de heredero forzoso como la cuantía a la que ascendía la legítima no podían ser modificadas por el testador (salvo en la referente a la posibilidad de mejorar), al fijarlas la ley imperativamente, implicaba admitir que sobre éste existían dos deberes, de signo negativo e íntimamente conectados entre sí, que se concretaban en no disponer ni por vía de herencia ni de legado, ni en favor de herederos forzosos ni de quienes no lo fueran, del *quantum* al que ascendía la legítima. Por tanto, la preterición surgiría, al igual que en otros momentos históricos, cuan-

do el testador contraviniese el cumplimiento de alguno de ellos. En otros términos, ahora el causante incurriría en preterición al disponer de la legítima, por vía de herencia o de legado, en favor de los herederos forzosos o de quienes no lo fueran. Afirmación que precisa un estudio más detenido que nos permita llegar hasta sus últimas consecuencias.

En una primera aproximación al citado aserto se observa sin mayor dificultad dos grandes posibilidades bien diferenciadas de incumplimiento, por parte del testador, del deber que desencadenaría la preterición. En efecto, conforme al planteamiento realizado, resultan evidentes dos supuestos notablemente distintos:

El primero comprendería aquellos casos en los que el testador había dispuesto, a título de herencia o de legado, de la totalidad de la legítima en favor de quienes no eran herederos forzosos. Cuando así ocurría, pensar en la figura de la preterición tal y como la hemos planteado, no resulta forzado al suponer aquellas disposiciones testamentarias la omisión del cumplimiento de un deber de no disponer que privaba de la legítima a quienes tenían, atribuida por ley, la condición de herederos forzosos.

El segundo, más difícil de entender dentro de una posible idea de preterición, acogía por contra aquellos casos en los que el testador había dispuesto, por vía de herencia o legado, de la cuota legítima en favor, y aquí aparece la dificultad, de los herederos forzosos.

## **B) La institución de los herederos forzosos causa de la preterición**

Ante lo dicho en último lugar cabe pensar que en ese caso carecería de sentido afirmar que se había producido, como en el primer supuesto, la preterición de los herederos forzosos, por cuanto éstos percibirían, si bien por testamento, idéntica porción de la legítima que la que hubieran recibido directamente por ley en virtud de la condición que la misma les daba. En definitiva, si éstos no eran privados de su legítima a pesar de que el testador omitía cumplir el deber de no disponer de la misma, no tenía mucho sentido afirmar que en esos casos también se producía la preterición de aquéllos; o incluso entendida con rigor la formulación inicial se podría pensar que existía, al incumplirse un deber, preterición. Pero, aún así, qué efectos, como consecuencia de la misma, se podían proyectar sobre un testamento que lejos de privar de la legítima a quienes tenían derecho a ella, se la atribuía; es decir, que no sólo no incumplía, sino que, en apariencia al menos, reforzaba la regulación legal sobre la materia.

a) *Una posible explicación: la vinculación forzosa de la legítima*

De acuerdo con el planteamiento hecho, conforme con la teoría inspirada en principios sucesorios germánicos, la preterición sólo tendría sentido cuando el causante dispusiera de la legítima en favor de quienes no eran considerados herederos forzosos. Sin embargo, mantener esa afirmación supondría ignorar al *intringulis* oculto a primera vista.

Si se profundiza en aquella teoría y en esta afirmación se observa que se produce entre ellas una importante contradicción. Como se recordará, la teoría citada venía a reconocer, aunque no lo hiciera expresamente, junto a la sucesión testamentaria y la *ab intestato* del Código civil, un tercer tipo: la forzosa. Sucesión esta última que se hacía patente en el mismo a través de la expresión «herederos forzosos» reiteradamente utilizada. Pues bien, si así se entiende, es decir, si se considera que cuando el Código habla de herederos forzosos no comete una imprecisión terminológica, sino por el contrario emplea el mismo con pleno sentido por aludir con él a un título (el de heredero forzoso), aunque peculiar por pertenecer a un tipo de sucesión distinto de la testada o intestada, suficiente para adquirir *mortis-causa*, se tiene que admitir necesariamente para sostener esas afirmaciones, aun cuando no se diga de manera expresa, que la porción legitimaria se encuentra vinculada forzosamente por la ley a dicho título; en otros términos que éste no sólo era el único título por el que la ley permitía adquirir aquélla, sino que además sólo servía para esa adquisición. De no ser así, si se desvincula en cualquier caso al uno de la otra, aquella teoría, formulada sobre principios sucesorios germánicos, se vendría abajo al quedar aquella condición, la de herederos forzosos, vacía de contenido al no concederle la ley otra función que la de atribuir directamente la legítima a los legitimarios. Por tanto, quienes defendían que la de heredero forzoso era cualidad, otorgada por la ley, bastante para adquirir la legítima tenían que reconocerle esta sola finalidad y además que era la única en virtud de la cual aquélla se podía adquirir, porque de permitir su adquisición por cualquier otro título que no fuera aquél, harían posible que el causante en su testamento dispusiera, aún en favor de los herederos forzosos, de la legítima; que ésta, por tanto, la recibieran como sucesores testamentarios y no como forzosos, con lo que quebraría la idea que mantenían respecto de la existencia en el Código de una sucesión forzosa, como tercer genero sucesorio diferenciado de los otros dos. Y aún en el caso de que aquél no dispusiera de aquélla pudiéndolo hacer, lo lógico sería dar entrada a la sucesión intestada y no a la forzosa, que se debía de considerar como inexistente al reconocer sobre la porción legítima facultades dispositivas al causante.

En resumen, que de acuerdo con las formulaciones de aquella teo-

ría la preterición debía aparecer tanto si se disponía de la legítima en favor de los herederos forzosos como de quienes no lo fueran.

#### 1. Su coherencia para la teoría del heredero forzoso como título de adquisición

La concepción parcial que de la preterición hemos dado, por faltar su conexión con otras figuras que como la desheredación sirven para dar una visión completa de la misma, no entra en oposición con los planteamientos que nos ofrecían quienes reconocían en el heredero forzoso una condición atribuida por la ley para adquirir la legítima. Si recordamos, los autores que propugnaban esta tesis afirmaban que la cualidad del heredero forzoso no variaba por recibir un legado o ser instituido heredero testamentario para el pago de su legítima (18), pero no reconocían, porque de hacerlo habrían incurrido en las contradicciones que hemos expuesto, a ese legado o a esa institución en los que se contenía la legítima un valor dispositivo respecto de la misma, sino que, por la interpretación que hacían del artículo 815 del Código civil, los consideraban como actos de un simple valor particional; o lo que es lo mismo, coherentes con su teoría afirmaban que la ley era siempre la que disponía de la legítima en favor de quienes exclusivamente tenían, por ella concedido, el título necesario (heredero forzoso) para adquirirla: los legitimarios. De esa manera aquella siempre se adquiría en virtud de éste, por lo que el testador respecto de la misma sólo le quedaba una facultad particional, pero no dispositiva, y ésta aún utilizada no afectaba nunca a la condición de heredero forzoso del legitimario (19).

#### C) Viabilidad de aquella idea parcial de la preterición en el Código civil

¿Resultaba posible la idea de preterición que hemos dado dentro del citado cuerpo legal?

Un primer acercamiento al tema permite afirmar, en base no sólo a la insistencia con la que en aquél se utiliza la expresión herederos forzosos, sino además por la redacción de algunos de sus artículos como el 806 en el que se afirma: «Legítima es la porción de bienes de que el testador *no puede disponer* por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados por esto herederos forzosos», aserto en apariencia confirmado a *sensu contrario*, aunque sólo respecto de

---

(18) Para más datos, ver notas 9 y 10.

(19) ORTEGA PARDO: *Loc. ult. cit.*, pp. 348 y ss.

la legítima estricta, por el artículo 808 del mismo Código cuando sostiene en su párrafo 2.º: «*Podrán éstos disponer (se refiere al padre o la madre) de una parte de las dos que forman la legítima (lo que parece indicar que de la otra no podrán realizar acto alguno de disposición) para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos*», que efectivamente en el Código civil resultaba viable aquella configuración que se ha visto del instituto de la preterición. No obstante, esa primera impresión, favorable a reconocer, sino una exacta coincidencia, entre la formulación hecha del citado instituto con la que del Código se podía extraer, si al menos la posibilidad de que así fuera por ofrecer éste, como hemos visto, puntos de apoyo a dicha formulación, se desvanece si se reflexiona sobre el tema.

#### a) *Reflexiones sobre su inviabilidad*

A pesar de lo expuesto, a nuestro entender existen obstáculos insalvables para admitir la viabilidad de la citada simbiosis entre la construcción teórica de la preterición y los preceptos del Código, que se concretan en los siguientes:

1.º La conceptualización hecha de la figura que nos ocupa presenta notables diferencias con las que respecto de la misma se habían realizado en nuestra patria desde la publicación de las Partidas. En éstas el eje central lo constituía el deber del testador de instituir herederos a los legitimarios para atribuirles su legítima o el de entregársela por cualquier título.

2.º En la práctica no resulta tan clara la posibilidad de distinguir con tal nitidez el acto parcial del acto dispositivo, fundamentalmente cuando el primero se contiene en el testamento, y, en consecuencia, que pueda darse con una total asepsia del segundo (20).

3.º Si la afirmación anterior de que partición y disposición están, especialmente cuando se hacen en el testamento, íntimamente entrelazadas, hasta el punto de que difícilmente la primera se puede dar sin contener a la vez un acto de disposición, se admite y se conecta con el artículo 668 del Código civil, habrá que entender que si el testador utiliza la facultad particional, que respecto de la legítima le concede, según la teoría citada, el artículo 815, estará a la vez disponiendo y esto sólo lo puede hacer, según aquel artículo, a título de herencia o de legado.

4.º Si lo anterior es cierto, es decir, si cuando el testador parte la legítima, está también disponiendo de ella, difícilmente se podrá

---

(20) Más datos sobre la posible distinción entre partición en VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 5, Fas. 4, pp. 1417 y ss. ALBALADEJO: *Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en «A.D.C.», T. 1, Fas. 3, 1948, pp. 954 y ss.

ver en nuestro Código una sucesión forzosa a no ser que se entienda que lo que es acto de disposición del testador, si es que resulta posible aislarlo del particional, respecto de aquélla es nulo por cuanto la disposición en favor de los herederos forzosos viene hecha imperativa y directamente por la ley.

5.º Aceptada la idea, aunque insistimos sólo parcial, que de la preterición hemos ofrecido de acuerdo con las formulaciones principales de aquella teoría inspirada en principios de la sucesión germana, habrá de admitirse igualmente que el único efecto coherente, para el caso de incurrirse en la misma, será el de la nulidad absoluta de las instituciones que dispongan de la porción legítima, por ser el que únicamente permitirá mantener siempre como forzoso al heredero así calificado por el Código; es decir, el único que resultará válido para defender junto a la sucesión testada e intestada la existencia de una tercera denominada forzosa. De promulgarse como efecto de la preterición la anulabilidad y no la nulidad absoluta se estaría admitiendo la posibilidad de que la legítima la recibieran los legitimarios como herederos testamentarios e incluso legatarios, título que presumiblemente no impugnarían de no perjudicarles en su porción legítima; con lo que el de herederos forzosos no se podría entender como una cualidad adquisitiva de una peculiar forma de sucesión: la forzosa.

6.º Que el artículo 814 del Código civil, al referirse a los efectos que la preterición tendría sobre el testamento, afirmaba: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta..., anulará la institución de heredero.» Proposición última que puede tener dos lecturas:

a) Que la institución de heredero es susceptible de ser anulada por causa de la preterición de un legitimario. En cuyo caso, como ya afirmábamos en el apartado anterior, la cualidad de herederos forzosos de éstos, entendida como manifestación de la sucesión forzosa, desaparecería como tal al permitir que la disposición hecha por el testador de la legítima por vía de institución o de legado fuera válida de no impugnarse por los legitimarios.

b) Que la institución de heredero se considere nula. Efecto que habrá que extender, puesto que el Código no hace excepciones, a toda la institución, lo que provocaría las siguientes consecuencias:

— Caerían tanto los actos de disposición como los particionales, en ella contenidos, aun en el caso de que la institución fuese en favor de los herederos forzosos y la partición no les perjudicara en su legítima.

— Resultaría, como consecuencia de lo anterior, imposible ejercitar, a través de la institución de herederos, la facultad particional que en el artículo 815 se le reconocía respecto de la legítima a los testadores.

7.º El artículo 814 establecía en segundo lugar como efecto de la preterición la siguiente: «Pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.»

Proposición que permite hacer las siguientes reflexiones:

a) Que las mandas (los legados) son válidas, por así decirlo la ley expresamente, aún en el caso de existir la preterición de uno o más herederos forzosos, en lo que no resulten inoficiosas. Dicho de otra manera, si se ha dispuesto mediante un legado de la legítima en favor de un heredero forzoso, y esto, conforme al concepto parcial que de la institución que nos ocupa hemos dado, supondría incurrir en preterición, ésta no provocaría no ya la nulidad, sino ni tan siquiera la anulabilidad del mencionado legado en lo que no fuera inoficioso.

b) Que no se puede entender, en ningún caso, que existe inoficiosidad del legado, como se puede desprender del contenido del artículo 817 del Código civil, cuando el mismo se ha utilizado para atribuir la legítima a un legitimario.

c) Que según lo expuesto en los apartados anteriores se está reconociendo en el testamento una facultad dispositiva y no meramente particional sobre la legítima, pues, de un lado, el Código en su artículo 814 afirma que éste será válido en lo que no sea inoficioso, y, de otro, lo considera en su artículo 668 como un acto de disposición, y no de mera partición, del testador sobre sus bienes.

d) Que si se reconoce valor dispositivo al legado, incluso en el que se dispone de la legítima en cuanto no sea inoficioso, el legitimario recibirá ésta a título de legatario y no de heredero forzoso.

e) En resumen, si es cierto que conforme a la teoría que hemos elaborado el testador incurrirá en preterición si disponía de la legítima mediante un legado, no lo es menos que respecto del mismo la ley afirmaba su validez en lo que no resultara inoficioso (artículo 814), de tal manera que si no lo es no caerá ni en su aspecto particional ni en el dispositivo y si se mantiene habrá que entender que el heredero forzoso recibirá la legítima como legatario, puesto que a ese título dispuso el causante en su favor la legítima. Entendidas así las cosas resultará difícil, por no decir imposible, mantener que el título de heredero forzoso, por imperativo de la ley, es el único en virtud del cual se puede adquirir la legítima, porque en esos casos pasaría a ser una simple forma de denominar a quienes tienen una especial vinculación con el causante, pero no un título por el que como tal se adquiera porción alguna hereditaria forzosa.

8.º Cuando se afirma por una teoría que la legítima la recibe el legitimario siempre por el título de heredero forzoso en virtud del cual la ley ha dispuesto imperativamente de aquélla en favor de quien lo ostenta, de tal manera que cualquier disposición del testador respecto de la misma será radicalmente nula, qué sentido tendría dentro de la misma el instituto de la preterición cuando el mencionado efec-

to se produce igualmente en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, del Código civil, por el que se declara nulo de pleno derecho el acto que vaya en contra de una norma imperativa. Se podría pensar, no obstante, que la ley, para los casos de preterición y por eso lo regula expresamente, establecía, pues así lo permitía el citado artículo 6.3, *in fine*, del Código civil, unos efectos distintos, del anteriormente citado, recogidos en el artículo 814 del mismo cuerpo legal, pero esto nos llevaría de nuevo al punto de donde partimos.

9.º Se podría también entender que el modo de remover los obstáculos anteriores sería referir la preterición únicamente a aquellos casos en los que se ha dispuesto de la legítima en favor de quienes no son herederos forzosos, pero no cuando se hace en favor de éstos. De aceptarse esa salida habría que afirmar para mantener la coherencia anterior:

a) Que la disposición de la legítima hecha por el testador en favor de un heredero forzoso daría lugar, no a la preterición del mismo, sino en base al artículo 6.3 del Código civil a su nulidad radical.

Pero esta solución provocaría el efecto ciertamente paradójico de que la reacción contra la disposición de la legítima favorable a un legitimario sería más fuerte que si esa disposición se hubiera hecho en favor de quien no lo fuera.

10.º Finalmente cabría admitir que la existencia de la sucesión forzosa en el Código evitaba siempre (incluso cuando se disponía de la legítima en favor de no legitimarlos) por su funcionamiento imperativo, la preterición de los herederos forzosos. Afirmación que dejaría abierto el siguiente interrogante: ¿qué sentido tendría entonces el contenido del artículo 814 del Código civil?

## I. UN NUEVO CONCEPTO DE LA PRETERICION

### A) Planteamiento previo

Rechazada como admisible, dentro del Código civil, la idea de preterición, expuesta en los apartados precedentes, en la que desembocaba la teoría que consideraba al legitimario investido por ley de la condición de heredero forzoso en virtud de la cual percibía directamente su legítima, hemos de ocuparnos de un estudio más minucioso del segundo planteamiento al que aludíamos, para apreciar la congruencia o no de sus principios con la preterición a la que se refería aquel Cuerpo legal. Si recordamos para esta segunda posición el legitimario no tenía atribuida por ley la condición de heredero forzoso, pues a lo más que llegaba (21) era a reconocerlo como heredero por-

---

(21) VALLET DE GOYTISOLO: *Imputación de legados otorgados a favor de los legitimarios*, en «R.D.P.», 1948, p. 327.

que la ley así lo llamaba si bien el testador se encontraba, a pesar de ello, autorizado para otorgarle la legítima por título distinto. Esto implicaba que había que dejar a un lado, para construir, conforme a los principios del planteamiento citado, la figura de la preterición a la que se refería el Código, no sólo la idea de heredero forzoso, entendida como una cualidad reflejo de la existencia de un tercer género sucesorio denominado forzoso, sino también la que admitía (22) como un deber del testador respecto de sus legitimarios el instituirlos herederos para el pago de su legítima.

Así, la primera cuestión a resolver para colocar las primeras bases de aquella construcción sería la siguiente: ¿tenía el testador algún deber frente a sus herederos forzosos? Y de ser afirmativa la respuesta, ¿en qué consistiría el mismo?

La contestación a la primera interrogante se puede empezar a elaborar a partir de la afirmación general que, compartida por todos los defensores de la teoría que ahora estudiamos, sostenía, en base fundamentalmente al artículo 815 del Código, que el testador podía atribuir la legítima a los llamados herederos forzosos por cualquier título. La citada aseveración constituía el punto común donde confluían las opiniones de los distintos autores que, al pronunciarse sobre el tema que ahora nos ocupa, habían rechazado la existencia en el Código civil de una sucesión forzosa en sentido técnico, así como la necesidad de que el testador instituyera heredero al legitimario para atribuirle su legítima (23). No obstante, la citada coincidencia no llevaba, como por otro lado era lógico que ocurriera, a una total identidad en el resto de posiciones que tomaban quienes la admitían como válida.

## **B) Diversidad de títulos de disposición: teorías sobre los mismos**

La afirmación básica compartida no parecía en principio encerrar deber alguno del testador respecto a sus legitimarios, sino más bien la concesión de amplias facultades de disposición, del primero sobre la legítima para atribuírsela a los segundos, que se concretaban en las siguientes:

1.º A título de herencia.

Esta primera posibilidad colocada en manos del causante para dis-

---

(22) Postura tímidamente defendida por PÉREZ ARDA: *Preterición testamentaria parcial*, en «R.G.L.J.», T. 122, 1913, p. 256.

(23) En este último sentido se pronuncian expresamente, entre otros, ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «R.D.P.», T. 28, 1944, p. 183. DÁVILA GARCÍA: *Herederos y legitimarios*, en «R.C.D.I.», 1943, p. 665. VIRGILI SORRIBES: *Herederos forzosos y herederos voluntarios: su condición jurídica*, en «R.C.D.I.», T. 21, 1945, p. 489. En la misma línea las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1895, 17 de junio de 1908, 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932.

poner de la legítima, aceptada lógicamente por quienes (24) defendían la teoría que ahora estudiamos, se encontraba sujeta a unos requisitos de carácter general cuyo cumplimiento garantizaba su validez. Estos se concretaban en la necesidad de que la institución, si bien no tenía que someterse, como se desprendía de los artículos 668 y 773.1 del Código civil, a formalidades estrictas, cumpliera al menos las exigencias contenidas en los artículos 750, 772 y 773.2 del citado cuerpo legal, de que se hiciera en favor de persona cierta y determinada o al menos susceptible de serlo (25). Pero salvadas esas normas generales sobre la validez de la institución, aparecían discrepancias como éstas:

— Algunos autores mantenían la incompatibilidad entre la condición de heredero y la de legitimario, alegando unos (26), entre otras razones, que la aceptación de la institución hecha en favor de éste supondría también las de todas las disposiciones o limitaciones que, sobre el patrimonio hereditario, el causante hubiera establecido en su testamento; otros (27) que la condición de heredero hacía desaparecer por absorción la de legitimario, si bien no faltaba (28) quien sostenía lo contrario, es decir, que la condición de heredero y la de legitimario resultaban perfectamente compatibles, y junto a ellos quien (29) consideraba que el legitimario instituido heredero por el causante tendría hasta el *quantum* de su legítima los derechos y obligaciones de cualquier legitimario y en el resto los derechos y obligaciones de un heredero voluntario. Distintos puntos de vista que, salvo el primero, no afectaban especialmente al posible significado de la preterición en la medida en que cualquiera que se aceptara de ellos, suponía en todo caso, siempre que el testador respetara las limitaciones que en esta materia le imponía el Código civil, que el legitimario percibiera, si es que había legítima, su correspondiente cuota legal.

2.º A título de legado (30).

En este caso tendría que cumplir igualmente el legado las normas generales que para su validez establecía el Código civil en sus artícu-

(24) Entre otros, VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. ult. cit.*, p. 327; *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, pp. 440 y ss., y *op. cit.*, en «A.D.C.», 1952, T. 4, Fas. 3, pp. 835 y ss. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*, T. 14 (arts. 806 a 857), 4.ª ed., Madrid, 1944, p. 432. VIRGLI SORRIBES: *Loc. ult. cit.*, p. 489. FUENMAYOR: *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria*, en «R.G.L.J.», T. 179, pp. 71 y ss.

(25) Para más datos sobre estos puntos ver: OSSORIO MORALES: *Op. cit.*, pp. 195 y ss. ALBALADEJO: *El error en las disposiciones testamentarias*, en «R.D.P.», T. 32, 1948, pp. 434 y ss.

(26) DÁVILA GARCÍA: *Op. cit.*, pp. 664 y ss.

(27) ROCA SASTRE: *Loc. ult. cit.*, pp. 190 y ss.

(28) Mantenido por SOLS: *El heredero: ideas para su estudio*, en «R.C.D.I.», septiembre, 1944. Citado por VIRGLI SORRIBES: *Op. cit.*, pp. 479 y 489.

(29) VIRGLI SORRIBES: *Loc. ult. cit.*, pp. 490 y ss.

(30) Posibilidad admitida con carácter general entre los autores que comparten la teoría que ahora exponemos (ver nota 24), así como por el Tribunal Supremo en Sentencias de 16 de enero de 1895, 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932, entre otras.

los 750, 862.1, 865 y 875.2, entre otros. Ahora bien, cumplida la normativa general anterior, los problemas se planteaban cuando el testador atribuía un legado al legitimatario, pero guardaba silencio respecto de si con el mismo le pagaba o no su legítima. En opinión de cierto sector de la doctrina (31) el legado, de tales características, que en su testamento el causante dejara en beneficio de un legitimario, debía imputársele a su legítima y no acumularse con la misma.

Por otro lado, si el causante utilizaba esta fórmula: «lo que por legítima le corresponda», para atribuir dicha porción legal al legitimario, se consideró (32) que en tal caso éste recibiría la citada porción como un legado de cuota.

3.º Por una donación del causante.

En estos casos la doctrina mantenía fundamentalmente dos posturas totalmente antagónicas. La primera consideraba que la donación inter-vivos en favor de un legitimario no excluía la preterición, de no recibirse nada a través del testamento (33). La segunda, por el contrario, entendía que la legítima también se podía recibir, y en consecuencia que la preterición se evitaba, con una donación inter-vivos sin necesidad de que se recibiera nada por título testamentario (34). Pero junto a esa dos opiniones encontradas, una tercera (35) afirmaba que la donación inter-vivos en favor de un legitimario eludía la preterición si éste era mencionado en el testamento, al menos para recordar que recibió aquella liberalidad, sin necesidad, por tanto, de atribuirle nada por título testamentario. Todo lo cual indicaba que, a pesar de la discrepancia, las posiciones expuestas coincidían en rechazar la preterición cuando el causante hubiera dispuesto en su tes-

---

(31) FUENMAYOR: *Loc. ult. cit.*, pp. 71 y ss. De la misma opinión es VALLET DE GOYTISOLO: *Imputación de legados otorgados a favor de los legitimarios*, en «R.D.P.», 1948, pp. 343 y ss., si bien discrepa con el primer autor en que no apoya dicha afirmación directamente en el artículo 815 del Código civil. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1895 cuando afirma: «Imputándola en parte de pago de ella (se refiere a la cuota legitimaria) el importe del legado que le dejó su padre y que debe recibir libre de todo gravamen.»

(32) VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho Sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, p. 525; *Op. cit.*, en «A.D.C.», 1952, T. 4, Fas. 3, p. 835. ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado. II. Sucesiones*, Madrid, 1948, pp. 141 y ss., si bien este autor matiza que en ese caso el legitimario tendría una posición equivalente a la de legatario de parte alicuota, aunque no lo sea, pues eso sería tanto como hablar de un legado legal.

(33) Ese es el parecer de la Memoria del Tribunal Supremo de 1908 recogida por SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, pp. 1137 y ss.; *Idem*, *Op. cit.*, pp. 1131 y ss. PÉREZ ARDA: *Op. cit.*, pp. 252 y ss. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1909.

(34) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 6.ª ed., T. 4, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid, 1944, pp. 576 y ss. ESPIN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, Vol. 5, Sucesiones, Madrid, p. 334.

(35) VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, p. 479; *Idem*. *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. 1, Las legítimas, Vol. 2, Madrid, 1974, pp. 776 y ss.

tamento de una donación en favor del legitimario para atribuirle su legítima.

4.º Por sucesión *ab intestato*.

Algún autor (36) sostenía que la preterición del heredero forzoso no sólo podía evitarse con la atribución de su legítima correspondiente a título de herencia, legado o donación, sino también, por que así lo permitía el Código, cuando aquélla la recibía a través de los mecanismos de la sucesión intestada. En definitiva, afirmaba (37) que cuando el causante no disponía por testamento de todo su haber hereditario, estaba implícitamente haciendo un llamamiento tácito en favor de los legitimarios, que, en consecuencia, no podrían considerarse preteridos.

Vía de eludir la preterición que encuentra a su favor argumentos como éstos:

1.º No tendría mucho sentido afirmar que cuando el legitimario había recibido, al no disponer el causante en su testamento, de todo el as hereditario, por vía de sucesión intestada bienes suficientes para cubrir su legítima, que aquél había sido preterido; porque en última instancia los efectos establecidos por el artículo 814 del Código civil desembocarían igualmente en la adquisición de la legítima correspondiente por sucesión intestada. En todo caso, lo coherente sería permitir, si es que no había obtenido la totalidad de la cuota que le correspondía por la sucesión intestada, que pidiera en base al artículo 815 el complemento de su legítima.

2.º Que efectivamente, de los artículos 764 y 912.2 del Código civil se desprendería que la próción de herencia de la que no disponía el causante en su testamento, no pasaba a ser titularidad del heredero o herederos en él instituidos, si no que respecto de la misma se abría la sucesión intestada.

#### a) *Particular estudio de algunos supuestos relevantes para la preterición*

De acuerdo con lo expuesto se puede afirmar con carácter general que el testador eludía la preterición cuando atribuía la legítima por cualquiera de los títulos anteriormente citados, lo que si bien manifestaba una pluralidad de ellos para disponer de aquella en favor de los herederos forzosos, también ponía en evidencia que la expresión «por cualquier título» del ya citado artículo 815 del Código civil no se podía entender cómo: «de cualquier manera»; o lo que es lo mismo, que el testador tenía, para evitar la preterición, que cumplir el

(36) VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho Sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, p. 479; *Idem*, *Op. cit.*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 4, pp. 1366 y ss.

(37) VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. ult. cit.*, pp. 1366 y ss.

deber de atribuir, por alguno de los títulos mencionados, la porción legítima a los legitimarios. No obstante, según se compartieran o no algunas de las teorías que con anterioridad han sido mencionadas el concepto de preterición, desde donde ahora lo estamos contemplando, resultaría más o menos amplio.

### 1. Incompatibilidad entre heredero y legitimario: razones en contra

El corolario, de la teoría (38) que afirmaba la imposibilidad de que el legitimario pudiera mantener esa condición si había sido designado heredero por el *de cuius*, radicaba, si recordamos, en la idea de que aceptar la institución de heredero suponía hacerlo también de todas las disposiciones o limitaciones que, sobre el patrimonio hereditario, el causante hubiera establecido en su testamento. De donde se desprendía como aserto ineludible el siguiente: «donde hay herencia no hay legítima». Teoría que no sólo se enfrenta con la opinión de todos aquellos que mantenían (39) al heredero, como uno de los títulos a los que se refería el artículo 815 para atribuir la legítima a los llamados forzosos, sino que además arrastraba a consideraciones como éstas:

1.<sup>a</sup> La postura inicialmente expuesta parecía entender que el causante gozaba en cualquier caso (incluso si tenía herederos forzosos) de una libérrima facultad de disposición sobre sus bienes, de tal manera que el instituido heredero (extraño o legitimario) si aceptaba esa cualidad no tenía más remedio que soportar todas las disposiciones o limitaciones que aquél hubiera establecido sobre su herencia. Postura que parecía olvidar todas las normas, fundamentalmente las contenidas en los artículos 806 y siguientes, respecto de las legítimas, que establecidas con carácter imperativo por el Código para el testador le recortaban no sólo su libertad de disponer, sino también la de establecer limitaciones sobre su caudal hereditario.

2.<sup>a</sup> Si donde hay herencia, se decía, no hay legítima, se permitiría, lo que no deja de ser paradójico, que el causante mediante la institución de herederos de sus legitimarios evitara la preterición de los mismos, incluso cuando aquélla careciese de contenido patrimonial, por haber distribuido toda la herencia en legados. En efecto, si se afirma que donde hay herencia no puede haber legítima, basta con nombrar herederos a los legitimarios para conseguir que no exista legítima y, en consecuencia, que aquéllos no sólo no puedan pedir el complemento de la que le correspondería, sino que ni siquiera deban (aun sin recibir absolutamente nada) considerarse preteridos.

(38) Defendida por DÁVILA GARCÍA: *Op. cit.*, pp. 668 y ss.

(39) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, pp. 479 y ss.

En definitiva, entendemos no sólo que la condición de heredero resultaba perfectamente compatible con la de legitimario, y, en consecuencia, que la legítima la podía atribuir el causante a sus herederos forzosos a título de herencia, sino que la coexistencia de ambas cualidades (heredero y legitimario) resultaban absolutamente necesarias para un adecuado funcionamiento de los preceptos sucesorios, por las razones que siguen:

1.<sup>a</sup> Admitir que la condición jurídica de legitimario se imponía sobre la de heredero sería tanto como dar entrada a la posibilidad de que los acreedores del causante quedaran impagados, aun existiendo activo líquido en la herencia, al poderles anteponer el heredero a sus créditos su derecho como legitimario a recibir una cuota del activo líquido. Esto chocaría frontalmente con el contenido del artículo 818.1 del Código civil, cuando afirma: «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, *con deducción de las deudas* y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.»

2.<sup>a</sup> Admitir lo contrario, es decir, que la preeminencia la tiene la condición de heredero sobre la de legitimario sería tanto como afirmar que el causante mediante la institución de heredero del legitimario podría sortear el cumplimiento de los preceptos (fundamentalmente, artículos 806 y siguientes) que el Código civil dedica a la protección de las legítimas. En otros términos, si la cualidad de heredero se antepone en todo caso a la de legitimario, el causante podría imponer sobre el patrimonio hereditario todo tipo de cargas y gravámenes que el legitimario, como heredero, tendría que cumplir incluso si lesionaban su legítima. Lo que dejaría sin sentido lo establecido, por ejemplo, en el artículo 813 del Código civil.

## 2. El legado sin finalidad determinada: su acumulación o su imputación

Con anterioridad hemos visto cómo la opinión de la doctrina se dividía ante los supuestos en los que el testador disponía un legado en favor de sus herederos forzosos, pero no determinaba la finalidad del mismo. Esto hace, dada su posible influencia sobre el concepto de preterición, que debamos contestar a la siguiente interrogante: ¿cómo debía entenderse el legado hecho por el testador en favor de un heredero forzoso sin indicación de si con el mismo se pagaba o no su porción legítima? Una solución afirmativa al citado supuesto recortaría el ámbito de la preterición al entenderse cumplido con el mismo el deber de atribuírsela al legitimario por alguno de los títulos citados; por el contrario, se podía entender extendido aquél si se pensaba que ese tipo de legados debía acumularse con la legítima y no imputarse a la misma.

La redacción del artículo 828 del Código civil: «La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora, sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre», en principio induce a pensar que el legado en favor de un heredero forzoso (hijos o descendientes, dice el citado artículo) en el que el causante no indicara si lo hacía o no como pago de su porción legítima (y lógicamente tampoco lo dispusiera expresamente como mejora), sería un legado imputable al tercio de libre disposición y, en todo caso, si no cabía en éste se entendería como mejora; es decir, sería un legado acumulable con la legítima, pero no imputable a ella, de tal manera que cabía sostener que el mismo no evitaría la preterición del heredero forzoso.

Sin embargo, el sentido expuesto, desprendido fundamentalmente de la última frase del artículo 828 del Código civil, puede ser, como ahora veremos, otro bien distinto en base a la misma proposición. En el caso planteado (legado en favor de un heredero forzoso sin indicación del tercio al que correspondía) se podría considerar el legado en primer lugar como pago de la porción legítima, en lo que excediera de ésta como disposición (por legado) de bienes del tercio libre y sólo cuando no cupiera dentro de este último tercio, por haber sido distribuido por el testador en favor de otros sucesores, o porque aun intacto resultara insuficiente para cubrirlo, considerarlo como mejora. Las razones que sirven de apoyo a la tesis expuesta son las siguientes:

a) El artículo 819 del Código civil, reforzado por el 825 del mismo cuerpo legal, establecía que las donaciones hechas a los hijos que no fuesen mejoras se imputarían a su legítima. Esto permite pensar que si era así para las donaciones inter-vivos, también podía admitirse para los legados.

b) De afirmarse que el legado (en el caso que estamos analizando) no se recibiría por los herederos forzosos como legítima, tampoco podría entenderse que lo recibieran inicialmente como mejora (que conforme a los artículos 825 y 828 del Código civil debía ser expresa), lo que implicaba que con el mismo se atribuyeran al legitimario bienes del tercio de libre disposición y sólo cuando no cabían en éste se podrían entender como mejora.

c) De acuerdo con lo anterior el causante habría incurrido en preterición al no dejar al legitimario nada en pago de su legítima, aun cuando era posible, por el juego de la última frase del citado artículo 828, que lo mejorase, permitiéndosele, en consecuencia, lo que parece chocar no sólo con el contenido del artículo 815 del Código civil, sino con un elemental sentido común, que conforme al artículo 814 del citado cuerpo legal el legitimario incluso mejorado pudiera anular, por haber sido preterido, la institución de heredero contenida en el testamento así como las mandas y mejoras en lo que

fueren inoficiosas. En definitiva, no resulta muy coherente pensar que, en base al juego de los mecanismos legales (artículo 828, *in fine*, del Código civil), el legitimario recibiera una mejora indirectamente; es decir, sin voluntad expresa del testador de mejorarlo, antes que su porción legítima correspondiente; eso sería tanto como afirmar que el propio Código en caso de duda admitía la mejora en favor de un heredero forzoso, a la que daba un carácter esencialmente disponible por el testador (artículos 808.2 y 823 del Código civil), antes que la porción legítima, limitada por el mismo Código de la disponibilidad mencionada (artículos 806, 808.2 y 823, *a sensu contrario*).

d) Porque conforme al artículo 829 del Código civil el legado, por el que se mejoraba a un heredero forzoso, que excediera del tercio destinado a ese fin se imputaba a la parte legítima correspondiente al mejorado y en lo que excediese de esta el legatario debería abonar la diferencia en metálico a los demás interesados. De otra manera, el exceso, del legado utilizado para mejorar, sobre el tercio de mejora y la porción legítima correspondiente al legitimario, cubierto por la parte de libre disposición, debía ser compensado en metálico por el beneficiario del mismo en favor de los demás interesados en la sucesión. Si esto es así, es decir, si cuando el legado servía claramente para mejorar, el exceso del mismo sobre el tercio destinado a este fin se imputaba al de legítima antes que al de libre disposición, en cuyo caso habría de producirse una compensación pecuniaria, nada impide pensar que cuando el legado se hacía en favor de un legitimario sin indicar que con el mismo se le pagaba su porción legítima se imputará antes a ésta que al tercio de libre disposición. A nuestro entender, por tanto, en el supuesto contemplado, sin que olvidemos la opinión contraria; no cabía considerar producida la preterición del heredero forzoso al recibir éste un legado que resultaba imputable y no acumulable a su legítima.

### 3. La donación inter-vivos: suficiente o no para eludir la preterición

Cuando la porción legítima se había atribuido mediante una donación del causante, se mantenían por la doctrina distintas posiciones que, al igual que ocurría en el apartado anterior, afectaban, ampliándola o recortándola, a la figura de la preterición. En efecto, si recordamos, dos de aquéllas coincidían en que la donación inter-vivos en favor de un legitimario no excluía por sí misma la preterición (40), mientras que la tercera entendía justamente lo contrario, con lo que el ámbito de aplicación de la citada figura resultaría más o menos

---

(40) Ver notas 33, 34 y 35.

amplio según qué teoría de las citadas se compartiera. Disyuntiva que nos lleva a hacer las siguientes consideraciones:

1.<sup>a</sup> El mostrarse partidario de la teoría que consideraba dentro de la órbita de la preterición los supuestos en los que el legitimario sólo había recibido una donación inter-vivos, suponía que aquél, en base al artículo 814 del Código civil, podría hacer caer la institución de heredero contenida en el testamento en el que resultó preterido, así como reducir las mandas y mejoras en lo que fuesen inoficiosas, con independencia de que la donación recibida hubiera sido suficiente o no para cubrir su legítima. Peligro, de que los rigurosos efectos citados se produjeran, que hace pensar, al menos en principio, en adoptar como más aconsejable la solución que ofrecía la segunda postura. Esta consideraba que la donación inter-vivos recibida por el legitimario evitaba la preterición del mismo aun cuando el causante no le atribuyera nada en su testamento. De compartirse esta segunda posición también habría que admitir, como una consecuencia lógica de la misma, que el legitimario donatario nunca se debería considerar preterido y, por tanto, no podría poner en marcha el mecanismo de la preterición; lo único que le cabría sería pedir conforme al artículo 815 del Código civil el complemento de su legítima si lo donado no llegaba a cubrir lo que por aquélla le correspondía. Esta solución, más aceptable a primera vista por sus efectos menos perturbadores para el testamento, podía, no obstante, encontrarse en su aplicación con algunos obstáculos que sortear. En efecto, de acuerdo con el artículo 1.035 del citado Código el heredero forzoso que concurría, con otros que también lo fuesen, a una sucesión, debería llevar a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de participación. Es decir, que el deber de colacionar del artículo 1.035 se imponía al heredero forzoso que habiendo recibido en vida del causante bienes o valores, concurría con otros en la sucesión. Pues bien, esto último, la concurrencia en la sucesión, es precisamente lo que le faltaba (y de otra manera no podía ser para quienes afirman que el heredero forzoso no es título alguno de adquisición) al legitimario que había recibido una donación inter-vivos, pero al que no se le concedió en el testamento título alguno para adquirir *mortis-causa*, ni lógicamente lo tenía por sucesión *ab intestato*. En definitiva, si el legitimario carecía de la condición (heredero, legatario, etc.) suficiente para adquirir *mortis-causa*, difícilmente se podría afirmar que el mismo concurría a sucesión alguna y, por tanto, que estuviera sujeto al deber de llevar a la masa hereditaria los bienes o valores recibidos por título lucrativo inter-vivos, es decir, de llevarlos a colación o una sucesión *mortis-causa* de la que no iba a recibir nada (a la que no iba a concurrir), por faltarle el título preciso para ello. Si a pesar de la afirmación hecha se considerase que en esos casos lo único ad-

misible sería que el legitimario donatario pidiera el complemento de su legítima se produciría el contrasentido de que éste solicitaría el complemento de su cuota legítima sin que se hubieran cumplido las exigencias del artículo 1.035 del Código civil, al no computarse en la regulación de las legítimas la cuantía de la donación que él había recibido, y, por eso, la podía completar como legítima.

Sin embargo, los argumentos expuestos con anterioridad, basados en el artículo 1.035 del Código civil, no resultaban aplicables si existía, en lugar de varios, un único heredero forzoso pasado por alto en el testamento, pero al que se había beneficiado con una donación en vida del causante. En este caso concreto si se comparte la opinión, defendida por algunos autores (41) de que la liberalidad inter-vivos no excluía por sí misma la preterición, los efectos no podrían ser otros que los contemplados en el artículo 814 del Código civil, lo que en determinados supuestos al menos, como el que seguidamente vamos a plantear, resultaría, no se nos oculta, altamente perturbadora. Está dentro de lo posible que el causante en su testamento instituyera heredero a un extraño (la situación cambiaría, por los efectos menos radicales de la preterición sobre el legado artículo 814.1, *in fine*, si hubiera sido nombrado legatario), sin mencionar de ninguna manera a su único heredero forzoso, al que, no obstante, había donado en vida bienes suficientes para cubrir su legítima. En esos casos, si se aplicaba con rigor (42) el artículo 814 del Código civil, debería caer, con la consiguiente apertura de la sucesión *ab intestato*, en favor del legitimario donatario, la institución de heredero hecha en favor del extraño, lo que provocaría una situación ciertamente contradictoria dentro de las normas reguladoras de la sucesión por causa de muerte en el Código civil. En efecto, si el caso expuesto con anterioridad se producía y a él se aplicaba la solución referida, al anular-

---

(41) Ver nota 33.

(42) Esa es la idea admitida con carácter general por SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudio de Derecho civil*, T. 5, Vol. 2, Madrid, 1910, pp. 1140 y ss. DE LA CÁMARA: *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en «R.D.N.», 1955, T. 7, pp. 64 y ss., si bien afirma que la aplicación literal del artículo 814 resulta excesivamente rigurosa, aunque nada fácil de sortear, en supuestos de preterición intencional, para los que propugna una atemperación de los efectos de la preterición. CRUZ AUÑÓN: *Un caso frecuente de preterición*, en «A.A.M.N.», T. 3, 1946, pp. 556 y ss., aunque comparte la opinión de que la institución no debe caer si existe acuerdo entre instituidos y preteridos. ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «R.D.P.», T. 28, 1944, p. 194. MUCIUS SCAEVOLA: *Loc. ult. cit.*, pp. 405 y ss., que sostiene, no obstante, que la anulación total de la institución de heredero sólo debe deducirse si así lo pidió el preterido. De otro lado, de la lectura de las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1903, 11 de mayo de 1909, 30 de junio de 1910, 28 de enero de 1914, 23 de abril de 1932, 11 de marzo y 22 de mayo de 1950, 9 de diciembre de 1955, 15 de octubre de 1957 y «R.D.G.R.N.» de 10 de mayo de 1950, se desprende que en caso de preterición el efecto admitido por ese alto Tribunal era el de anular totalmente la institución de herederos contenida en el testamento salvo que existiera acuerdo entre preteridos e instituidos o los primeros solicitaran expresamente sólo una anulación parcial de dicha institución.

se, por causa de preterición, la institución de heredero hecha en favor del extraño, éste no percibiría nada de la masa hereditaria a pesar de que realizadas las operaciones pertinentes (43), para determinar si la legítima fue o no respetada, se comprobará que sí lo fue. Visto desde otra perspectiva, la voluntad del testador no se respetaría a pesar de que él mismo había dispuesto, total o parcialmente mediante la institución en favor del extraño, de un tercio sobre el que tenía libertad absoluta para disponer (44); del que ahora también se beneficiaría, por el cauce de la sucesión intestada, el heredero forzoso que la atacó, por entenderse preterido. Planteamiento que por las consecuencias a las que aboca hace que nos hagamos la siguiente pregunta: ¿solamente podría darse la solución expuesta? De otra manera: ¿necesariamente se producirían, a pesar de lo perturbadores y contradictorios que resultan, los efectos del artículo 814 del Código civil? Interrogantes que, lógicamente, sólo cobran sentido para la teoría que afirmaba que la donación inter-vivos por sí misma no evitaba la preterición, pero que lo pierden para la contraria, que sólo admitiría la aplicación del artículo 815 del Código civil, pero no la del 814 citado.

Antes de entrar en la posible respuesta a la pregunta que nos hemos formulado hay que aclarar que hemos dejado a un lado las soluciones, que, para atemperar las rigurosas consecuencias de la preterición, ofrecían, básicamente en función de la postura que adoptara el preterido, doctrina y jurisprudencia (45).

Hecha la precedente aclaración trataremos de encontrar una solución a aquella interrogante que resulte, dentro de las coordenadas en que ahora nos movemos (donación inter-vivos no evita la preterición) lo menos perturbadora posible para el testamento. Si el artículo 818 del Código civil se entiende en el sentido de que para fijar la legítima al valor líquido de los bienes hereditarios tuvieran, deberá agregarse el valor (46) que tenía, cuando se hicieron, todas las donaciones realizadas por el testador tanto en favor de legitimarios como

---

(43) En el caso que nos ocupa fundamentalmente las contempladas en el artículo 818 del Código civil, en relación con el 819.1 del mismo Código. Un detenido estudio de cómo debe entenderse el contenido del artículo 818 del Código civil por MORELL Y TERRY: *Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima*, en «R.G.L.J.», Vol. 98, 1901, pp. 288 y ss., y Vol. 99, 1901, pp. 113 y ss.; *Colación especial exigida en el artículo 1.035 del Código civil*, en «R.G.L.J.», Vol. 108, 1906, pp. 27 y ss., y 113 y ss. En contra de la opinión del autor arriba citado, MANRESA: *Más sobre donaciones colacionables a los efectos de fijar la legítima*, en «R.G.L.J.», vol. 99, 1901, pp. 331 y ss.

(44) En tal sentido, artículo 736.2 en relación con los artículos 806 y ss., todos del Código civil.

(45) Ver nota 42.

(46) Sobre cómo debe calcularse ese valor, ver NÚÑEZ LAGOS: *La colación. Historia y crítica de los problemas de valoración (sobre una conferencia de Marin Monroy)*, en «R.G.L.J.», Vol. 189, pp. 712 y ss.

de extraños (47) y aquél se pone en conexión con el artículo 819.1 del mismo Código, cabe pensar lo siguiente:

1.º Una vez fijados los tercios de legítima conforme a lo dispuesto por el artículo 818 del Código civil se podrá conocer si el *quantum* de la donación recibida por el legitimario en vida del causante resultaba suficiente o no para cubrir íntegramente su porción legítima, que en el caso planteado debería coincidir con el total de legítima previamente fijada.

2.º Si efectivamente la donación cubría íntegramente la cuota legítima del heredero forzoso (supuesto del que ahora nos ocupamos), había que entender además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 819.1 del Código civil, que aquella liberalidad debía imputarse a la citada cuota.

3.º Si lo anterior es cierto, es decir, si el valor de lo donado en vida del causante no sólo se computaba (artículo 818.2 del Código civil) para fijar la legítima, sino que además (artículo 819.1 del Código civil) se entendía como un anticipo para el legitimario de su legítima, que resultaba suficiente para cubrirla íntegramente, cabía pensar que la misma (la legítima) no existía realmente, o si se prefiere que existía, pero sobre ella, al estar íntegramente cubierta con la donación inter-vivos del legitimario, el testador no tenía facultada alguna de disposición. En definitiva, si la porción legítima se podía entender totalmente satisfecha por la donación inter-vivos con la que se había beneficiado al heredero forzoso (como lo establecía el contenido del artículo 819.1 del Código civil), no sólo no tendría sentido admitir que hacía falta un nuevo título, ahora testamentario, para atribuir al legitimario el *quantum* (que ya tenía en su patrimonio) al que ascendía la donación recibida, sino que además el causante no podría hacerlo aunque quisiera, porque del mismo ya había dispuesto mediante la donación que hizo al legitimario.

4.º Si lo anterior se admite, o sea, si la donación por la que se benefició al legitimario no sólo debía atribuirse a su legítima, sino que además ésta resultaba íntegramente satisfecha por aquélla y como consecuencia no quedaba legítima disponible, habrá de aceptarse que difícilmente el testador podría incumplir el deber de disposición que respecto de la legítima tenía en favor de los herederos forzosos.

5.º Si conforme a lo anterior el testador no podía incumplir la obligación que respecto de sus legitimarios tenía, de disponer de la legítima en favor de ellos, no se podrá afirmar que al no hacerlo incurriera en su preterición y, por tanto, que entrara en aplicación lo dispuesto en el artículo 814 del Código civil.

---

(47) Ese es el sentido que daban a ese artículo 818 del Código civil MORELL Y TERRY: *Op. cit.*, pp. 288 y ss., 113 y ss., 27 y ss., y 113 y ss. Memoria de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 1902, citada por VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. 1, las Legítimas, Vol. 1, Madrid, 1974 y autores allí citados.

### C) La falta de unanimidad y el exceso de prudencia: sus consecuencias

#### a) Divergencias de la doctrina científica

Lo expuesto con anterioridad pone de manifiesto cómo las diferencias de criterios entre los juristas, en orden a determinar la línea fronteriza que separaba la preterición de lo que no lo era, no sólo había sido una constante del mencionado instituto en su historia patria anterior a la codificación, sino que las divergencias, en torno al punto referido, pervivían tras la publicación del Código civil. Ahora, una vez codificadas las normas civiles, la secesión jurídica, de la figura de la preterición del resto de instituciones que la rodeaban, resultaba evidente en alguno de sus puntos, pero confusa en otros. La claridad se manifestaba, lógicamente, en aquellos temas en los que las opiniones vertidas por los autores, en relación con la figura que estudiamos, no resultaban controvertidas. En este terreno se movía la afirmación de que si el causante omitía totalmente el deber que respecto de sus herederos forzosos tenía de atribuirseles su cuota legítima incurría en preterición (48). De esta manera se ponía de relieve que el citado instituto se asentaba sobre un doble pilar jurídico: uno concretado en el deber del causante de atribuir a los legitimarios su correspondiente porción de la legítima; el otro, materializado en el incumplimiento del mencionado deber.

Pero salvo esas bases claras, sobre las que se iba a construir el concepto de preterición, el resto de teorías que trataban con su formulación de acortarlo se contraponían unas a otras, dando lugar a que los perfiles del mismo aparecieran en algunos de sus puntos distorsionados. Aserto que se confirma cuando la doctrina pasaba a pronunciarse sobre los títulos por los que se podía entender cumplido aquel deber, en definitiva, a concretar el alcance de la expresión «por cualquier título» recogida en el artículo 815 del Código civil. Unos (49), con un sentido restringido de la expresión transcrita, afirmaban que en ella sólo estaban comprendidos los títulos testamentarios, de tal manera que el cumplimiento del deber de atribuir la legítima a los herederos forzosos, y, por tanto, de eludir la preterición, únicamente

---

(48) En este sentido, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, T. 5, Vol. 2, Madrid, 1910, pp. 1131 y ss. CRUZ AUÑÓN: *Un caso frecuente de preterición*, en «A.A.M.N.», T. 3, 1946, p. 546. MUCIUS SCAEVOLA: *Op. cit.*, pp. 420 y ss. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 6.<sup>a</sup> ed., T. 4, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid, 1944, pp. 576 y ss. ESPÍN CÁNOVAS: *Derecho civil español*, Vol. 5, Madrid, 1957, pp. 333 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. 1, Las legítimas, Vol. 1, Madrid, 1974, pp. 603 y ss., aunque este autor hace un examen más minucioso de otros supuestos para incluirlos o no en el ámbito de la preterición.

(49) SÁNCHEZ ROMÁN: *Loc. ult. cit.*, pp. 1131 y ss. PÉREZ ARDA: *Op. cit.*, pp. 252 y ss.

se podría realizar si se utilizaba alguno de aquéllos. Otros (50), por el contrario, dándole un significado más amplio a la citada frase, consideraban que en ella estaban comprendidos no sólo los que podían aparecer en un testamento, sino también los inter-vivos. De tal manera que el causante no incurriría en preterición si cumplía el deber que tenía respecto de sus legitimarios confiriéndoles su cuota legal por título testamentario o inter-vivos. Finalmente, no faltaba quien (51) consideraba que el deber de atribuir la legítima a quienes correspondía, se podía cumplir por alguno de los títulos propios del testamento, mediante los mecanismos de la sucesión intestada e incluso con un título inter-vivos, siempre que, en este último caso, se recordara la atribución en el testamento.

Posiciones doctrinales que, al dar cada una distinta extensión al espacio en el que se debía mover la preterición, propiciaban la incertidumbre en torno a esta institución y, en consecuencia, introducían la duda respecto del ámbito sobre el que se debían de proyectar los rigurosos efectos que para los casos de preterición tenía establecidos el Código civil en su artículo 814.

#### a) *Los cautelosos pronunciamientos del Tribunal Supremo*

El Tribunal Supremo, menos discordante, en sus pronunciamientos sobre la figura que nos ocupa, que las opiniones anteriormente aludidas de la doctrina científica, facilitaba una perspectiva más definida de los perfiles de la citada institución, si bien no llegaba, quizá por el exceso de cautela de sus resoluciones, a fijarlos con la rotundidad precisa. Así, aun cuando en alguna sentencia (52) se había llegado a declarar sin vacilación alguna que «la mención, el recuerdo o preterición donde tiene que resultar es en el expresado testamento» y que «los términos de la ley positiva, así como su racional fundamento, no permiten entender subsanado tal defecto (se refiere al de la preterición) por acto alguno extraño a la disposición testamentaria, porque el título a que se refiere el artículo 815 citado, tiene que ser, según su sentido y alcance, de los que caracterizan dentro del testamento la significación de lo que por el mismo se deja a una persona»; en definitiva, a sostener con total claridad que el deber de atribuir su cuota legal a los legitimarios solamente se podría entender cumplido, en orden a evitar la preterición, si para ello utilizaba el

---

(50) CASTÁN TOBEÑAS: *Loc. ult. cit.*, pp. 576 y ss. ESPIN CÁNOVAS: *Loc. ult. cit.*, p. 334.

(51) VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, p. 479; *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. 1, Las legítimas, Vol. 2, Madrid, 1974, pp. 776 y ss.

(52) Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1908, cuya opinión es seguida por la Memoria del citado Tribunal del mismo año.

causante algunos de los títulos propios del testamento, también es verdad que en las sucesivas decisiones de ese Alto Tribunal ni confirmaban ni revocaban aquella decidida postura. En efecto, el citado órgano jurisdiccional si bien se había atrevido no ya a dar un concepto de lo que debía entenderse como preterición, sino incluso a mantenerlo en varias de sus resoluciones (53), no aprovechó ninguno de esos fallos en los que definía la figura citada como «la privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto al heredero forzoso en línea recta», para ratificarse claramente en la opinión vertida en aquella sentencia o para rebatirla sin rodeos. De esta manera, si bien no creaba confusión en torno al tema, tampoco conseguía despejarlo definitivamente, en aquellos puntos en donde se producían las diferencias doctrinales, al utilizar unos términos que, como el de «testador» recogido también en el artículo 815 del Código civil, no había evitado las discrepancias de los autores respecto al tema.

En base a lo dicho cabe pensar, pues así lo había admitido alguna sentencia del mencionado Tribunal, no corregida posteriormente por ninguna otra (54), que el mismo, al menos en el espacio histórico que ahora nos ocupa (publicación del Código civil hasta la reforma del 1958), entendía acaecida la preterición del heredero forzoso cuando éste no recibía en absoluto por título testamentario alguno la legítima correspondiente. De ser así, el *de cuius* no sólo tenía, para evitar la preterición que imputar a sus legitimarios el *quantum* (total o parcial) de legítima correspondiente, sino que además esa imputación debía realizarla mediante alguno de los títulos propios del testamento. En resumen, en base a la jurisprudencia cabía pensar, como respuesta a las interrogantes que nos hicimos al principio en relación con el posible deber del testador respecto de sus legitimarios y en qué consistiría, que el mismo sería doble:

- Uno, referente a la atribución material de la cuota legítima.
- Otro, al modo en que debía verificarse la citada atribución.

De acuerdo con lo expuesto, la figura en cuestión, desde la posición en que ahora la contemplamos, se construía sobre el incumplimiento de uno o de ambos de los deberes citados, de tal manera que el causante que, respecto de sus legitimarios, no cumplía el deber de atribuirles algo en pago de su legítima o si lo cumplía, omitía hacerlo por alguno de los títulos propios del testamento, estaría en todo caso incurriendo en preterición.

---

(53) Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1909, 25 de mayo de 1917, 23 de abril de 1932, si bien esta sentencia cuando afirma: «No existe preterición cuando el testador, lejos de omitir, *menciona en su última voluntad la persona del heredero forzoso*, aunque no le instituya, pero dejándole manda especial inferior a lo que por legítima le corresponde, parece compartir con más evidencia la doctrina recogida en la de 17 de junio de 1908.»

(54) Ver notas 52 y 53.

#### IV. LA DESHEREDACION: UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA PRETERICION

##### A) El desdoblamiento de una figura

La visión del instituto de la preterición no resultaría completa si no tuviésemos en cuenta la posición que frente a la misma ocupaba la figura de la desheredación y, en particular, la que se había dado en llamar injusta. Es indudable que colocamos en sede de desheredación, ninguna cuestión de límites habría que dilucidar entre ésta, cuando se ajustara a lo establecido por los artículos 848 y siguientes del Código civil, y la preterición. Afirmación que sólo requiere, para ser demostrada, el examen de los requisitos que el Código civil imponía a la desheredación justa. En ésta debían concurrir los siguientes:

1.º Hacerse en base a alguna de las causas expresamente indicadas en la ley (artículo 848 del Código civil).

2.º Mediante el testamento (artículo 849 del Código civil).

3.º Que en él se contenga la causa en la que se funda; cuya certeza debía ser probada si fuera negada (artículos 849 y 850 del Código civil).

La desheredación que se ajustara a las mencionadas exigencias, obvio es hacer hincapié en ello, poco, por no decir nada, tenía que ver con el instituto de la preterición. Junto a la desheredación anterior existía otra calificada de «injusta» cuyos presupuestos de existencia se recogían en el artículo 851 del Código civil. De esta manera, la citada figura resultaba plenamente identificada cuando se debía a alguna de las causas recogidas en el mencionado artículo, que no eran otras que éstas:

1.<sup>a</sup> Hacerla (la desheredación) sin indicar la causa en la que se fundaba.

2.<sup>a</sup> Con expresión de causa, no probada si fuera contradicha.

3.<sup>a</sup> En base a causa distinta de las señaladas en los artículos 852 y siguientes del Código civil.

##### B) Desheredación injusta: una institución fronteriza

###### a) *La privación expresa: un criterio a seguir*

La última desheredación aludida (la injusta) colocada entre la figura de la desheredación justa y la de la preterición, hacía pensar, por la proximidad que tenía con esta última, en la siguiente pregunta: ¿dónde se encontraba la línea divisoria entre esas dos figuras colindantes? O más concretamente: ¿cuándo se podía afirmar que había desheredación injusta y cuándo preterición?

Ambas instituciones presentaban un punto, el de privación, no

admitida por el Derecho, de su legítima a los legitimarios, sobre el que, dada su plena coincidencia, ninguna cuestión de límites cabía plantear; el problema, por tanto, quedaba centrado en establecer unos criterios que permitieran conocer cuándo aquella privación había sido por causa de preterición y cuándo por desheredación injusta. Distinción que tomaba especial relevancia por los distintos efectos que el Código civil en sus artículos 814 y 851 establecía, respectivamente, para uno y otro supuesto.

De los conceptos de preterición emanados de los autores patrios y el ofrecido por el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, era fácil de constatar la idea de que la citada figura suponía siempre una privación tácita de la legítima (55); concepción de la misma en base a la idea citada que ponía de relieve su fundamental diferencia con la desheredación, al suponer ésta una privación que en todo caso, así se desprendía principalmente del artículo 849 del Código civil, debía ser expresa. Peculiaridad de la desheredación justa, que servía para diferenciarla de la preterición, en la que profundizaremos algo más para apreciar si la misma resultaría igualmente válida como característica diferenciadora entre esta última figura y la desheredación injusta.

Si recapacitamos sobre el significado de la palabra desheredar, nos aparecerán pronto dos evidencias:

1.<sup>a</sup> La misma sólo puede tener sentido cuando venga referida a aquellos que tengan su derecho, conferido directamente por la ley o a través del causante, a recibir una parte al menos de una herencia; o lo que es lo mismo, sólo pueden ser desheredados quienes tengan derecho a percibir los bienes de un patrimonio hereditario.

2.<sup>a</sup> Únicamente podrán desheredar (con la excepción de que la ley lo haga directamente) aquellos que tengan el deber de atribuir total o parcialmente su as hereditario a quienes tengan derecho al mismo, es decir, los causantes de la sucesión.

Este último aserto se desprende no sólo de una simple visión lógica del tema, sino además del contenido en los artículos 849 y 851 del Código civil; del primero al afirmar que la desheredación sólo podía hacerse en testamento (en definitiva, por el testador), del segundo porque obviamente se limitaba a establecer los casos de desheredación que aun hechos en testamento (de no contenerse en el mismo no cabría nunca entrar a discutir si eran o no justos, dados los requisitos anteriormente mencionados para la desheredación de este último tipo) debían entenderse, en todo caso, como de desheredación injusta.

---

(55) Entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 2, pp. 1131 y ss. MUCIUS SCAEVOLA: *Op. cit.*, T. 14, p. 420. CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, T. 4. Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid, 1944. p. 576. Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1909, 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932.

Admitidos estos dos grandes presupuestos básicos de toda desheredación:

- Alguien que pueda ser desheredado.
- Alguien que pueda desheredar.

Resulta indiscutible que si quien ostenta esta última facultad la quiere ejercitar, necesariamente tendrá que dirigirla, para que pueda hablarse con propiedad de desheredación, contra aquellos a los que puede privar de toda participación en su herencia. De tal manera que será precisa no sólo la existencia de una intencionalidad, la de privar de la herencia a aquellos que deben recibirla, sino que además aquélla, para que pueda hablarse de desheredación, deberá exteriorizarse; en definitiva, poner de manifiesto que aquella intencionalidad existe. De desconocerse (por permanecer oculta) la citada intencionalidad difícilmente se podría hablar de desheredación justa o injusta al faltar la evidencia de que existe conexión alguna entre la voluntad del que puede desheredar y la persona que puede ser privada, por esa voluntad, de toda participación en la herencia; en resumen, entre los dos presupuestos que se precisan para hablar con propiedad de desheredación.

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

#### b) *El testamento: un medio o único medio de manifestarse*

Ante lo dicho en el apartado anterior, cabría plantearse si la intención del testador de privar de la legítima a los herederos forzosos, debería conocerse necesariamente a través del testamento o resultaría admisible su conocimiento por cualquier otra vía. Más concretamente, si el causante había manifestado, por ejemplo verbalmente, la intención que tenía de privar de su porción legítima a uno de sus legitimarios y posteriormente aquél se limitaba a omitirlo, debía entenderse que había incurrido en desheredación injusta o en preterición. Una primera reflexión sobre la cuestión planteada parecía inclinar la res-

puesta, por las razones que, ahora veremos, tenía su favor, del lado de la desheredación injusta.

1.<sup>a</sup> Se conocía, si bien por una manifestación extratestamentaria, la intención del testador de privar de su legítima a quienes tenían derecho a ella.

2.<sup>a</sup> La exigencia contenida en el artículo 849 del Código civil parecía referirse única y exclusivamente a la desheredación que se denominaba justa, pero no a la que ahora nos importa.

De tal manera que si, de un lado, se conocía la intención del causante de dejar sin legítima a sus legitimarios, y, de otro, que la exigencia de ser testamentaria sólo afectaba a la desheredación justa, todo parecía apuntar que la solución más aceptable fuera la inicialmente dada. Sin embargo, estas conclusiones variaban notablemente si se profundizaba algo más en el tema. Es cierto que la manifestación que al margen del testamento el causante hacía (lo que podía incluso fundamentarlo en alguna de las causas de desheredación previstas por el Código en sus artículos 852 y siguientes) sacaba a la luz su intención de privar de la legítima a los legitimarios; ahora bien, si a pesar de esa exteriorización de la voluntad del causante, éste, al hacer testamento, se limitaba a omitir al heredero forzoso, es igualmente cierto que ese silencio podía entenderse como que aquella intención se mantenía, pero no lo es menos que a la vez habría de admitirse la posibilidad de que el testador, por haberse reconciliado, si es que ese era el caso, en los términos del artículo 856 del Código civil, con el ofensor o por cualquier otro motivo, la hubiese modificado. En definitiva, al no confirmarse en el testamento la intención, amparada o no por el Derecho, manifestada fuera del mismo de no dejar la legítima correspondiente, aparecía inevitablemente la duda, respecto al significado de dicha omisión testamentaria, al faltar la certeza sobre la concreta intencionalidad del causante (si es que la había) que en ella se encerraba. Dicho de otro modo, si aplicados al testamento los criterios que, para la interpretación de sus disposiciones, establecía el artículo 675 del Código civil (56) no se conseguía saber si el causante se mantenía o no firme en aquella intención manifestada extratestamentariamente, cabía entender, de acuerdo con los criterios diferenciadores, entre preterición y desheredación, aludidos, producida la preterición (que no olvidemos también podía ser intencional) y no la desheredación injusta; esta posición resultaba coherente no sólo porque de acuerdo con lo dicho ninguna cláusula testamentaria reflejaba expresamente la intención del causante de privar (conforme a Derecho o no) de la legítima a quienes les correspondía, sino porque, además, la misma no resultaba, dentro de las disposiciones testamen-

---

(56) Más datos sobre este tema en SÁNCHEZ ROMÁN: *Loc. ult. cit.*, T. 5, Vol. 2, pp. 1367 y ss. OSSORIO MORALES: *Op. cit.*, pp. 407 y ss. JORDANO BAREA, J.: *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958.

tarias, evidente ni como voluntad ni como tal intención del testador; si esto era así lo único absolutamente cierto era que el *de cuius* no había cumplido (si lógicamente no se admitía, de existir, la donación inter-vivos como medio de eludir la preterición), frente a uno o más de sus legitimarios, totalmente los deberes que tenía de atribuirles, con arreglo a alguno de los títulos testamentarios, su cuota legítima correspondiente. Evidencia en la omisión y duda en la intención que favorecía el pensar que esos casos debían entenderse como de preterición y no como de desheredación injusta.

## V. APARENTE CLARIDAD Y REAL CONFUSION

### A) La línea recta

Los términos aparentemente claros, en los que aparecía redactado el artículo 814 del Código civil, propiciaban, sin embargo, una gran variedad de cuestiones sobre las que no resultaba fácil encontrar una solución unánime.

La frase con la que se iniciaba el citado precepto: «la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta», introducía ya los primeros puntos sobre los que cabía hacerse estos planteamientos: ¿entre los herederos forzosos se incluían los descendientes y ascendientes naturales? Y de ser afirmativa la respuesta, ¿su preterición tendría las consecuencias previstas en el citado artículo?

La primera pregunta se resolvía con apenas dificultades, en base a los preceptos del Código, en el sentido de considerar como herederos forzosos de los padres naturales a los hijos de esa misma condición legalmente reconocidos o legitimados por concesión Real, así como a éstos respecto de aquéllos (57). Contestada afirmativamente, en los términos expuestos, la primera pregunta que nos hacíamos, quedaba por resolver el tema de los efectos que su preterición acarrearía. Cuestión que la doctrina se inclinaba a resolver, en la medida de lo posible, propugnando unos efectos en general más atemperados que los recogidos en el artículo 814 del Código civil. Línea de moderación que se sustentaba en el hecho de que la cuota legitimaria, correspondiente a los herederos forzosos que ahora nos ocupan, debía sacarse, como se desprendía de los artículos 840 y 841 del Código civil, tanto en concurrencia con descendientes como con ascendientes legítimos, del tercio de libre disposición, lo que, pensaban, hacía innecesario anular la institución de herederos (58). Posición de la doc-

(57) Así se desprendía de los artículos 807.3 y 840 y ss. del Código civil. Línea mantenida igualmente por el Tribunal Supremo en Sentencias de 16 de enero de 1895, 17 de julio de 1908, 27 de febrero de 1909, 11 de marzo de 1950 y 22 de mayo de 1950.

(58) En el sentido expuesto, MUCIUS SCAEVOLA: *Loc. ult. cit.*, T. 14, pp. 422 y ss. SÁNCHEZ ROMÁN: *Loc. ult. cit.*, T. 5, Vol. 2, pp. 1.1.34 y ss.

trina científica que no secundaba la jurisprudencial, que seguía unas directrices más estrictas en la aplicación, para los casos de preterición de hijos naturales reconocidos, de los efectos previstos en el artículo 814 del Código civil, no sólo cuando los instituidos eran herederos extraños, sino incluso cuando resultaban ser herederos forzosos legítimos (59).

## B) Los textualmente omitidos

Más adelante la proposición del citado artículo: «sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea, que nazcan después de muerto el testador», referida a la preterición de los herederos forzosos en línea recta, daba lugar a una nueva controversia en esta materia protagonizada por doctrina y jurisprudencia. La simple lectura de la oración transcrita dejaba inmediatamente a la luz que el centro del problema se localizaba ahora en los cuasi-póstumos. Estos, los nacidos una vez otorgado el testamento, pero antes del fallecimiento del testador, eran los que generaban las dos grandes corrientes de opinión, que una por cauces más angostos y otra más amplios discurrían en sentido divergente. Flujos de opinión que se concretaban en lo siguiente:

1.º Uno mantenía, en base a la literalidad del Código, que la preterición de un cuasi-póstumo, al no estar contemplada expresamente en el texto del artículo 814, no desencadenaría ninguno de los efectos previstos en el citado artículo (60).

2.º Otro, muy al contrario, sustentaba que la omisión de un cuasi-póstumo también debía entenderse como un supuesto de preterición desencadenante de los efectos contemplados, por el reiterado artículo 814, para la mencionada figura (61).

Plantamiento dialéctico que con el tiempo se acabó por decantar en favor de esta segunda posición como lo demuestra el mayor número de autores que con el discurrir de los años (como se puede fácilmente constatar en la última nota recogida) se iban sumando al mis-

---

(59) Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1908, 27 de febrero de 1909, 11 de marzo y 22 de mayo de 1950.

(60) En este sentido, un dictamen de la Redacción de la «R.G.L.J.», T. 160, 1932 pp. 382-383. NOVOA SEOANE: *El derecho de representación según el Código civil. Antinomias aparentes*, en «R.D.P.», T. 1, octubre, 1913, pp. 143 y ss.; *R.D.G.R.N.* de 20 de mayo de 1898.

(61) En esta línea, DE LA CÁMARA: *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en «R.D.N.», 1955, T. 7, pp. 33 y ss. CRUZ AUÑÓN: *Op. cit.*, pp. 551 y ss. FALGUERAS Y OZAETA: *Algunas consideraciones acerca del artículo 814 del Código civil*, en «R.G.L.J.», T. 117, 1910, pp. 353 y ss. MUCIUS SCAEVOLA: *Op. cit.*, T. 14, pp. 409 y ss. CASTÁN: *Loc. ult. cit.*, pp. 576 y ss. SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 2, pp. 1131 y ss.

mo (62), así como por la explicación que de aquella proposición, llegó a dar alguna sentencia del Tribunal Supremo (63) cuando al referirse al artículo 814 se pronunciaba en los siguientes términos: «...y con una laguna relativa a los cuasi-póstumos, atribuida a una errata consistente en haber colocado la preposición “de” en vez del adverbio “aún” entre las palabras “después” y “muerto”» (64).

### C) Un heredero forzoso «sui generis»: planteamientos a que dio lugar

No se agotaban, con todo lo expuesto, los temas que en el artículo 814 ofrecían campo a la polémica; ésta a medida que se avanzaba en su lectura, aparecía nuevamente, si bien referida ahora a un heredero forzoso, que no había merecido tal consideración ni en el proyecto de 1851 ni en el de 1882, el cónyuge viudo (65). La cuestión debatida surgía a raíz del siguiente texto: «La preterición del viudo o viuda no anula la institución; pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código (66). La primera cuestión a plantearse tras lo expuesto sería la de determinar la condición jurídica del cónyuge viudo. En relación con la misma se adoptaron fundamentalmente las siguientes posiciones:

— Una, consideraba que el cónyuge viudo tenía atribuida directamente por ley la condición de heredero (67).

---

(62) Lo que se confirma por AMORÓS y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. 2, Madrid, 1984, p. 1283, en la que afirma al aludir a la reforma de 1958 que las palabras del artículo 814 «sea que vivan... muerto el testador», en realidad únicamente servían para manifestar la irrelevancia del nacimiento del legitimario en conexión con la preterición.

(63) Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1950 en su tercer Considerando.

(64) Diferencia en la redacción que se apreciaba ya entre el artículo 644 del Proyecto de 1851 que establecía: «Sea que vivan al otorgarse el testamento o nazcan después aun muerto el testador» y el artículo 799 del Anteproyecto de 1882 en el que se afirmaba: «Sea que vivan al otorgarse el testamento o que nazcan después de muerto el testador.»

(65) Así lo demuestra el artículo 641 del Proyecto de 1851 y el 792 del de 1882 cuando señalan quiénes son herederos forzosos.

(66) En la enumeración de artículos debía haberse recogido también el 839. Así lo puso ya de relieve SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 2, pp. 1065 y ss. y 1142.

(67) SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 2, p. 810. Postura mantenida también por el Tribunal Supremo en Sentencias de 28 de marzo de 1924 (aunque en ésta habla de heredero forzoso y no simplemente de heredero), 24 de febrero de 1926 y 26 de marzo de 1940. Sin embargo, el mismo alto Tribunal en sus Sentencias de 4 de junio de 1906, 25 de enero de 1911, 14 de marzo de 1916, 28 de enero de 1919 y 10 de enero de 1920, niega la condición de heredero en el cónyuge viudo, llegando a mantener en la última citada lo siguiente: que por regla general la viuda que sólo recibe su cuota viudal y el legado que le fuere dejado en testamento, no reúne el carácter de heredera para el efecto de ser demandada por razón de deudas existentes contra la herencia.

— Otra, a la vez que negaba la cualidad de heredero del premuerto en el cónyuge viudo (salvo que el causante lo instituyera como tal), mantenía que el mismo debía considerarse como legatario de aquél (68).

— Una tercera, que a diferencia de las dos anteriores afirmaba que el mecanismo de atribución al cónyuge viudo de su cuota legal era el mismo (testado o intestado) que el establecido para el resto de herederos forzosos (69).

De las teorías indicadas, las dos primeras parecían abrir paso, al menos en el punto que ahora tocamos, a un tercer género sucesorio: el forzoso. Impresión que se obtenían cuando reconocían en el cónyuge viudo una condición, la de heredero o la de legatario, que le venía conferida directamente por la ley y en virtud de la cual iba a recibir, en todo caso, su correspondiente cuota usufructuaria. Si esto era así no había nada más que transportar lo dicho en otros apartados de este trabajo (70) al caso concreto que ahora nos ocupa para poder afirmar que si la cuota viudal se encontraba atribuida directamente por la ley al cónyuge viudo, a título para unos de herencia y para otros de legado, la misma resultaría indisponible para el causante (71), de tal manera que toda disposición que éste hiciera respecto de aqué-

---

(68) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *La cuota viudal y su regla fija*, en «R.G.L.J.», 1946, T. 12, pp. 449 y ss., quien afirma entre otras cosas que la sucesión en usufructo es siempre un título singular y, en consecuencia, que el viudo no es heredero, sino legatario. VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, pp. 442 y ss.; *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, en «R.D.P.», 1948, pp. 349 y ss., afirma: el derecho legitimario del cónyuge viudo deriva directa y exclusivamente de la ley. Esto hace que tratándose de la legítima del cónyuge viudo, la designación legal y la testamentaria se coloquen en el mismo plano y actúen conjuntamente (a diferencia de lo que ocurre en la legítima de los demás herederos forzosos). Y sigue afirmando: la legítima que el Código civil otorga al cónyuge viudo tiene la naturaleza jurídica de legado, aunque *honoris causa* se le otorgue a aquél el título de heredero, porque ni el designado en cuota de usufructo, ni el llamado como usufructuario universal son sucesores a título universal ni, por tanto, herederos. En contra, de considerar el cónyuge viudo directamente como legatario se manifiesta ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «R.D.P.», 1944, T. 28, pp. 185 y ss., cuando afirma que no es aceptable calificar el derecho que el Código otorga al cónyuge viudo de legado legal.

(69) DE LA CÁMARA: *Estudio sobre el pago en metálico de la legítima en el Código civil. Centenario de la Ley del Notariado*, Secc. 3.<sup>a</sup>, Vol. 1, Madrid, 1964, pp. 882 y ss. y 970 y ss., en donde afirma: no existe un llamamiento legal autónomo a favor del cónyuge por razón de la cuota usufructuaria, pues ésta, como la del resto de herederos forzosos, sólo está reservada, de tal manera que el mecanismo de atribución de la misma es idéntica al que funciona para el resto de herederos forzosos.

(70) Ver fundamentalmente ap. B.: Una posible idea parcial de la preterición en el Código civil.

(71) No obstante, VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. ult. cit.*, en «R.D.P.», 1948, pp. 349 y ss., aun cuando afirmaba que el derecho legitimario del cónyuge viudo derivaba directa y exclusivamente de la ley. A renglón seguido parecía corregir, en cierta medida, esa última afirmación al indicar: esto hace que *tratándose de la legítima del cónyuge viudo, la designación legal y la testamentaria se coloquen en el mismo plano y actúen conjuntamente* (a diferencia de lo que ocurre en la legítima de los demás herederos forzosos).

lla habría de entenderse, en base a lo dispuesto por el artículo 6.3 del Código mencionado, nula de pleno derecho. Esto, en principio resultaba suficiente para rechazar, dada la incompatibilidad existente entre el concepto de preterición y la idea de sucesión forzosa, la bondad, dentro de las coordinadas sucesorias del Código civil, de las dos primeras opiniones anteriormente reseñadas. De no ser así, si el cónyuge viudo resultaba omitido en el testamento de su consorte difunto, es decir, no recibía por testamento su cuota en usufructo, y ni se abría (para los defensores de las teorías expuestas) la sucesión *ab intestato*, habría que plantearse: ¿en qué género sucesorio distinto de los dos mencionados (testado e intestado) tendría fundamento aquella condición de heredero o legatario que del mismo se proclamaba?

De unas breves consideraciones sobre lo que acabamos de manifestar cabría deducir que era la teoría recogida en tercer lugar la que mejor se amoldaba, dentro del tema que nos ocupa, a la idea de preterición que hemos venido perfilando. Sin embargo, aquella primera impresión favorable se desvanecía si se tenían en cuenta planteamientos como éstos:

1.º Es cierto que la idea de preterición referida al heredero forzoso aparece más viable si se considera que la atribución de la cuota usufructuaria sólo puede darse por vía testada o intestada.

2.º De acuerdo con lo anterior, si se produce la omisión del cónyuge viudo en el testamento del premuerto, habrá de entenderse necesariamente que aquél únicamente podrá recibir ya (pues no se le confirió por testamento) su cuota usufructuaria a través de la apertura de la única sucesión que queda: la intestada.

3.º Llegado el caso de abrir la sucesión intestada por preterición del cónyuge viudo, para atribuirle mediante la misma la cuota correspondiente en usufructo, nos encontraríamos que dicho mecanismo resultaría, en caso de existir descendientes, ascendientes legítimos o hijos naturales reconocidos, conforme al contenido del artículo 946: «*A falta de las personas comprendidas en las tres secciones que preceden, heredaran... y los cónyuges por el orden que se establece en los artículos siguientes*», inviable para conseguir la citada finalidad. En otros términos, si el orden de llamamientos establecido por la ley en la sucesión *ab intestato* estaba configurado como sucesivo y no como simultáneo, lo que se confirma en los artículos 930, 935, 939 y 946 del Código civil, resultará lógico pensar que en virtud de lo dicho el cónyuge viudo, siempre que concurriera con sucesores preferentes en el orden de llamamientos, no recibiría nunca su cuota usufructuaria. Aserto que parece confirmar a *sensu contrario* el artículo 953 del Código civil, único en el que, aun llamados a la sucesión *ab intestato* hermanos o hijos de hermanos se reconocía a aquél su derecho a percibir en concurso con los mismos la cuota en usufructo del artículo 837.

a) *Un postura a considerar*

Ante las consecuencias tan dispares como inaceptables dentro de la órbita de la preterición que han resultado de los distintos planteamientos aludidos, entendemos razonable hacernos la siguiente pregunta: ¿existía alguna otra explicación coherente al tema que ahora estudiamos? Dar respuesta a esta interrogante será el propósito de las consideraciones que seguidamente pasamos a exponer:

1.<sup>a</sup> El Código lo único que confiere al cónyuge viudo es un derecho real de usufructo (72).

2.<sup>a</sup> Ese derecho real de usufructo recaía, según los casos, sobre la totalidad o parte de los bienes que integraran el tercio de mejora, sobre los que integraran el de libre disposición o sobre la mitad de la herencia (73).

3.<sup>a</sup> Si la ley no sólo reconocía, fallecido su consorte, al cónyuge sobreviviente un derecho real de usufructo, sino que además indicaba, si se quiere indirectamente, sobre qué bienes (los que integrasen alguno de los tercios citados) se entendía constituido, no precisaba el cónyuge viudo que por testamento, sucesión intestada o forzosa se le atribuyera título alguno de heredero o legatario para hacer valer su derecho real que directamente le daba la ley.

4.<sup>a</sup> En definitiva, si el cónyuge supérsiste resultaba titular de un derecho real de usufructo que recaía sobre los bienes que, según los casos, conformaran los tercios de mejora o de libre disposición, su preterición no tenía por qué provocar la caída de la institución de heredero o la reducción de los legados por inoficiosos, con la consiguiente apertura de la sucesión *ab intestato*, ni tenía por qué tener a su favor llamamiento legal a título de herencia o legado, sino que le bastaba que en ese caso (el de su preterición) la ley le confirmara la existencia de su derecho real que como tal podría dirigir (al igual que si se le hubiera reconocido en el testamento) contra quien fuera el titular de los bienes sobre los que aquél se entendía por ley constituido, sin necesidad de tener para ello la condición de heredero o legatario, testado, intestado o forzoso.

Explicación ofrecida que llevaba a pensar que el cónyuge difunto no tenía respecto del sobreviviente un verdadero deber de atribuirle la cuota que le correspondiera mediante la constitución en su testamento y a su favor de un derecho real de usufructo que se encontraba constituido directamente por la ley en favor de aquél y, en consecuencia, que pudiera hablarse con propiedad, aún omitido totalmente en el testamento de su consorte, de la preterición del cónyuge viudo.

---

(72) Así se desprende de los artículos 834 a 839 del Código civil.

(73) Artículos 834, 835, 836, 837 y 839, todos del Código civil.

## VI. DISTINTOS MEDIOS, IDENTICO PROPOSITO

### A) La controversia entre dos instituciones: argumentos que se manejan

Del examen, hasta aquí realizado, de la figura principal de este trabajo queda patente que la misma, en el período de tiempo ahora estudiado, había conseguido captar en buena medida, como lo demuestran las vivas polémicas suscitadas, la atención que al ámbito del derecho sucesorio dedicaban doctrina y jurisprudencia; si bien no faltaron, durante el período citado, instituciones, como el derecho de representación, que le disputaran, a través de diversos cauces, el protagonismo en el espacio de aplicación y, en consecuencia, aquella atención doctrinal y jurisprudencial. Figura citada que paulatinamente adquiría mayor presencia en la resolución de supuestos igualmente solucionables con los instrumentos que proporciona la preterición. Sin embargo, a pesar de la enorme fuerza de expansión con la que contó en el terreno jurídico el llamado, para algunos desacertadamente (74), derecho de representación, éste nunca llegó a desplazar totalmente a la preterición, su figura rival.

Expuesta la situación entre ambas instituciones, nuestro propósito inmediato será mostrar, siquiera sea de forma resumida, la fuerza que, plasmada en los argumentos elaborados en cada caso por la doctrina, mostraban en sus enfrentamientos cada uno de los institutos mencionados; para ello atenderemos, no a una visión genérica del tema, sino a algunos de los particulares supuestos en los que se cuestionaba concretamente la aplicación de uno u otro. De los distintos casos a analizar, los que fomentaban el mayor número de enfrentamientos doctrinales se encontraban en la premoriencia. Era ésta, referida al heredero forzoso instituido, de la que, en caso de existir legítimos descendientes del premuerto, fundamentalmente se ocupó la doctrina. Aun cuando, si se atiende al planteamiento anterior se apreciará que el problema que subyacía en el fondo, tanto de éste como del resto de supuestos que más adelante analizaremos, no era otro que el de no dejar sin participación alguna en la herencia de un ascendiente a quienes respecto del mismo tenían la consideración de herederos forzosos. Objetivo que se pretendía alcanzar mediante la utilización de los resortes jurídicos que facilitaba una u otra de las figuras citadas: preterición o derecho de presentación. Alternativa para conseguir idéntica meta que sirvió para poner de relieve, entre otras

---

(74) OSSORIO MORALES: *Op. cit.*, p. 338. CASTÁN: *El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria*, en «R.G.L.J.», 1942, p. 158. SIERRA BERMEJO: *El derecho de representación en la sucesión testada*, en «A.A.M.N.», T. 4, 1948, pp. 495 y ss.

cosas, los inconvenientes y las ventajas que se derivarían de elegir, una u otra, como medio de acceder a aquélla.

Con el sólo ánimo de resumir los argumentos, suficientemente explicados por quienes en su momento los elaboraron, ofrecidos en defensa de la aplicación de cada una de las instituciones citadas, puntualizaremos lo siguiente:

a) Quienes el caso planteado lo consideraban de preterición, y como tal debía resolverse de acuerdo con el contenido del artículo 814 del Código civil, afirmaban entre otras cosas:

1. No existe para el caso de premoriencia una norma que de manera expresa llame a los descendientes del hijo premuerto a la porción legítima (75).

2. No resulta necesario introducir al derecho de presentación para resolver un caso que ya tiene solución, en el propio Código civil, respecto de los descendientes legítimos de hijos a través de la preterición y en los demás supuestos mediante el instituto de la sustitución (76).

3. Al seguir el Código civil español el sistema del Derecho romano sobre la preterición se elude el peligro (en caso de premoriencia del hijo, con descendientes, instituido) de que la estirpe quede excluida de la herencia (77).

b) Por su lado, los defensores (78), en el mismo supuesto, de la representación sucesoria, argumentaban en favor de su tesis:

1. Sólo una interpretación «complicada y retorcida» del artículo 814, con el único propósito de rechazar el derecho de representación en favor de los hijos del premuerto, permite llegar a la conclusión de que en ese caso lo que existe es preterición de aquéllos (79).

(75) DE LA CÁMARA: *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en «R.D.N.», T. 7, 1955, p. 33. Si bien en las páginas siguientes continúa dando argumentos en defensa de la tesis que mantiene. Igualmente se mostraba partidario de la preterición ALBI AGERO: *Derecho de acrecer entre herederos forzosos*, en «R.D.P.», 1942, pp. 116 y ss.

(76) CRUZ AUÑÓN: *Un caso frecuente de preterición*, en «A.A.M.N.», T. 3, 1946, pp. 553 y ss.

(77) ROCA SASTRE: *Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria*, en «R.G.L.J.», T. 5, 1943, pp. 600 y ss. Si bien llega a afirmar (pp. 611 y ss.) que no se debe entender que representación sucesoria y testamento sean absolutamente incompatibles, pues esto no acaece cuando el testador hace suyo de un modo expreso o tácito los preceptos que regulan la sucesión intestada. *Idem: Estudios de Derecho privado*, Vol. 2, Sucesiones, Madrid, 1948, pp. 264 y ss., en donde (p. 270) afirma nuevamente: si el legitimario en cuyo favor se dispuso premuere al causante dejando hijos, se producirá la preterición de éstos con todas sus consecuencias salvo que exista sustitución vulgar.

(78) Entre éstos se puede contar a JIMÉNEZ ARNAU: *El derecho de representación en la sucesión voluntaria*, en «R.C.D.I.», 1940, quien en las pp. 22 y ss. parece mantener que aun cuando en el terreno del derecho positivo los descendientes del premuerto deben considerarse preteridos, en el ámbito del derecho constituyente debería admitirse en tales supuestos la aplicación directa del derecho de representación, pues, en definitiva, sus consecuencias serían las mismas que las derivadas de la preterición.

(79) SIERRA BERMEJO: *Loc. ult. cit.*, pp. 467 y ss.

2. En caso de premoriencia del hijo instituido, los descendientes de éste no deben considerarse preteridos, pues ocuparan su lugar como representantes en virtud de un derecho nacido de su cualidad de descendientes (80).

Además de en los supuestos de premoriencia, preterición y representación pugnan, por imponer su aplicación, con los argumentos que para ello les proporcionaba la doctrina, en los casos de desheredación e incapacidad. En el primero, quienes lo consideraban dentro de la esfera de influencia de la preterición argüía que: una correcta lectura del artículo 857 del Código civil, llevaba a la consecuencia de que los hijos del desheredado omitidos, lo que tendrían sería simplemente el derecho que a los preteridos les concedía el artículo 814 del mismo Código (81). Por el contrario, los partidarios de la representación opinaban que era ésta, en virtud de lo expresamente dispuesto en el artículo 929 del Código civil (en relación con el 857), la que resultaba pertinente para la resolución de aquel caso (82). Finalmente algún autor llegaba a afirmar que en los casos de desheredación lo que realmente existía, en favor de los descendientes del desheredado, era una atribución directa de la ley de la porción legítima que constituía simplemente *una successio graduum* (83).

Argumentos utilizados, ante la desheredación, para defender lo razonable de la aplicación de cada una de las figuras citadas que en buena medida se repetían al ocuparse los autores de la incapacidad. Así frente a quienes defendían, en ese caso, la aplicabilidad de

---

(80) NOVOA SEOANE: *El derecho de representación según el Código civil. Antinomias aparentes*, en «R.D.P.», T. 1, octubre, 1913, diciembre, 1914, pp. 143 y ss., quien llega a afirmar que instituidos los herederos forzosos del primer grado se entienden instituidos todos los descendientes de los mismos en línea recta. Postura mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 19 de octubre de 1899 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 88) en la que afirmaba: «En materia de sucesiones debe entenderse que en la palabra hijos están comprendidos los nietos a no ser que se hallen expresamente excluidos»; en semejantes términos las de 3 de octubre de 1903 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 96) y 14 de mayo de 1928 («R.G.L.J.», Juri. Civil., T. 183). De otro lado la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1952 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 15) en un caso de premoriencia del instituido nominativamente afirmaba que: «En cuanto al tercio de legítima estricta nadie ha puesto en duda que, dado el evento de la premoriencia, los nietos deben recibir la participación que les corresponde como herederos forzosos»; si bien rechazaba su extensión a la porción libre (en la que se incluía el tercio de mejora) de la herencia testada.

(81) DE LA CÁMARA: *Op. cit.*, pp. 35 y ss.

(82) CASTÁN: *Loc. ult. cit.*, p. 169. NOVOA SEOANE: *Loc. ult. cit.*, pp. 143 y ss.

(83) ROCA SASTRE: *Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria*, en «R.G.L.J.», T. 5, 1943, p. 609, en la que después de afirmar que en los casos de desheredación el artículo 857 establece el derecho de representación en favor de la estirpe del desheredado (si bien sobre la legítima en sí y no sobre la disposición testamentaria al ser ésta de carácter negativo) sostenía que en rigor se trataba más bien de una *successio graduum*. *Idem: Estudios de Derecho privado*, Vol. 2, Sucesiones, Madrid, 1948, pp. 270 y ss., confirma la tesis citada.

la preterición (84) se encontraban los paladines de la representación (85) y junto a ellos quienes consideraba (86) que a través del artículo 761 del Código civil, lo que se introducía era una especie de *successio graduum*.

Polémica doctrinal entre preterición y representación que, para los defensores de esta última, contaba, una vez pronunciados sobre aquella, con un segundo, pero no por ello menos relevante, punto de discrepancia centrado en el alcance que aquel derecho se le debería de dar dentro de la sucesión testada (87).

## **B) Reflexiones sobre algunos supuestos de solución controvertida**

### *a) La premoriencia del instituido: un hecho con solución alternativa*

Resumidas las posiciones doctrinales en los supuestos contemplados, no podemos, por menos, dejar de hacer algunas consideraciones sobre los mismos, por lo que puedan servir como puntos de vista que se podía haber tenido en cuenta a la hora de decidirse a aplicar una u otra figura al caso concreto planteado.

Si nos colocamos ante el primer supuesto analizado, premoriencia del legitimario instituido en testamento, con descendientes que no lo fueron, y se considera que su contenido no admitía una posible entrada en juego de la figura de la sustitución, se contemplará una situación, por las razones que señalaremos, evidentemente, favorable a la aplicación del instituto de la preterición:

1.<sup>a</sup> Si se combinaban los principios que regían el Código civil en materia sucesoria (88) con el contenido del artículo 807 del mismo, se podía afirmar que los hijos o en su defecto los ulteriores descendientes del instituido premuerto, pasaban a ser herederos forzosos del causante.

2.<sup>a</sup> Admitido lo anterior se debería igualmente reconocer que los

---

(84) DE LA CÁMARA: *Op. cit.*, pp. 36 y ss. En contra, SIERRA BERMEJO: *Op. cit.*, pp. 467 y ss.

(85) GIMÉNEZ ARNÁU: *Op. cit.*, pp. 28 y ss. CASTÁN: *Loc. ult. cit.*, si bien ahora la entrada de la representación se daba a través de los artículos 761 y 929 del Código civil. NOVOA SEOANE: *Op. cit.*, pp. 143 y ss.

(86) ROCA SASTRE: *Loc. ult. cit.*, p. 272.

(87) GIMÉNEZ ARNÁU: *Loc. ult. cit.*, pp. 22 y ss., se muestra partidario de que el derecho de representación debe admitirse con carácter general y no sólo respecto de la legítima. Por el contrario, son proclives a una menor extensión del derecho de representación, CASTÁN: *Loc. ult. cit.*, pp. 154 y ss., si bien considera, al menos defendible, que el derecho de representación abarque a la mejora. OSSORIO MORALES: *Op. cit.*, pp. 334 y ss., afirma que tal derecho (el de representación) sólo debe admitirse respecto de la legítima estricta. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *La cuota viudal y su regla fija*, en «R.G.L.J.», T. 12, 1946, pp. 570 y ss.

(88) Fundamentalmente los recogidos en el Cap. III, del Tít. III, del Código civil (artículo 930 y ss.).

mismos (los descendientes del premuerto), tenían derecho a percibir de éste, y, en consecuencia, que el testador tenía el deber de disponer en su favor, la legítima que como herederos forzosos les correspondía.

3.<sup>a</sup> Si el causante respecto de los mismos había pasado a tener idéntico deber (o deberes si se recuerda lo que se dijo al hablar del concepto de preterición) (89) que tenía para con el premuerto parecía lógico admitir que, si un total incumplimiento en relación con éste suponía incurrir en su preterición, también lo sería cuando aquella falta de cumplimiento viniese referida a los segundos.

4.<sup>a</sup> Entendida la omisión total de los descendientes del instituido premuerto en el testamento de su ascendiente como un supuesto de preterición, se podrían (90) aplicar, sobre las disposiciones testamentarias, los efectos que establecía el artículo 814 del Código civil.

No obstante, a pesar de las afirmaciones precedentes, resulta posible, ante el mismo caso, dar entrada a otras consideraciones, que de atenderse llevarían a una solución completamente distinta de la anterior, como serían:

1.<sup>a</sup> Resulta perfectamente admisible que la premoriencia del legitimario instituido hiciera que sus descendientes, conforme a los principios que regían en esta materia en el Código civil, pasaran a tener, respecto del causante, la mencionada condición de legitimarios.

2.<sup>a</sup> El aserto anterior no suponía en modo alguno, salvo que se diera entrada al derecho de acrecer en favor de los legitimarios instituidos, que aquéllos, incluso sin admitir sustitución alguna en su favor (91), habían sido preteridos. Lo que se fundamenta en los siguientes apartados:

a) Tanto si el legitimario fallecido antes que el causante era instituido por este heredero como legatario, resulta evidente que en ningún caso pasaba a ser titular no ya de la parte de la herencia con la que se le quería beneficiar, sino tan siquiera (en el caso de ser nombrado heredero) del derecho a adquirirla (*ius delationis*).

---

(89) Si se recuerda [Cap. II del Código civil, b) Los cautelosos pronunciamientos del Tribunal Supremo] conforme a la doctrina de este Alto Tribunal el concepto de preterición se construía sobre el deber de la atribución material de la cuota legítima y sobre el deber de que la misma se hiciera mediante alguno de los títulos propios del testamento.

(90) Decimos podrían porque tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y el Notariado había admitido la posibilidad de que el acuerdo entre preteridos e instituidos evitara las perturbadoras consecuencias que sobre el testamento acarrearía la rigurosa aplicación del artículo 814 del Código civil. En este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1903 y 31 de enero de 1913 y Resoluciones de 30 de junio de 1910 y 10 de mayo de 1950.

(91) Recuérdese que el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias había admitido que en la palabra hijos estaban comprendidos también los nietos, así en Sentencias de 19 de octubre de 1899 («R.G.L.J.»), Juris. Civil, T. 88), 3 de octubre de 1903 («R.G.L.J.»), Juris. Civil, T. 96), 14 de mayo de 1928 («R.G.L.J.»), Juris. Civil, T. 183) y 6 de diciembre de 1952 («R.G.L.J.»), Juris. Civil, T. 40).

b) Si se considera (92), que cuando el legitimario instituido (heredero o legatario) premoria al testador no adquiriría ni la parte de herencia dispuesta a su favor ni tan siquiera, si estaba designado heredero, el derecho a adquirirla (*ius delationis*) podrá entenderse, siempre que no resulte aplicable ni el derecho de acrecer ni la figura de la sustitución, que aquella porción a la que estaba llamado quedaba vacante.

c) Conformes con lo anterior cabía admitir sin ninguna dificultad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 912.3 del Código civil, en relación con el 658.3 del mismo cuerpo legal, que respecto de esa porción de herencia, que quedaba sin titular testamentario, tendría lugar la apertura de la sucesión *ab intestato*.

d) Si de acuerdo con lo dicho se producía, para la porción de herencia citada, la apertura de la sucesión intestada, debería entenderse que en ella, en virtud de lo dispuesto por el artículo 933 del Código civil, heredaban los descendientes, del premuerto instituido, por derecho de representación.

e) Admitido esto no resultará forzado pensar, si se considera que en la expresión «por cualquier título» del artículo 815 del Código civil, se incluían también los que lo fueran *ab intestato* (93), que aquéllos no habían sido preteridos; sobre todo si, de acuerdo con lo establecido por el artículo 675 del Código civil, resultaba admisible que fuera la vía de la sucesión intestada la que estuviera presente, al menos en la intención del *de cuius* al elaborar su testamento, como medio de hacer llegar a los descendientes del premuerto todo o parte de su legítima.

f) Conforme a lo expuesto anteriormente, los citados supuestos podrían resolverse, sin especial dificultad, a través de la aplicación del artículo 815 del Código civil sin necesidad de recurrir a los perturbadores efectos que para el testamento tendría, en caso de afirmarse la preterición, la aplicación del artículo 814 del Código civil.

b) *La desheredación de un legitimario: una razón favorable a la preterición*

Para el segundo punto al que aludimos (desheredación del legitimario) se podrían tener en cuenta estas puntualizaciones:

1.<sup>a</sup> En primer lugar, se debería atender a la desheredación, de

---

(92) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 657 del Código civil. En el mismo sentido, ALBALADEJO: *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, pp. 18 y 47, cuando afirma que si el instituido premuere al testador no recibe delación; *La sucesión «iure transmissionis»*, en «A.D.C.», 1952, T. 4, Fas. 3, pp. 915 y ss.

(93) VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, p. 479; *Op. cit.*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 4, pp. 1366 y ss., si bien parece exigir una cierta intencionalidad en el causante respecto de la sucesión intestada para que la misma pudiera evitar la preterición.

tal manera que si ésta era injusta no habría nada que discutir, dado que la solución vendría por los cauces dispuestos en el artículo 851 del Código civil para las de este tipo, sobre la aplicación de la preterición o del derecho de representación.

2.<sup>a</sup> Si, por el contrario, la desheredación del legitimario se ajustaba a las exigencias que el Código civil imponía (artículos 848 y siguientes) para llevarla a cabo, se debería atender a los siguientes puntos:

— Que el causante desheredaba justamente al heredero forzoso con descendientes sin atribuirles a éstos nada en su testamento (si hacía alguna disposición en favor de éstos obviamente no se produciría su preterición).

— Que el *de cuius* hubiera dispuesto de todo su as hereditario.

Si los presupuestos aludidos se daban: ¿qué institución resultaría procedente aplicar: la preterición o el derecho de representación? Para ayudar a encontrar la respuesta más adecuada a la cuestión planteada cabría hacer, en términos de gran cautela, consideraciones como éstas:

a) De acuerdo con lo expresamente dispuesto por el artículo 658 del Código civil cabía afirmar que únicamente la sucesión deferida por la voluntad del hombre manifestada en testamento se podía calificar de testamentaria.

b) Si junto a lo anterior se llegaba a reconocer que los únicos tipos de sucesión *mortis causa* admitidos en nuestro Código son la testada y la intestada, y en ningún caso la denominada forzosa, resultaría coherente pensar:

— Carecería de sentido hablar, al menos en el caso que nos ocupa, respecto de la sucesión testada del derecho de representación, puesto que ello requeriría, como se constataba en la lectura del artículo 658 citado, para ser utilizada con propiedad que necesariamente viniese diferida por la voluntad del hombre manifestada en testamento, en definitiva, por el testador.

— Si el derecho de representación en la sucesión testamentaria, en favor de los descendientes del desheredado, únicamente podría introducirse por voluntad del causante de la misma, parecería, si se tienen en cuenta los presupuestos de los que hemos partido, más lógico admitir si de las cláusulas testamentarias se llegaba a desprender, bien como voluntad, recogida literalmente en las mismas a través de su interpretación, bien, en caso de duda, como intención del causante (94), que éste quería hacer llegar a los descendientes del desheredado a través, incluso, de su denominado, en favor de los mismos derechos de representación, que éstos habían sido instituidos herederos

---

(94) Artículo 675 en relación con el 772.2 del Código civil, en el que no exigía forma determinada para instituir herederos y, entre otros, con los artículos 660 y 768 del mismo Código.

o legatarios, condición en virtud de la cual percibirían, y no por un derecho de representación, la legítima correspondiente.

En resumen, si de los únicos tipos de sucesión reconocidos por el Código civil, testada e intestada, la primera, que prevalecía sobre la segunda (artículo 658.1 del Código civil), únicamente podía tener su origen en la voluntad del causante (artículo 658.1 del Código civil) y éste, en su testamento, había distribuido íntegramente su patrimonio hereditario sin disponer nada en favor de los descendientes del desheredado, difícilmente podría afirmarse que éstos iban a recibir su legítima mediante la representación testamentaria, cuando ni se había dejado una vía abierta a la sucesión intestada para que actuara sobre parte, al menos, del patrimonio hereditario, ni la voluntad del *de cuius*, manifestada en su testamento, daba acceso al derecho de representación en favor de los mismos. De tal manera que si además se entendía que los descendientes del desheredado habían pasado a ser, como consecuencia de la desheredación, herederos forzosos del causante (artículo 807 en relación con el 857 del Código civil), éstos podrían, al no recibir por vía alguna nada de la herencia, considerarse preteridos. Consecuencia a la que no se oponía el artículo 929 del Código civil en el que se establecía la posibilidad de representar a una persona viva en los casos de desheredación o incapacidad, pero no imponía hacerlo.

Si, por el contrario, el causante al hacer testamento, por el que igualmente distribuía íntegramente su patrimonio, se decidía a introducir un derecho de representación, en favor de los descendientes del desheredado, para que éstos percibieran la parte de legítima correspondiente, tal derecho debería entenderse más bien, puesto que se utilizaba para disponer directamente en favor de los citados descendientes, como una disposición (artículo 668 del Código civil) a título de herencia o de legado.

Ahora bien, lo dicho hasta el momento ni implicaba, aun admitiéndolo, que el testador no pudiera, en modo alguno (ejemplo: si no disponía de parte de su haber hereditario) valerse para distribuir su herencia de los medios que se regulaban en la sucesión *ab intestato*.

### c) *La incapacidad: otro supuesto a considerar*

En los casos de incapacidad del legitimario inmediato con descendientes cabría distinguir:

1. En el caso de que en su testamento, en el que hubiera dispuesto de todo el as hereditario, no instituyera ni al incapaz ni a sus descendientes, cabría tener en cuenta prácticamente las mismas razones ya expuestas al hablar de la desheredación para decidir si en dicho caso debería funcionar el mecanismo de la representación.

2. Que el incapaz fuera instituido, pero no sus descendientes. Ante esto cabría precisar:

— Si el incapaz se mantenía jurídicamente como tal a pesar de ser instituido por el causante (95) habría de afirmarse, de acuerdo con el artículo 755 del Código civil, la nulidad de la disposición testamentaria hecha en su favor.

— Afirmación precedente que conectaba con el contenido de los artículos 761 y 764 del Código civil, posibilitaba mantener, fundamentalmente a tenor de lo dispuesto en el artículo 764, *in fine*, «y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos» (entiéndase *ab intestato*), que los descendientes del incapaz, aun sin haber sido instituidos en el testamento, podrían, por razones ya dichas (96), no considerarse preteridos al recibir parte de la herencia del causante como sucesores intestados; con la posibilidad lógicamente de poder ejercitar las acciones que para completar su legítima, si era el caso, les concedía el artículo 815 del Código civil.

Al igual que los apartados precedentes (en los que nos hemos ocupado de las vicisitudes que, desde la publicación de nuestro Código civil hasta la reforma del mismo por la Ley de 24 de abril de 1958, afectaron al instituto de la preterición) en los que siguen (comprenderán desde la citada ley hasta la más reciente de 13 de mayo de 1981) trataremos igualmente de centrar nuestro estudio fundamentalmente en las normas que, vigentes en el citado período, incidían sobre el mencionado instituto, así como en las opiniones doctrinales de más relieve vertidas, en relación con el mismo, en el transcurso de aquél.

## VII. LAS ESCASAS REPERCUSIONES DE UNA REFORMA NORMATIVA

### A) Supresión y ampliación: simple reconocimiento legal de tesis precedentes

A pesar de ser muchas otras, incluso de más envergadura jurídica, las cuestiones que habían suscitado, al hilo del artículo 814 del Código civil, mayores polémicas entre los autores patrios o recelos en los pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal (97), la Ley de 24 de abril de 1958, en relación con el mencionado artículo, se limitó a recortar y retocar su contenido en extremos que, por otro lado, habían quedado ya prácticamente superados por la orientación que respecto de ellos

---

(95) Es decir, no le era de aplicación la norma del artículo 757 del Código civil

(96) Que la sucesión intestada podía evitar la preterición, VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. ult. cit.*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, p. 479, y «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 4, pp. 1366 y ss.

(97) Ver apartados precedentes.

habían tomado doctrina científica y jurídica (98). En efecto, una simple lectura del mismo antes y después de la citada ley evidenciaba, si se recuerdan los numerosos problemas que relacionados con la preterición se habían suscitado, las escasas pretensiones de solución a los mismos que el nuevo texto representaba; limitado a excluir la frase: «sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea, que nazcan después de muerto el testador», que había propiciado diferencias doctrinales sobre si debían o no considerarse dentro de esa formulación los cuasi-póstumos y a incluir, respecto de los derechos del cónyuge viudo, la referencia a dos artículos, el 838 y 839 del Código civil, anteriormente silenciados (99). Alcance de la reforma de 1958 sobre el reiterado artículo 814 del Código civil, que junto con la permanencia de artículos, como el 815 y 851 del Código civil, claves en la elaboración del concepto de preterición, permitían afirmar no sólo que los efectos para el testamento continuaban idénticos, caso de producirse aquélla, antes y después de la citada reforma, lo que resultaba evidente con la simple lectura del artículo 814 en su versión nueva y derogada, sino además que no se había operado una modificación normativa del suficiente calado como para dar entrada a un nuevo concepto de la figura que nos ocupa (100); si bien con la nueva regulación, introducida también por la Ley de 1958, de la figura de la adopción en el Código civil se podía considerar ampliado el alcance personal de la preterición, si se conectaba el contenido del artículo 807.3 del Código civil, en el que se incluían entre los herederos forzosos a los hijos naturales legalmente reconocidos y al padre o

---

(98) Recordar, entre otras, la *R.D.G.R.N.* de 10 de mayo de 1950 y las opiniones de SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, T. 5, Vol. 2, Derecho de sucesión, Madrid, 1910, p. 1131. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*, T. 14 (artículos 806-857), 4.ª ed., Madrid, 1944, pp. 423 y ss. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 6.ª ed., T. 4, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid, 1944, pp. 576 y ss. DE LA CÁMARA; *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en «R.D.N.», 1955, T. 7, p. 33, en las que se admite la preterición de los cuasipóstumos. Y, de otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1900 («R.G.L.J.», *Juris. Civil*, T. 89) y la advertencia de la doctrina sobre la incompleta remisión del artículo 814 al aludir a los artículos en los que se contenían los derechos del cónyuge viudo. SÁNCHEZ ROMÁN: *Loc. ult. cit.*, T. 5, Vol. 2, p. 1142.

(99) En relación con la reforma del artículo 814 del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958 se ha llegado a afirmar que la supresión de las palabras «sean que vivan... muerto el testador» se hizo con ocasión de retocar el mencionado artículo en la remisión que éste contenía respecto de los derechos del viudo, pero sin necesidad alguna de hacerlo. AMORÓS y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. 2, Madrid, 1984, p. 1283.

(100) Afirmación que se ve confirmada por la referencia que en trabajos posteriores a 1958 los autores, prácticamente sin excepción, hacían con relación a este tema a opiniones aparecidas con anterioridad a dicho año; entre otros muchos: PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, T. 5, Vol. 3, Barcelona, 1964, pp. 203 y ss. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, T. 5, Sucesiones, Vol. 2, Madrid, 1963, pp. 709 y ss. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, T. 6, Vol. 1 (artículos 744 a 839), 8.ª ed., Madrid, 1973, pp. 646 y ss.

madre de éstos, con el del artículo 179.1 del mismo Código (ambos modificados tras la mencionada ley), en el que se equiparaban, respecto de la adopción plena, los herederos del adoptado en la herencia del adoptante a los del hijo natural reconocido y los del segundo en la sucesión del primero a los del padre natural, sin que ello supusiera, no obstante, para el adoptado la pérdida de sus derechos sucesorios respecto de sus ascendientes o colaterales por naturaleza (artículo 179.2 del Código civil). Alcance personal que más adelante, concretamente por Ley de 4 de julio de 1970, tomaba mayor profundidad para adoptados y adoptantes en la adopción plena al equipararlos (con algunas particularidades), a los hijos y padres legítimos, respectivamente (artículo 179, párrafos 1 a 4, del Código civil), a la par que se ampliaba cuando en el artículo 180, *in fine*, del Código civil se asimilaba, en la sucesión del adoptante, a los adoptados en forma simple con los hijos naturales reconocidos y aquél en la sucesión del adoptado a la del padre natural (101).

## **B) Discrepancias y continuidad: pruebas de una insuficiencia**

Pero, como avanzamos, la reforma normativa que en el Código civil introducía, respecto de la preterición, la Ley de 24 de abril de 1958 resultaba insuficiente para resolver muchas de las importantes polémicas surgidas, con anterioridad a esa fecha, en torno a la figura mencionada; prueba de esa insuficiencia se encuentra, de un lado, en la existencia, con posterioridad a la misma, de discrepancias doctrinales (de las que ya nos ocupamos en apartados precedentes) que nacida antes de la aparición de la reiterada ley seguían reproduciéndose después de ésta, como eran:

1.<sup>a</sup> A pesar de que en su gran mayoría los autores, después de 1958, seguían mostrándose contrarios a admitir en el Código civil una sucesión forzosa, para los herederos de ese nombre, respecto de la

---

(101) Para más información sobre la adopción ver (entre otras muchas obras relacionadas en las que ahora se cita), GARCÍA CANTERO: *Aspectos sucesorios de la nueva Ley de Adopción*, en «R.G.L.J.», T. 41., 1970, pp. 677 y ss., en las que se precisa que el hijo adoptivo (se está refiriendo a la adopción plena) no se inserta en la familia del adoptante a efectos sucesorios de tal manera que si el adoptante fallece el hijo adoptivo no heredará a los padres de éste. VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. 1, Las legítimas, Vol. 1, Madrid, 1974, pp. 106 y ss., quien tras plantearse si en la adopción plena el adoptado conserva los derechos legítimos frente a sus ascendientes por naturaleza, se inclina por una respuesta afirmativa. En el mismo sentido, GARCÍA BERNARDO: *La legítima del Código civil en la adopción*, en «R.D.P.», T. 57, pp. 534 y ss., quien además la extiende a los supuestos de adopción simple. ALBALADEJO: *Para una interpretación del artículo 814.1 del Código civil*, en «R.D.P.», 1967, T. 51, pp. 1045 y ss., en las que se muestra partidario de que la preterición del hijo adoptado por el adoptante tras la reforma de 1958 sólo debe dar lugar a una reducción a prorrata de todas las disposiciones testamentarias, pero en ningún caso a la nulidad total de la institución de heredero.

legítima, no faltaban quienes, al menos para la misma, afirmaban su existencia en aquél, como un tercer tipo sucesorio, junto al testado e intestado (102).

2.<sup>a</sup> Si bien, en el período que nos ocupa, la corriente más aceptada doctrinalmente había pasado a ser, en líneas generales, la que entendía la expresión «por cualquier título» del artículo 815 del Código civil comprensiva de la posibilidad para el causante de atribuir la legítima, a los herederos forzosos como medio de evitar su preterición, a título de heredero (testado o intestado), legatario o donatario, con la exigencia, para este último, de su recuerdo testamentario (103), no faltaba quien entendiera esta última alusión en testamento, innecesaria para eludir aquélla (104).

3.<sup>a</sup> Por lo que hacía a la posibilidad de aplicar o no el derecho de representación en la sucesión testada con la distinta incidencia, de la que ya nos hicimos eco, que una y otra postura tendría sobre el ámbito de aplicación de la preterición, las opiniones ofrecidas mantenían, al igual que antes, puntos de vista divergentes respecto a la aplicación de aquel derecho en la sucesión testamentaria (105).

---

(102) Partidarios de la primera postura se mostraban: GARCÍA BERNARDO: *Designación «mortis-causa», vocación hereditaria y adquisición automática*, en «R.D.N.», núm. 24, 1959, pp. 97 y ss.; *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, pp. 330 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, en «A.D.C.», T. 28, Fas. 1, 1965, pp. 108-109. DE LA CÁMARA: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil. Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. 3.<sup>a</sup>, Vol. 1, Madrid, 1964, pp. 760 y 987. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, Vol. 2, pp. 739 y ss. GARCÍA-BERNARDO: *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 83 y ss. GARRIDO PALMA: *Visión notarial de la legítima*, en «R.D.N.», 1971, pp. 511 y ss. De la segunda, GARCÍA VALDECASAS: *La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, en «R.D.P.», T. 67, 1963, pp. 956 y ss., si bien reconoce la sucesión forzosa sólo respecto de la que él llama cuota hereditaria reservada. MENÉNDEZ-VALDÉS: *Variaciones sobre la legítima*, en «R.D.P.», T. 63, 1969, pp. 169 y ss.

(103) GARCÍA-BERNARDO: *Designación «mortis-causa», vocación hereditaria y adquisición automática*, en «R.D.N.», núm. 24, 1959, pp. 97-98; *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, pp. 330 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, en «A.D.C.», T. 18, Fas. 1, 1965, p. 104; *Las legítimas*, Vol. 2, p. 780. DE LA CÁMARA: *Loc. ult. cit.*, p. 777. GARCÍA-BERNARDO: *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, p. 99. MANRESA: *Loc. ult. cit.*, p. 672.

(104) ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, Vol. 5, Sucesiones, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1974, p. 485.

(105) VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, pp. 91 y ss. y 627 y ss.; *Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil*, en «R.D.P.», 1967, p. 737: al admitir la representación, en el «status» del legitimario, de forma plena en los casos de premoriencia y limitada en los de desheredación o indignidad, parecía aceptar el juego del derecho de representación, en la legítima estricta, únicamente en los dos últimos supuestos. Por contra la resolución de la «D.G.R.N.», de 14 de agosto de 1959 (Jurisprudencia Registral, T. 9, 1951.63) negaba absolutamente, en la sucesión testada la posibilidad de dar entrada, tanto en los casos de premoriencia, desheredación, renuncia o incapacidad, el mecanismo del derecho de representación. En el mismo sentido, GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, pp. 354-355.

Y, de otro lado, la poca entidad de la reforma también se hacía patente en la referencia que en los trabajos dedicados, con posterioridad a ese año de 1958, al estudio del entonces vigente instituto de la preterición, o de algunos de sus problemas, los autores, una vez para apoyar sus tesis y otras para mostrar las contrarias, hacían a obras o resoluciones elaboradas con anterioridad a aquel año (106).

### C) Conceptos de la preterición: reflejo de coincidencias y divergencias

Con todo, las discrepancias doctrinales existentes no constituían, sin embargo, óbice alguno para que los autores se decidieran a resumir en conceptos lo que entendían por el instituto de la preterición. Llegados a este punto observamos, al comparar algunos de los ofrecidos por la doctrina científica, la falta de una plena identidad entre los mismos, si bien se apreciaban algunos puntos de coincidencia que seguidamente concretaremos:

1.º La privación o la omisión iba referida siempre, mediata o inmediatamente, a un legitimario, condición que inevitablemente se conectaba, unas veces de manera expresa y otra tácita, con la legítima.

2.º Debía darse (la privación u omisión) en el testamento.

3.º De forma no expresa (107).

Por lo que hace a las diferencias, éstas se mostraban particularmente acentuadas cuando los autores, en su intento de precisar aún más el alcance de los términos privación u omisión, los ponían en conexión con ideas como las que siguen: uno con la cualidad de heredero latente en el legitimario (108), otros con la idea de cuota reservada (109), sin que faltara quien remitía la omisión sólo al legitimario, pero siempre que no resultara, ni del texto ni del contexto del testamento, que el causante había querido excluirlo (110), a la pre-

---

(106) Sirvan de ejemplo, entre otros muchos, CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, T. 6, Derecho de sucesiones, Vol. 2, 8.ª ed., Madrid, 1979, pp. 681 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 592 y ss. PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*, 2.ª ed., T. 6, Sucesiones, Pamplona, 1972, pp. 708 y ss. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, T. 5, Vol. 2, Barcelona, 1964, pp. 203 y ss. ALBALADEJO: *Loc. ult. cit.*, pp. 1023 y ss. GARCÍA-BERNARDO: *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 101 y ss. PUIG BRUTAU: *Tratado de Derecho civil español*, T. 5, Vol. 2, pp.373-374.

(107) GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II. p. 363; *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 101 y ss. GARCÍA VALDECASAS: *Loc. ult. cit.*, p. 966. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, p. 594. SANTOS BRIZ: *Derecho civil teoría y práctica*, T. 6, Derecho de sucesiones, Jaén, 1979, pp. 685 y ss. PUIG PEÑA: *Op. cit.*, T. 5, Sucesiones, Vol. 2, pp. 374, 375 y 709.

(108) GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y...*, p. 363; *La legítima en el Código civil*, p. 101, acentúa la idea, ya aludida en la obra anteriormente citada, de privar de toda participación hereditaria sin imputar a la legítima.

(109) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 966.

(110) VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. ult. cit.*, T. 1, Vol. 1, Las legítimas, p. 604.

sunción de existencia de una determinada voluntad por parte del testador (111), o a la falta de las referencias dispositivas precisas para cubrir al menos en parte la legítima (112).

De lo expuesto se puede desprender que una identificación de la figura que nos ocupa (la preterición), de acuerdo con las opiniones doctrinales recogidas, debería pasar siempre por la comprobación de la existencia de esos puntos sobre los que no se daba discusión alguna entre los autores.

#### **D) Las resoluciones de la doctrina jurídica: una confirmación de la cicatería de la reforma**

Ahora bien, ¿esos requisitos admitidos unánimemente por la opinión de la doctrina citada, eran también aceptados por la jurisprudencia como, caso de darse, indicativos de una presumible existencia de preterición? Al trasladar nuestra atención sobre la pregunta planteada apreciamos, en un primer acercamiento, cómo las resoluciones judiciales se encontraban lejos de entender la preterición de forma distinta a como lo habían hecho con anterioridad (113); esto permite afirmar que las nuevas decisiones lo eran exclusivamente en función del tiempo en el que se daban (después de 1958) y no por razón de su contenido en el que se reflejaba la fidelidad a la idea de preterición anteriormente consagrada entre la jurisprudencia (114). Afirmación fácilmente constatable si se observa cómo los pronunciamientos referidos, al resolver supuestos de preterición, razonaban sus planteamientos sobre esta figura sin detenerse en explicar el significado que a la misma daban (115), lo que, en definitiva, suponía admitir como bueno, aunque implícitamente, el aparecido en resoluciones precedentes; o en todo caso llegaban a «arriesgar» afirmaciones como éstas: «y es esta omisión (la de una hija natural reconocida con posteriori-

(111) SANTOS BRIZ: *Op. cit.*, T. 6, p. 685.

(112) PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, T. 5, Sucesiones, Vol. 2, pp. 374-375; *Compendio de Derecho civil español*, 2.<sup>a</sup> ed., T. 4, Pamplona, 1972, p. 709.

(113) Si recordamos en el precedente apartado del Código civil: b) Los cautelosos pronunciamientos del Tribunal Supremo, afirmábamos cómo la preterición se asentaba sobre un doble deber:

— Uno, referente a la atribución material de la cuota legítima.

— Otro, al modo en que debía verificarse la citada atribución.

(114) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1932 («R.G.L.J.», *Juris. Civil*, T. 203), no sólo da el concepto legal de la preterición como: «La privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto a dicho heredero forzoso en línea recta», sino que alude también a jurisprudencia anterior que lo recogía.

(115) R.D.G.R.N., de 14 de agosto de 1959, que se limitaba a afirmar: «Lo expuesto anteriormente conduce a estimar (al haber rechazado la posibilidad al derecho de representación) existente en el caso discutido (omisión de un nieto en el testamento de la abuela por premoriencia de su padre instituido) un supuesto de preterición regulado en el artículo 814 del Código civil.»

dad al testamento) la que sea cualquiera el motivo, sanciona el artículo 814 del Código civil con la anulación de la institución de heredero» (116); «que en la preterición no hay una voluntad declarada del testador» (117), o bien que no se había producido la preterición del heredero forzoso «al no haber habido omisión o falta de mención del mismo en el testamento» (118). Orientación de las resoluciones citadas que, además de lo afirmado al principio, permite sostener, como respuesta a la interrogante planteada, que aquellos requisitos también eran tomados en cuenta por la jurisprudencia para el reconocimiento en los distintos supuestos de la preterición.

Así pues, al menos desde la perspectiva ofrecida por la jurisprudencia, se puede sostener que ésta contaba, para la apreciación de la existencia del instituto en cuestión, con un doble mecanismo (en buena medida complementario) que se traducía, de un lado, en comprobar si en el supuesto contemplado confluían o no los requisitos aceptados por doctrina científica y jurídica como inmanentes a la figura de la preterición, y, de otro, en constatar, si la comprobación resultaba positiva, si se producía también el cumplimiento o no de los deberes sobre los que se asentaba jurisprudencialmente aquella figura (119).

### **E) Tácita: una nota de dudoso valor distintivo**

#### *a) Una primera impresión: incontrovertida vigencia de dos términos contrapuestos*

Para conseguir un mayor afianzamiento en la teoría expuesta en el sentido de que sobre el instituto de la preterición, tal y como se había entendido en los años precedentes al de 1958, la reforma operada ese año prácticamente había pasado sin afectarle en profundidad, entendemos necesario llevar a cabo, dada la proximidad de las instituciones, un repaso a los puntos claves de distinción entre el instituto mencionado y el de la desheredación. Si recordamos al ocuparnos, en el capítulo que antecede, del tema ahora suscitado, afirmábamos que la principal diferencia entre aquella y ésta radicaba, de acuerdo con las opiniones de la doctrina y el Tribunal Supremo, en el carácter tácito de la primera y expreso de la segunda; si bien nos deteníamos especialmente en demostrar no sólo que el carácter expreso, clara-

---

(116) Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1969 (Ref. Aranzadi 3.824) en la que además, tras invocarse sentencias anteriores, se afirma que de acuerdo con las mismas la desheredación o la preterición han de resultar exclusivamente del testamento.

(117) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1959 (Ref. Aranzadi 125).

(118) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1981 (Ref. Aranzadi 534).

(119) Ver lo dicho en nota 113.

mente afirmable por mor del artículo 849 del Código civil, para la desheredación justa resultaba igualmente posible considerarlo como nota distintiva de la desheredación injusta frente a la preterición; sino también en el alcance que se debería dar al mismo (120).

La respuesta a la cuestión planteada pasa inicialmente por la constatación de la continuidad o no del carácter tácito para la preterición y expreso para la desheredación (fundamentalmente la injusta) como las principales notas distintivas de ambas figuras. Propósito que nos lleva a comprobar, una vez más, la escasa variación sufrida, tras la reforma, en puntos de vista admitidos como válidos con anterioridad. En efecto, no sólo los autores, sino también el Tribunal Supremo continuaban haciendo el trazado de la línea divisoria entre preterición y desheredación en atención, fundamentalmente, a estas dos palabras: tácita y expresa (121). De acuerdo con esto, todo parecía indicar que la distinción entre ambas figuras no presentaba mayor complejidad; bastaba con atender a si la privación se había hecho tácita o expresamente (si, como es lógico, se cumplían los demás requisitos exigidos) para determinar ante qué figura, de las dos anteriormente aludidas, nos encontrábamos.

b) *Un paso más: la comprobación del término relativo a la preterición*

A pesar de lo dicho, profundizaremos algo más en la expresión «tácita», como distintiva del instituto de la preterición, al igual que lo hicimos con la «expresa», referida a la desheredación injusta, en el capítulo precedente (122), para comprobar si, en efecto, su valor como piedra de toque del instituto mencionado resultaba, como al parecer así era, incontestable. Cuestión suscitada que, a nuestro entender, requiere para su adecuado encauzamiento que nos hagamos las siguientes preguntas:

- 1.<sup>a</sup> ¿Qué significado podía darse a la palabra tácita?
- 2.<sup>a</sup> ¿A quién o a qué había que referirla dentro del contexto de la figura que nos ocupa?

---

(120) Ver apartado D) La desheredación: una nueva perspectiva de la preterición. Y subapartados en él contenidos.

(121) GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y...*, pp. 363 y ss. GARCÍA VALDECASAS: *Loc. ult. cit.*, p. 967. CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, pp. 681 y ss. GARCÍA-BERNARDO: *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 100 y ss. SANTOS BRIZ: *Op. cit.*, p. 685. MANRESA: *Op. cit.*, p. 647. ROVIRA MOLA: *N.E.J.*, T. 7, voz: desheredación, Barcelona, 1980, pp. 258 y ss. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1959.

(122) Ver apartado D) La desheredación: una nueva perspectiva de la preterición.

## 1. Una encrucijada de significados: la elección de una vía

La búsqueda de una solución a la primera interrogante conduce, por las distintas acepciones de la palabra indicada (123), a una encrucijada en la que no resulta fácil orientarse acertadamente. Con todo, parece que el significado más aceptable sería no sólo aquel que sirviera para contraponerlo, dada la labor de distinción que se le había otorgado entre las dos figuras citadas, al del otro término diferenciador, «expreso» (124), sino que además resultara de coherente aplicación al concepto o conceptos a que podía ir referido mediata o inmediatamente. De acuerdo con los criterios mencionados el sentido más aceptable, al menos en principio, de la palabra «tácito, ta», sería el siguiente: «lo que no se dice formalmente, sino que se supone e infiere, como si se expresa claramente, por algunas razones que lo apoyan» (125).

## 2. Las incongruencias de una expresión: privación tácita

La segunda interrogante planteaba el tema de a quién o a qué habría que referir el significado del término anteriormente estudiado. De acuerdo con las afirmaciones que habían hecho, no ya a partir de 1958, sino incluso con anterioridad, doctrina y Tribunal Supremo (126), todo parecía apuntar que lo tácito (o tácita) iba referido al término privación; de otra manera, que era la privación la que resultaba expresa (desheredación injusta) o tácita (preterición). Privación tácita o expresa que vendría hecha, de acuerdo con las instituciones a las que ahora nos referimos, por el causante respecto de sus herederos forzosos, como fácilmente se puede desprender si se conecta lo dispuesto, entre otros, por los artículos 807 y 814 del Código civil y lógicamente en relación con su cuota de legítima.

Pero si se medita sobre la afirmación en virtud de la cual se sostenía que la expresión «tácita», venía conectada directamente con la

---

(123) Así, la Real Academia Española en su *Diccionario de la Lengua Española*, 20 ed., T. 2, voz: tácito/ta dice (del lat. *tacitus* p.p. de *tacere*, callar): «Adj. callado, silencioso // 2. Que no se entiende, percibe, oye o dice formalmente, sino que se supone e infiere, como si se expresara claramente, por algunas razones que lo apoyan», Madrid, 1984, p. 1279.

(124) Ver de la Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, 20 ed., T. 1, Madrid, 1984, voces: «Expresar (De expreso, claro): Tr. Decir, manifestar con palabra lo que uno quiere dar a entender (...)/ 4. Darse a entender por medio de la palabra, pp.621-622. Y Expreso, p. 622.

(125) Ese sentido de la voz tácito/ta, como opuesto a la voz expreso, nos parece (por lo que se dirá más adelante en el texto) más acertado que el también recogido anteriormente en la nota 27, de callado, silencioso.

(126) Véase apartado D) La desheredación: una nueva perspectiva de la preterición. Subapartado b) Desheredación injusta: una institución fronteriza. Notas 55 y 121.

idea de privación, surgen algunas dificultades para mantener esa vinculación inmediata entre los dos términos mencionados. En efecto, si bien se piensa no es precisamente la privación la que resulta tácita, afirmación que parece evidente en aquellos supuestos, por demás indiscutibles de preterición, en los que el causante ni por vía *inter-vivos* ni *mortis causa* atribuye nada al legitimario; en semejantes casos éste resultaba claramente preterido y, sin embargo, la privación lejos de ser tácita no podía ser más expresa, más clara, pues ni del testamento ni de disposición extratestamentaria alguna cabía entender otra cosa que la propia privación. En definitiva, que privación más expresa que aquella en la que no se confería, por medio alguno, nada al legitimario; obvio es decirlo, pero en esos casos no cabía duda alguna, no se podía entender más formalmente, que el legitimario había sido privado de su legítima; es decir, la privación como tal encontraba su expresión, se hacía expresa, precisamente a través de la propia falta de atribución, sin necesidad de atender a ningún requisito añadido. Argumento que por extensión sirve también para poner de manifiesto, como apuntábamos, que otras acepciones de la palabra que nos ocupa como «callado o silencioso» (127), tampoco serían, porque nada aportaban al mismo, de lógica aplicación al concepto de privación, al contar éste con el silencio como propia forma de expresión. En definitiva, afirmar de una privación que era tácita en el sentido de silenciosa o callada, no suponía añadir nada a aquel concepto, sino, en el mejor de los casos, más bien una redundancia inútil.

### 3. Objeciones a la calificación de la voluntad

Aceptadas las consideraciones anteriores todo parece indicar que la expresión «tácita», tal y como la hemos entendido, tendría que referirse de manera inmediata no a la privación, sino a la voluntad del causante y sólo mediatamente a aquélla. De otra forma, lo tácito no sería la privación en sí misma, sino la voluntad del causante de privar, en este caso de la legítima. Razonamiento que, a pesar de su aparente claridad, encuentra algunas objeciones, como seguidamente veremos, a su aplicación. En efecto:

1.<sup>a</sup> Si el carácter tácito con el significado que del mismo hemos elegido (lo que no se dice pero se supone e infiere, *como si se expresara claramente, por razones que lo apoyan*) como más acorde por su contraposición al de: «expreso» de la desheredación injusta, lo referimos a la voluntad (o si se prefiere a la intención del causante) y la misma únicamente puede tener, si no olvidamos la institución en la que estamos centrados, el sentido de privar de la legítima a

---

(127) Ver nota 123.

los herederos forzosos, y, de otro lado, tanto autores como Tribunal Supremo coincidían en que esa privación tendría que darse en el testamento (128), habrá que reconocer inevitablemente que en el mismo aparecía una voluntad de privar de la legítima no dicha formalmente, pero si que se podía suponer e inferir, como si se expresara claramente, por razones que lo apoyan.

2.<sup>a</sup> Si lo anterior se admite y se pone en conexión con el artículo 675.1 del Código civil se deberá igualmente afirmar, puesto que la voluntad o incluso la intención de privar de la legítima resultaba del propio testamento, que el mismo no se encontraba afectado por una preterición, sino por una desheredación injusta.

De otra manera, si el testamento permite conocer (puesto que aunque no se dice *es como si se expresara claramente*, por razones que lo apoyan) por vía tácita aunque no expresa, la voluntad o intención del causante, que lógicamente no puede ser otra que la de privar de la legítima (de no ser ésta no podrían plantearse siquiera la existencia de la preterición, al constituir la privación de la legítima un presupuesto de existencia de esta figura) debemos entender, si queremos ser coherentes con lo afirmado al hablar de la desheredación injusta (129), que al estar la misma reflejada en el testamento existe la figura últimamente mencionada y no la preterición.

Sin embargo, a este planteamiento se le puede objetar que de acuerdo con él resultaría muy difícil dar entrada a la tradicional distinción de la doctrina entre preterición intencional y errónea (130), en particular por lo que toca a la primera cuya calificación demuestra que se conoce la intención del causante de preterir, de privar de la legítima a los legitimarios. Dificultad reseñada que en buena medida resultaría ficticia si se piensa que conforme al mismo no hay nada que impida, sino que más bien apoye, calificar de preterición intencional a aquella en la que conocido el deseo del testador de privar de la legítima a quienes tuviesen derecho a ella, el mismo no se pudiera apreciar (artículo 675.1 del Código civil) con arreglo al contenido del

---

(128) Ver notas 107 y 108.

(129) Ver apartado D) La desheredación: una nueva perspectiva de la preterición. Subapartado b) Desheredación injusta: una institución fronteriza, y dentro de éste fundamentalmente el epígrafe b) El testamento: un medio o único medio de manifestarse.

(130) SÁNCHEZ ROMÁN: *Loc. ult. cit.*, T. 5, Vol. 2, pp. 1137 y ss., en las que recoge la Memoria del Tribunal Supremo correspondiente a 1908. DE LA CÁMARA: *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en «R.D.N.», 1955, T. 7, pp. 65 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, Vol. 2, pp. 932 y ss., si bien llega a afirmar la dificultad de distinguir entre una preterición errónea y una intencional; *Tratado de Derecho civil*, T. 5, Derecho de sucesiones, Vol. 1, Theodor Kipp, trad. Helmut Coing, Comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas. ROCA SASTRE: 2.<sup>a</sup> ed., al cuidado de Puig Ferriol y Badosa Coll, Barcelona, 1970, pp. 97-98; *R.D.G.R.N.*, de 14 de agosto de 1959. Por el contrario, GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y material y...*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, rechaza la posibilidad de una preterición intencional, pp. 364 y ss.

propio testamento, porque ni lo decía literalmente ninguna de sus cláusulas, ni se podía entender aún llevando sobre éstas una rigurosa labor de interpretación (131) como voluntad o intención del causante constatable de forma indubitada en las mismas. En otros términos, cuando se conociera la voluntad del testador de privar de la legítima a los herederos forzosos, pero dicho conocimiento resultará exclusivamente de circunstancias o razones extratestamentarias, se podría afirmar que se había incurrido en la preterición de un legitimario y que la misma era intencional.

#### 4. Una fisura en los inconvenientes: espejismo de unas acepciones

Ahora bien, en lo expuesto cabría apreciar una fisura abierta en el sentido de que así como antes se había rechazado (dentro de la palabra tácito/ta) las acepciones «callado o silencioso», como aplicables a la idea de privación, ahora esas acepciones si que resultaban, al menos en principio, de adecuada referencia al término en el que centramos, en este momento, nuestra atención: la voluntad (del causante de privar de la legítima). Este no encontraba, en un primer acercamiento, dificultad alguna para que le fuera aplicable el significado de callada o silenciosa. Impresión favorable a conectar de forma inmediata el concepto voluntad con los significados de tácito/ta, últimamente mencionados que se debilitaba si se tenían presentes consideraciones como éstas:

1.<sup>a</sup> De acuerdo con lo dicho, sería perfectamente admisible hablar de una voluntad (de privar de la legítima) silenciosa o callada, es decir, conforme a los términos que estamos contrastando, no expresada.

2.<sup>a</sup> Predicar de una voluntad (en este caso de privar de la legítima) que es silenciosa o callada supone inevitablemente reconocer que la misma existe.

3.<sup>a</sup> Su existencia, o más exactamente el conocimiento de la misma, debe venir necesariamente por vía extratestamentaria; de no ser así, es decir, si el conocimiento de la voluntad citada (de privar de la legítima) viniese dado a través del propio testamento, equivaldría a admitir que la figura ante la que estábamos era la desheredación injusta y no la preterición.

4.<sup>a</sup> Considerar, después de lo dicho, que la voluntad también puede ser fuera del testamento silenciosa o callada, llevaría a la siguiente alternativa:

---

(131) Sobre el alcance que puede tener la labor citada, ver, entre otros, CASTÁN VÁZQUEZ: *La interpretación del testamento en el Derecho común*, en «R.D.P.», T. 57, 1973, pp. 283 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. 2, Madrid. 1981.

— Si de la voluntad se dice que permanece, también fuera del testamento, callada, difícilmente se podrá conocer su contenido y, en consecuencia, que el mismo es de privar de la legítima. Más concretamente se podrá afirmar que la voluntad es silenciosa, callada, pero no se sabrá decir, precisamente por ello, a qué o a quién va referida la misma; es decir, no se podría contestar esta pregunta: ¿de qué es esa voluntad?

— Si, por el contrario, se afirma que el contenido de la voluntad es el de privar de la legítima, habría igualmente que aseverar que la misma se conoce con lo que no sería nada fácil, por conocida, calificarla de silenciosa o callada.

5.<sup>a</sup> Aún más, incluso si se acepta que la existencia y conocimiento de la voluntad de privar de la legítima, presupuestos imprescindibles para poder remitir la calificación de silenciosa o callada a la primera, no constituyen un óbice para ello, nos encontraríamos con otro obstáculo nada fácil de sortear para mantener aquella distinción doctrinal, ya aludida (132), entre preterición intencional y errónea, sobre todo por lo que hace a esta última si se atienden las siguientes consideraciones:

Si la voluntad (que ahora es la ya reiterada) necesariamente ha de existir y conocerse (extratestamentariamente) para poderle referir el carácter de tácita (en su sentido de silenciosa o callada), quedarían fuera del ámbito del instituto de la preterición todos aquellos supuestos en los que no existiera como sucede cuando no se atribuye nada a un legitimario por desconocer su existencia (ejemplo: por ser póstumo), voluntad por parte del causante de privar de la legítima. Dicho de otra manera, si la que resulta tácita (con el sentido que ahora le damos) es la voluntad (de privar de la legítima) y ésta no existe, difícilmente se podrá sostener que la preterición supone, en todo caso, una voluntad tácita de privar de aquella cuota legal, cuando la misma no se da realmente; es decir, cuando en el causante, a pesar de no atribuir su cuota legitimaria a quien tenía derecho a la misma, no existía, en modo alguno, no ya la voluntad, sino tan siquiera la intención, de privar al legitimario de ella.

## 5. Reflexiones sobre el alcance de los términos utilizados

Todo lo expuesto hasta ahora nos lleva a dar entrada a estas reflexiones:

1.<sup>a</sup> Quizá hubiera sido más acertado canalizar la distinción, den-

---

(132) Ver nota 130.

tro de la figura de la preterición, a través de los términos intencional y no intencional, sin haber dado acceso al de erróneo (133).

2.<sup>a</sup> Si se tiene presente lo dicho tanto al hablar de la nota distintiva de la desheredación injusta como la de la preterición, se puede sostener que los términos expreso y tácito, utilizados como diferenciadores de cada una de las figuras citadas entre sí, deben ser acogidas en esa función (si la llevamos a cabo dentro del período que nos ocupa) con cautela, dada la variedad de matices que su significado podía tener. Como ya vimos, el carácter expreso como diferenciador de la desheredación injusta frente a la preterición no había que entenderlo presente sólo cuando el testador manifestaba claramente por escrito en su testamento, incluso con la utilización concreta del verbo desheredar, su voluntad de privar de la legítima a quienes tenían derecho a ella, sino también cuando esa voluntad o la simple intención de ello (artículo 675.1 del Código civil) se podía desprender, interpretándolas o no, de las disposiciones testamentarias. Y, de otro lado, el carácter tácito como diferenciador de la preterición frente a la desheredación injusta debía entenderse presente en todos aquellos casos en los que, incluso acudiendo a los principios de la interpretación, no se llegara a tener la certeza, en atención al propio contenido del testamento, sobre si el causante tenía al menos la intención de privar de la legítima a los legitimarios. En definitiva, parecía arriesgado hacer descansar todo el peso, o al menos una gran parte del mismo, de la distinción entre la figura de la preterición y la de su colindante la desheredación injusta sobre el carácter tácito de aquella si se tiene presente:

1.º Los términos «expreso» y «tácito», si bien parece indiscutible referirlos a la voluntad, en realidad únicamente eran formas de calificar el medio a través del cual (expreso o tácito) la voluntad del causante, de privar de la legítima a sus herederos forzosos, se había manifestado.

2.º Admitido que los términos «expreso» y «tácito» simplemente evidenciaban el modo en que la voluntad del causante se había dado a conocer exteriormente; habrá de admitirse necesariamente que ésta existe.

3.º Reconocer lo anterior supone admitir no sólo que la voluntad de privar de la legítima está presente en el *de cuius*, sino que además ésta se conoce por medios expresos o tácitos.

4.º Si bien lo dicho en el apartado precedente no representa obstáculo alguno en lo que respecta a la desheredación injusta, al no

---

(133) Ya apuntada por SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 2, p. 1131, cuando afirma que la preterición puede ser voluntaria, pero se presume involuntaria. Así como por la Memoria del Tribunal Supremo de 1908 (recogida también por el autor y en la obra citados, p. 1138) al hablar de una preterición que se debía a ignorancia del testador y aquella otra que fuese consciente y deliberada.

entenderse contraindicado para su existencia (como hemos visto al perfilar el término expreso) el que la voluntad de privar de la legítima se haya dado a conocer en el testamento de forma expresa o tácita, pues, en definitiva, resultaba consustancial a la propia idea de desheredación injusta que se conociera aquélla; no ocurre así para la preterición, sencillamente porque esta figura no precisa para darse no ya del conocimiento de esa voluntad, sino ni tan siquiera de su existencia (preterición no intencional).

Todo ello nos lleva a considerar, de un lado, que construir sobre la expresión «tácita», si no todo, sí una parte esencial del edificio de la preterición, resultaba cuando menos arriesgado por la inestabilidad que, por las razones expuestas, se apreciaban en dicho pilar básico del instituto citado. Y, de otro, si no hubiera sido más conveniente haber dejado esas funciones a la palabra «presunta», referida a la voluntad del *de cuius* de privar de la legítima. Es decir, si no habría sido más atinado entender que sólo cuando el contenido de las disposiciones testamentarias no hubiera permitido conocer de manera indubitada ni tan siquiera la intención, si es que existía, del testador de privar de la legítima, de tal menra que la misma, únicamente pudiera llegar a presumirse, tendría pleno sentido entender acaecida la preterición. En otras palabras, cuando el contenido del testamento, aún sometido a las reglas de la interpretación, únicamente permitiera llegar a presuponer, sospechar o conjeturar (lo que no indica que tenga que darse necesariamente) sobre la existencia de la voluntad o intención del causante de privar de la legítima, pero no afirmar con certeza sobre la existencia de una u otra dentro del propio testamento (134). Reflexiones que no hacen sino poner expresamente en entredicho el carácter incontestable de la expresión: tácita, como diferenciadora del instituto de la preterición.

#### VIII. CONTENIDO DEL TITULO DE ATRIBUCION: UN NUEVO ANGULO DE CONOCIMIENTO DE LA FIGURA EN ESTUDIO

En lo que precede, nuestra atención, en el estudio de la figura central de este trabajo, se había dirigido, en buena medida, a tratar de esclarecer en lo posible cuál era el alcance exacto de la expresión «por cualquier título» contenido en el artículo 815 del Código civil. Punto éste que había suscitado, como se recordará, distintas opiniones doctrinales en orden a determinar qué títulos de atribución de

---

(134) En parecidos términos se expresa VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, p. 604, cuando afirma que la preterición quedaría reducida a la omisión del legitimario en línea recta, cuando no resulte ni del texto ni del contexto del testamento que el testador hubiera querido excluirse.

la legítima podían considerarse incluidos en aquella frase y, en consecuencia, cuáles resultaban aptos para no incurrir en la preterición del legitimario. Ahora, sin dejar de tener como norte el estudio de aquella figura, nos centraremos en el análisis no del título o títulos que resultaban, al considerarse admitidos dentro de aquella expresión del artículo 815 del Código civil, adecuados para eludir la preterición de los herederos forzosos, sino en el contenido material que los mismos podían tener. En particular, intentaremos clarificar si en todos los casos en los que el contenido de esos títulos viniera fijado en dinero, tanto hereditario como no, los mismos resultaban aptos, o, por el contrario, ineficaces, para evitar la preterición de los legitimarios. Propósito enunciado que hace aconsejable, en orden a ofrecer mayor claridad en las soluciones que se propugnen para cada caso, un desdoblamiento de las distintas posibilidades acogidas en el mismo. Con estas miras pondremos en contacto cada uno de los distintos títulos, admitidos como válidos por la doctrina para atribuir la legítima y con ello para no provocar la preterición, con el contenido concreto anteriormente fijado a los mismos: una suma dineraria.

#### **A) Dinero hereditario: único contenido de los títulos de disposición**

En primera instancia analizaremos aquellos supuestos en los que el contenido de los diversos títulos resultaba ser una suma de dinero hereditario. Si bien, antes de pasar al desarrollo de cada uno de los puntos concretos, consideramos oportuno insistir en que ahora no vamos a entrar, por ser un tema que tocado con anterioridad tenía plena vigencia en los momentos que nos ocupan, (1958 a 1981) (135), en averiguar la mayor o menor aceptación que el título, al que en particular hagamos referencia, tenía entre la doctrina como incluido o no en la expresión del artículo 815 del Código civil, sino que partiremos de que el mismo como tal resultaba, en principio, perfectamente válido, para centrar nuestro estudio en su contenido cuando él mismo lo constituía una suma de dinero, sin que ello obste para que no nos detengamos también en analizar otros problemas que puedan surgir al hilo de la línea expuesta, en relación con el contenido de los mencionados títulos. En definitiva, trataremos de iluminar la figura de la preterición desde una posición, hasta el momento no utilizada, ofrecida por el contenido del título de atribución de la legítima sin reparar, lógicamente por presupuesta, en la validez del mismo. Hecha esta aclaración estudiaremos en primera instancia cada uno de los títulos mencionados, referidos lógicamente a los legitimarios, cuando su contenido es de una suma de metálico hereditario.

---

(135) Véase lo dicho en apartado G.b) Discrepancias y continuidad: pruebas de una insuficiencia.

a) *La institución de heredero: dificultades para su admisión y efectos que produce*

En el caso de que el legitimario hubiera sido instituido heredero, tanto si su cualidad resultaba de una sucesión testada como intestada (o incluso si se apura forzosa), habrá de reconocerse, aparte de lo insólito (136) de poder calificar una institución de heredero cuando simplemente comprendía una cantidad de dinero hereditario (137), que de ninguna manera podrá aquél considerarse preterido. No ya por la razón fundamental de que el legitimario no se podía entender, en modo alguno, privado absolutamente de su cuota de legítima (138), sino porque además el artículo 1.056.1 del Código civil imponía, a pesar del contenido del artículo 1.061 del mismo Código, que se pasara por la partición hecha por el testador de sus bienes siempre que la misma no perjudicara la legítima de los herederos forzosos (139).

b) *El legado: su aparente crisis para evitar la preterición*

Ahora también se podrá afirmar, al no existir una privación absoluta de la legítima, que el legitimario, legatario de una suma de metálico hereditario, no se podía entender preterido. Afirmación que, no obstante, entraba en crisis para algún autor si el causante manifestaba que el legado (con independencia ya de que fuera o no dinerario)

---

(136) Sobre todo si se tiene presente el contenido del artículo 768 del Código civil, así como la postura de ALBALADEJO: *Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario*, en «R.D.P.», T. 66, 1978, p. 741, cuando distingue entre la figura del heredero y la del legatario de parte alicuota.

(137) Posibilidad de que la legítima pueda verse satisfecha con dinero si lo hay en la herencia que no sólo se admite sin reparo por algún autor. DE LA CÁMARA: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil. Centenario de la Ley de Notariado*, Secc. 3.<sup>a</sup>, Vol. 1, Madrid, 1964, pp. 787 y ss., en particular p. 888, sino que además no parece contradecir la teoría de quienes afirman como VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 200 y ss., que el contenido objetivo de la legítima es *pars bonorum*, es decir, debe concretarse en bienes hereditarios, porque el dinero de la masa hereditaria también lo es. En el mismo sentido del autor antes citado, GARRIDO PALMA: *Visión notarial de la legítima*, en «R.D.N.», 1971, pp. 529 y ss.

(138) Lo que se desprende no sólo del artículo 815 del Código civil, sino que además se confirma entre otros muchos por GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, p. 363; *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 101 y ss. GARCÍA VALDECASAS: *La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, en «R.D.P.», T. 57, 1963, p. 966. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, p. 594. SANTOS BRIZ: *Derecho civil: teoría y práctica*, T. 6, Derecho de sucesiones, Jaén, 1979, pp. 685 y ss. PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*, 2.<sup>a</sup> ed., T. 5, Sucesiones, Pamplona, 1972, pp. 374 y ss. y 709. Y por las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1932 («R.G.L.J.», Juris. Civil, T. 203), 20 de febrero de 1981 (Ref. Aranzadi 534) y R.D.G.R.N. de 14 de agosto de 1959.

(139) Postura que también se puede advertir en DE LA CÁMARA: *Loc. ult. cit.*, pp. 851 y ss.

debía imputarse al tercio de mejora o al de libre disposición, pero no al de legítima; es decir, cuando el contenido del legado se había cubierto con bienes correspondientes a cualquiera de los dos tercios primeros. Imputación que llevaba, a pesar de la idoneidad reconocida por el mismo autor al legado como título para conferir la legítima (140), a sostener que esos casos debían entenderse como de preterición del legitimario (141).

### 1. La contradicción de la solución apuntada con otras razones alegadas

El planteamiento referido en el apartado precedente se sostiene con dificultad si se atienden además de las razones dadas en contra del mismo (142), las siguientes:

a) El defensor de aquella teoría mantenía, de un lado, que sólo se incurría en preterición cuando se imputara el legado al tercio de mejora o al de libre disposición y la misma no sobrepasara el contenido de uno u otro tercio, y, de otro, que la no imputación, en base al *favor testamenti* recogido en el artículo 743 del Código civil, equivalía a entenderla hecha a la legítima.

b) De acuerdo con lo anterior, el causante para incurrir en preterición debía, respecto del legado hecho en favor del heredero forzoso, manifestar en el testamento (único lugar en el que se puede disponer a título de legado) su voluntad de que éste se imputara al tercio de mejora o al de libre disposición o, lo que es lo mismo, que no se imputara al de legítima.

c) Aceptadas estas afirmaciones se advertía una difícil coordinación entre éstas y otras del mismo autor en las que se manifestaba:

— La nota diferencial es el carácter expreso de la desheredación y el tácito de la preterición. A lo que añadía: «la desheredación ha de ser expresa, pero no formal ni formulista».

— No resulta admisible una preterición intencional por cuanto si del testamento se deduce la voluntad del testador de privar al legitimario de toda cuota o cosa herencial no hay preterición, aunque no se use la palabra desheredación si la usada o del tenor del propio testamento resulta el concepto o la esencia de la desheredación, ya que estaremos ante una privación expresada en el testamento (143).

---

(140) GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», T. 22, Fas. II, pp. 330 y ss., 1969.

(141) GARCÍA-BERNARDO: *Loc. ult. cit.*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, pp. 341 y ss., aunque matiza que en caso de exceso de lo imputado sobre el tercio de mejora o el de libre disposición no se podrá entonces considerar que hay preterición.

(142) En contra radicalmente de la opinión anterior se muestra VALLET DE GOY-TISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 606 y ss., y en particular en la nota 75.

(143) GARCÍA-BERNARDO: *Loc. ult. cit.*, pp. 364 y ss.

Todo ello parece apuntar que, en todo caso, hubiera sido más adecuado que el citado autor calificara, los supuestos contemplados (legados no imputables a la legítima), de desheredación y no de preterición como hizo.

## 2. El reparto igualitario: una objeción a la crisis propugnada

Aparte de lo dicho anteriormente, no dejaba de ser paradójico afirmar, cuando el legado, con el que se beneficiaba el legitimario, se imputaba al tercio de mejora, que se había incurrido en preterición, por cuanto:

1.º Si el mencionado tercio se había distribuido por igual entre los descendientes no resultaba fácil sostener que éstos habían sido mejorados con el mismo, pues éste, al recibir todos ellos idéntica parte del todo, no se había utilizado como mejora de ninguno (144).

2.º De compartirse el planteamiento anterior se podrá entender en base al artículo 808.1 y 2 del Código civil que dicho tercio al no ser utilizado para mejorar formaba parte de la legítima (145).

3.º Admitido esto se habrá de afirmar que todos los legitimarios habían recibido una parte al menos de la legítima y, en consecuencia, que no se daba la preterición de ninguno de ellos.

## 3. La mejora: su inadaptación al aislamiento institucional

Ahora bien, las afirmaciones precedentes no resultarían aplicables cuando el testador hubiera distribuido, con un legado o más imputables a ese tercio de mejora, desigualmente el mismo entre los herederos.

---

(144) En ese sentido: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *La cuota viudal y su regla fija*, en «R.G.L.J.», 1946, T. 12, pp. 397 y ss. PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*, 2.ª ed., T. 6, Sucesiones, Pamplona, 1972, p. 594. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, T. 6, Derecho de sucesiones, Vol. 2, 8.ª ed., Madrid, 1979, pp. 578 y ss., en las que además del carácter desigualatorio de la mejora le reconoce otras funciones.

(145) De esa opinión: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *Loc. ult. cit.*, pp. 397 y ss. en donde afirma que lo exacto es decir que el tercio segundo (tercio de mejora) sólo es legítima cuando no es mejora. SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, T. 6, Vol. 2, p. 1208. CASTÁN TOBEÑAS: *Loc. ult. cit.*, T. 6, Vol. 2, p. 580. SANTOS BRIZ: *Loc. ult. cit.*, T. 6, Sucesiones, pp. 630 y ss., en las que si bien reconoce la independencia de la mejora respecto de la legítima llega a afirmar que se refunde con ésta cuando aquélla (la mejora) carece de existencia real por no hacer uso el testador de la facultad o potestad de mejora. VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. 2, Madrid, 1981, pp. 122 y ss., en las que adhiriéndose a la tesis de García Granero, también diferencia netamente la mejora de la legítima aun cuando, entre otras cosas, llega a reconocer: a) «La expresión tercio de mejora —indica una situación provisional de una cuota parte de la herencia, la cual o se transforma en mejora o, en caso contrario, pasa a engrosar o incrementar la legítima—.»

ros forzosos. En esos casos el legitimario, que sólo había recibido un legado imputable al tercio de mejora, se podía considerar, al no recibir nada en concepto de legítima, preterido. Con todo, la afirmación de que un legitimario a la vez que mejorado resultaba también preterido dejaba paso, cuando menos, a un cierto recelo. Desconfianza porque en buena lógica no parecía atinado afirmar que un legitimario se encontraba mejorado a pesar de no haber recibido su cuota de legítima. Es decir, la mejora ha de entenderse, en el caso que nos ocupa, como algo supeditado a la legítima, de tal manera que se entienda como lo recibido por el legitimario, con desigualdad a los otros, además de su legítima. Dicho de otra manera, para hablar con propiedad de mejora es preciso que exista algo (en este caso la legítima) que pueda ser mejorado, y eso es precisamente lo que falta cuando sólo se ha recibido un legado imputable al tercio de mejora. En definitiva, para considerar que existe preterición cuando el legado, recibido por el legitimario, se ha imputado al tercio de mejora, es preciso entender que los tres tercios en que cabe dividir una herencia funcionan como compartimentos estancos (146). Planteamiento que proyectado sobre lo que ahora nos ocupa (tercio de mejora distribuidos desigualmente) hacía en principio lógico admitir que el legitimario, legatario de una parte de aquel tercio, sólo se podía considerar mejorado. Punto éste del que se deriva precisamente la inconsistencia de esa teoría, pues con base en la misma sólo se puede afirmar que hay mejora, cuando en realidad ésta, al no utilizarse para mejorar a un legitimario, no existe. Dicho de otra manera, al no poderse afirmar que el legitimario había recibido su cuota de legítima cabía hacerse la siguiente pregunta: ¿qué es lo que se mejoraba?, si no se había recibido nada fuera de la porción llamada mejora. O si se quiere, planteada la pregunta desde su aspecto personal: ¿resultaba en esos casos mejorado el legitimario? Interrogantes que sólo muy forzosamente podían tener, de acuerdo con los argumentos dados, una respuesta afirmativa, pero que de no ser tal, sino negativa, llevaría inevitablemente a considerar, en base a lo dispuesto en el artículo 808.1 y 2 del Código civil, que de no aplicarse el contenido de dicho legado como mejora sólo cabía entenderlo como legítima (147) y, en consecuencia, a negar, ahora también, la existencia de preterición. Más concretamente, si de los párrafos 1 y 2 del artículo 808 del Código civil únicamente se desprendía la posibilidad de que se dispusiera de una de las dos partes que formaban la legítima para aplicarla como mejora de hijos o descendientes, parecía evitable, si la misma no se llegaba a aplicar como mejora, que continuaba como parte de la legítima y con ello su atribución idónea para eludir aquella figura.

---

(146) VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 607 y 608.

(147) Ver nota 145 en donde se recogen las opiniones de autores que refuerzan esa postura.

Consideraciones que nos llevan a mostrarnos contrarios a compartir la idea de que en los supuestos contemplados (legado no imputable a la legítima), nos encontrábamos, sin más, ante la figura de la preterición.

c) *La desaparición de la cosa legada: un argumento para distintas teorías sobre la preterición*

Con lo expuesto no finalizaban los problemas que, respecto al contenido de la legítima, podían dejar sentir sus efectos sobre el instituto de la preterición. Por ello, antes de continuar con el desenvolvimiento de la idea central que propusimos (pago de la legítima como metálico intra o extrahereditario) nos detendremos en el análisis de otra cuestión alusiva también al contenido del título. Intención que nos coloca ante una interrogante en la que pueden haber diversas facetas: ¿se podía hablar de preterición si la cosa legada al legitimario desaparecía de la herencia por pérdida o enajenación?

Como era de esperar las respuestas de la doctrina, a cada una de las variantes que se encerraban en la pregunta formulada, lejos de ser unívocas presentaban un carácter claramente contrapuesto. Así, frente a la primera, los autores mantenían posturas antagónicas al sostener que en caso de pérdida de la cosa legada el legitimario debía considerarse preterido (148) o, por el contrario, negar, ante el mismo supuesto, esta condición respecto de aquél (149). Oposición en las respuestas que volvía a hacerse patente, al existir una misma razón de ser: desaparición de la masa hereditaria de la cosa legada, en las que se daban para abordar la otra faceta de la pregunta suscitada. Bifurcación en la orientación de las respuestas que suponía, al igual que antes, una contraposición entre las ideas favorables (150) y contrarias (151) a admitir en tales supuestos la preterición de los herederos forzosos. Polarización de los argumentos en torno a uno u otro de los puntos de vista defendidos (positivos o negativos a la preterición) que nos inducen a ponerlos a prueba con la finalidad de extraer las pautas necesarias para decidir la adhesión a uno de los mismos.

---

(148) GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. 2, p. 350.

(149) DE LA CÁMARA: *Op. cit.*, pp. 805 y ss., en las que no sólo niega la existencia de preterición, sino también de desheredación injusta. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. I<sup>o</sup>, pp. 614 y ss., quien reconoce que en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 869 del Código civil se puede hablar de preterición.

(150) GARCÍA-BERNARDO: *Op. cit.*, p.350.

(151) VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. ult. cit.*, T. 1, Vol. 1, pp. 614 y ss., en donde afirma que en esos casos no existirá preterición, sino inoficiosidad. DE LA CÁMARA: *Loc. ult. cit.*, p. 805.

## 1. La comprobación de las teorías mediante los requisitos aceptados y los deberes exigidos

Labor de comprobación de la solidez de aquellos puntos que abordamos cotejando cada uno de los supuestos que introducían una variante en la pregunta inicialmente formulada con los requisitos que habíamos apreciado como unánimes, tanto entre la doctrina analizada como entre el Tribunal Supremo (152), así como con los deberes, también recogidos con anterioridad (153), que de acuerdo con los pronunciamientos del citado Tribunal debían tenerse presentes en la configuración del concepto de preterición.

Así pues, la primera interrogante que saltaba como consecuencia de la labor de comprobación que pretendemos realizar sería: ¿se privaba de la legítima al legitimario (al que no se le había atribuido nada más) cuando la cosa legada se había perdido de la herencia? (154). Pregunta que encontraba una respuesta híbrida porque si bien desde una perspectiva exclusivamente materialista se podía afirmar que el legitimario había sido privado (materialmente) de su legítima puesto que no había recibido nada para cubrirla, desde una perspectiva puramente formalista no cabía afirmar lo mismo al ser nombrado legatario. La segunda interrogante, de acuerdo con el esquema expuesto, sería: ¿la privación se había establecido en el testamento? En este caso la contestación sólo podía presentar un sentido negativo en la medida en que ni material ni, mucho menos, formalmente la privación se podía desprender de un testamento en el que se nombraba legatario al heredero forzoso. La tercera cuestión giraría en torno a: ¿la privación se había realizado o no expresamente? La respuesta a esta pregunta también podía tener una doble perspectiva formal y material; de esta manera cabía afirmar que el legitimario no había resultado privado formalmente (al ser nombrado legatario) si bien materialmente resultaba posible entender que la privación (que siempre tendría un carácter extratestamentario) se había producido en forma expresa o no según se conociera o por el contrario se ignoraba si la pérdida de la cosa legada de la masa de la herencia se debía a una actuación deliberada, a la vez que conocida por manifestarse así expresa o tácitamente, del causante de llevarla a cabo, o, por el con-

---

(152) Ver apartado G y subapartados c y d.

(153) Ver apartado b) del Código civil: Los cautelosos pronunciamientos del Tribunal Supremo, en el que se afirmaba que el deber del testador respecto de sus legitimarios sería doble:

- Uno, referente a la atribución material de la cuota legítima.
- El otro, al modo en que debía verificarse la citada atribución.

(154) El término omisión no lo reflejamos en el texto, a pesar de haberlo citado al hablar de los requisitos que ahora nos ocupan, porque si bien, a diferencia de la privación, no iba referido directamente a la legítima, sino al legitimario, indirectamente también se conectaba con la idea de privación de aquella cuota legal.

trario, de haber existido intención ésta no resultaba constatable, o la pérdida hubiera acaecido fortuitamente.

Por lo que hacía a los deberes que, de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal Supremo, pesaban sobre el causante se podía entender, en una primera apreciación, que el referente a la atribución material de la cuota de legítima había resultado incumplido, mientras que el referido al modo en que aquella debía verificarse se encontraba válidamente cumplido.

## 2. Consideraciones, respuestas y preceptos: una adición de signo negativo

Consideraciones y respuestas anteriores que reconducidas, junto con algunos preceptos del Código civil a los que seguidamente aludiremos, al núcleo de la pregunta planteada: ¿existía o no preterición?, encaminaban la contestación a la misma en sentido negativo si se atendían los puntos que, primero referidos al caso de pérdida material de la cosa legada y posteriormente a los de enajenación de la misma, seguidamente señalamos:

1.º La pérdida de la cosa legada suponía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 869.3 del Código civil que el legado había quedado sin efecto y, por tanto, que el legitimario, favorecido únicamente con el mismo se pudiera considerar preterido.

2.º Sobre el planteamiento anterior cabía hacer importantes matizaciones si se tenía presente:

a) El artículo citado, confirmando lo dispuesto en el artículo 860 del Código civil con carácter más general, establecía, también dentro de su párrafo 3, que aun cuando la cosa legada hubiera perecido del todo en vida del testador o después de su muerte sin culpa del heredero, el obligado a pagarlo respondería por evicción, si aquella no estuviera determinada en especie.

b) El artículo 1.003 del Código civil hacía al heredero que había aceptado purá y simplemente responsable, con las salvedades contenidas en los artículos 859.1 y 882.2 del Código civil, del pago, con los bienes heredados o los propios, de todas las cargas (incluidos, por tanto, los legados) de la herencia.

c) Para el caso de que toda la herencia se hubiera distribuido en legados, el artículo 891 del Código civil establecía que en esos casos los legatarios en proporción a sus cuotas, y con el límite fijado en el artículo 858.2 del Código civil, soportarían, salvo que el testador dispusiera otra cosa, las deudas y gravámenes (entre los que se pueden incluir los legados) de la herencia.

d) Conforme a lo dispuesto en el artículo 875.1 del Código civil el legado de cosa mueble genérica debería ser cumplido por quien

viniese obligado a ello, aunque no existieran cosas de su género en la herencia.

e) El artículo 886.1 del Código civil se podía interpretar en el sentido de que el heredero, cuando no pudiera entregar la misma cosa legada (y no distinguía entre genérica o específica), debería cumplir el legado dando su estimación.

f) Aun en los casos en los que, después de lo dicho, ni heredero ni legatario vinieran obligados a responder de legado hecho al legionario difícilmente se podía pensar en la preterición del mismo por cuanto como dijimos:

— El legitimario legatario no podía entenderse preterido formalmente aun cuando materialmente, al no recibir nada en pago de su legítima, se podía considerar privado de la misma.

— Esto parecía implicar que de los deberes, a los que hemos venido haciendo alusión, que pesaban sobre el causante, uno quedaba sin llevarse a efecto (el referente a la atribución material de la legítima) mientras que el otro (el alusivo al modo en que éste se debía realizar) se entendía satisfecho adecuadamente.

— Lo anterior podía en principio inducir a pensar, al faltar el cumplimiento de un deber por parte del causante respecto de sus herederos forzosos, que se había incurrido en preterición; postura que se encontraba en su desarrollo el obstáculo de que la privación ni aun en su sentido material podía entenderse nunca acaecida testamentariamente y esto constituía, como sabemos, un requisito exigido, por doctrina y Tribunal Supremo, como imprescindible para poder hablar con plenitud de sentido de preterición.

En cuanto a los puntos a tener en cuenta, pero referidos ahora a los supuestos de enajenación de la cosa legada, tenemos:

1.º Lo dispuesto en el artículo 869.2 del Código civil permitía pensar, al igual que en los casos anteriormente referidos de pérdida material de la cosa, que si el testador enajenaba la cosa objeto del legado, éste quedaría sin efecto con la consiguiente preterición del heredero forzoso.

2.º No obstante, esta primera afirmación podía ser en buena medida desvirtuada si se considera:

a) Del artículo 869.2 del Código civil se desprendía que la enajenación, para que el legado quedara íntegramente sin efecto, debería referirse a la totalidad de la cosa legada y no sólo a parte de ella, en cuyo caso subsistiría el legado sobre la parte que no se enajenó.

b) Aun cuando para el caso de enajenación el artículo 869 del Código civil no se refería a la responsabilidad del heredero frente al legatario por evicción, ello no suponía necesariamente que ésta, si se recuerda la formulación general contenido en el artículo 860 del Código civil, no pudiera también ser de aplicación en el supuesto ahora contemplado.

c) El contenido del artículo 1.033 del Código civil con las limitaciones de los artículos 859.1 y 882.2 del mismo Código, así como el del artículo 891 de éste dentro del límite fijado por el artículo 858.2 disponían que herederos o legatarios tuvieran que hacer frente a las cargas o gravámenes (entre los que se podían incluir los legados) que pesaran sobre la herencia.

d) Que de igual modo podía entenderse aplicable, a los supuestos de enajenación, el contenido de los artículos 875.1 y 886.1 del Código civil con la interpretación que del mismo hicimos, por cuanto de ninguno de ellos se desprendía que los supuestos de enajenación quedaran excluidos de su ámbito de aplicación.

Consideraciones que junto con las que aludían al cumplimiento del deber formal y material de atribución de la legítima, en las que no entramos nuevamente para no reiterar ideas ya expuestas al referirnos a los casos de pérdida material de la cosa legada, ponían en evidencia que la vía de acceso de la preterición a los casos contemplados (legado a favor de un legitimario con pérdida o enajenación de la cosa legada) discurría a través del incumplimiento del deber material de atribución de la legítima, terreno que presentaba dificultades de no poca entidad para que sobre el mismo se pudiera hacer un trazado totalmente viable para aquella figura, como son:

— Aun cuando de no recibir nada el legitimario en pago de su legítima (por pérdida o enajenación de la cosa legada) se podía pensar que el testador había incumplido el deber de atribuir algo a aquél para el pago de su cuota legal, esta idea era susceptible de matización hasta el punto de dejarla casi sin contenido si, aun cuando no se pudiera negar que el legitimario no había recibido nada para satisfacer su legítima, se entendía que esto no permitía, sin más, concluir que el testador había incumplido aquel deber sencillamente porque él había dispuesto, mediante legado, de una cosa de su herencia en favor del legitimario. De otra manera, la no realización efectiva de lo dispuesto en el legado (fuera lógicamente de los casos en que herederos o legatarios tuvieran que hacer frente al mismo) no implicaba, al menos necesariamente, que el causante había faltado a su deber de atribución material en favor del legitimario porque, si con el legado se había dispuesto de una cosa del causante en favor de éste, más que no cumplir el primero aquel deber lo que ocurría era que el título elegido para su cumplimiento no llegaba a tener efectividad al faltarle el contenido material que se le había dado.

— Incluso si se admite que el citado deber había de entenderse incumplido, difícilmente se podría conectar la privación de la legítima con un testamento en el que, lejos de pasarse por alto a un legitimario, muy al contrario se le designaba legatario.

d) *Una institución sin posibilidades reales de aplicación independiente*

Si volvemos de nuevo a tomar el camino que dejamos abandonado deberíamos hacerlo en el punto en el que la disposición en favor del legitimario, de dinero de la herencia, se realizaba mediante una donación; único título de disposición, de los admitidos para otorgar la legítima, que nos quedaba por analizar. Sin embargo, no nos detendremos en el estudio de la donación aludida por cuanto, de un lado, si la misma suponía una disposición de metálico hereditario era evidente que sólo se podía entender hecha *mortis-causa*, pues era el fallecimiento del causante el que daba pleno sentido al concepto de herencia (artículo 659 del Código civil), y, de otro, el artículo 620 del Código civil hacía participar a este tipo de donaciones no sólo de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, sino que incluía su regulación entre los preceptos que ordenaban la sucesión testamentaria.

**B) Metálico extrahereditario: sus dificultades como contenido de la institución de heredero**

La otra perspectiva del planteamiento que tomábamos como principal giraba en torno al pago de la legítima con dinero extrahereditario. Al igual que en la primera (pago de la legítima como metálico hereditario), ahora también se podía dar el supuesto de que el legitimario hubiera sido instituido heredero. Pero al igual que antes, éste encontraba serias trabas no ya únicamente por la dificultad de conciliar la condición de heredero con la idea de recibir en virtud de la misma sólo una cantidad de dinero (155), sino también por la de adecuación entre la idea de sucesor del causante con la de metálico ajeno a la masa de la herencia (156). En cualquier caso y por lo que ahora nos interesa, aun cuando, en el supuesto contemplado, no resultara posible, dados los inconvenientes que en el mismo concurrían, calificar al legitimario de heredero, se podría considerar como legatario, punto que ahora no tocamos por ser objeto del siguiente apartado, en cuyo caso tampoco sería susceptible dar por acaecida la preterición del heredero forzoso.

---

(155) VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, p. 266. ALBALADEJO: *Loc. ult. cit.*, pp. 737 y ss.

(156) Véase artículo 659 del Código civil, en relación con el 660 y 661 del mismo Código.

a) *Diferencias doctrinales: origen de una nueva determinación*

Los autores patrios mostraban también en este tema, legado satisfecho con metálico extrahereditario, una dispersión de teorías sobre el mismo. Conclusión a la que resulta fácil llegar cuando se observa la diversidad de opiniones doctrinales, fruto no sólo de tesis totalmente contrapuestas, sino también de las distintas posiciones que se tomaban entre quienes defendían una misma solución. En efecto, la doctrina basculaba entre quienes mantenían que en el caso contemplado debía entenderse existente la preterición (157) y los que consideraban que el mismo no daba acceso a la figura mencionada (158); si bien dentro de los defensores de esta última tesis se producía una nueva división, propiciada por la posibilidad de pagar la legítima con metálico ajeno a la herencia, entre quienes la aceptaban como contenido normal de la legítima (159) y quienes, por el contrario, sólo la admitían excepcionalmente (160). Planteamiento que nos coloca de nuevo ante la necesidad de tomar una determinación en orden a perfilar, sin detenernos en el estudio de la naturaleza jurídica de la legítima (161), qué nos alejaría de lo que constituye el centro del presente trabajo, si cuando el legado resultaba cubierto con metálico extrahereditario debía entenderse que el causante había incurrido o no en la preterición del heredero forzoso. Alternativa que cabía resolverla en sentido negativo si además de los argumentos ofrecidos por los autores que se mostraban partidarios de la misma se tenía presente:

1.º El artículo 875.1 del Código civil al reconocer la validez de los legados de cosa mueble genérica (entre la que se puede incluir el dinero) aunque no hubiera cosas de su género en la herencia, permitía que el mismo se satisficiera con cosas genéricas (dinero, por ejemplo), aunque no existiera en aquélla.

2.º Más concretamente, el artículo 886.2 del Código civil no sólo admitía la validez de los legados consistentes en dinero, sino que ade-

---

(157) GARCÍA-BERNARDO: *Loc. ult. cit.*, pp. 356-357.

(158) DE LA CÁMARA: *Op. cit.*, p. 805. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 608 y ss.

(159) DE LA CÁMARA: *Loc. ult. cit.*, pp. 756 y ss. y 936 y ss., a pesar de que reconoce que en principio nuestra legítima es *pars bonorum*, p. 750.

(160) VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 223, 608 y ss. GARRIDO PALMA: *Visión notarial de la legítima*, en «R.D.N.», 1971, pp. 529 y ss., quien a pesar de afirmar que en la generalidad de los casos la legítima debe satisfacerse con bienes de la herencia llega a admitir (por lo progresivo del planteamiento y lo adecuado a la realidad social) el pago de la legítima con dinero. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1970 (Ref. Aranzadi 1.854) en la que se afirma que por tener la legítima la consideración de *pars hereditatis* y no de *pars valoris* es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia de los que no deben ser excluidos los legitimarios.

(161) Para profundizar más en ese tema, ver: VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vols. 1 y 2, en particular pp. 190 y ss. y la numerosa bibliografía en ellas citada.

más (y esto es fundamentalmente lo que nos importa) obligaba a pagarlos en esa especie aun cuando no la hubiera en la herencia.

3.º De otro lado, como hemos reiterado, el artículo 1.003 del Código civil hacía, al heredero que hubiera aceptado pura y simplemente, responsable de todas las cargas de la herencia (legados, por ejemplo) no sólo con los bienes heredados, sino incluso con los suyos propios, es decir, con bienes extrahereditarios.

Razones que unidas a la que ofreceremos más adelante inducen a pensar que en los supuestos ahora estudiados no debía entenderse acaecida la preterición de los legitimarios favorecidos con dicho tipo de legados (162), lo que implicaba que tampoco estaría presente esa figura en aquellos casos en que la institución no pudiera entenderse hecha a título de heredero, sino de legatario.

b) *El reconocimiento de la donación «inter vivos»: un argumento con fuerza expansiva*

Dentro de este apartado nos vamos a referir a la donación recibida con carácter *inter-vivos* por el heredero forzoso sin entrar, por estar equiparadas en el artículo 620 del Código civil a las disposiciones de última voluntad, en las que lo sean *mortis causa*. Preciado este punto, se advierte como un importante sector de la doctrina (163), junto con el Tribunal Supremo (164), admitía aquellas donaciones dentro de la expresión «por cualquier título» del artículo 815 del Código civil; aceptación que suponía reconocer la validez de ese título de disposición en favor de los legitimarios como apto para atribuirles su legítima y, con ello, para no incurrir en su preterición. Postura que implicaba, con independencia de la polémica sobre si debía o no recordarse en el testamento la donación hecha *inter-vivos* (165), reconocer la posibilidad de satisfacer la legítima con metálico extrahereditario, pues independientemente de que se exiga o no el recuerdo testamentario de la donación, ésta determinaba en cualquier caso (siem-

---

(162) Si bien ALBALADEJO: *Op. cit.*, p. 38, en semejantes casos parece pensar que no se sucedería al difunto.

(163) GARCÍA-BERNARDO: *Op. cit.*, pp. 330 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, en «A.D.C.», T. 18, Fas. 1, 1965, pp. 107 y ss. DE LA CÁMARA: *Loc. ult. cit.*, pp. 777 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 2, pp. 780 y ss. GARCÍA-BERNARDO: *Las legítimas en el Código civil*, Oviedo, 1964, p. 99. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, T. 6, Vol. 1, 8.ª ed., Madrid, 1973, p. 672. GARRIDO PALMA: *Op. cit.*, pp. 518 y ss. ESPÍN CANOVAS: *Manual de Derecho civil español*, 3.ª ed., Vol. 5, Sucesiones, Madrid, 1974, p. 485, que no exige la mención testamentaria de la donación *inter-vivos* para eludir la preterición.

(164) Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1961 (Ref. Aranzadi 1.841) y 20 de febrero de 1981 (Ref. Aranzadi 534).

(165) Ver las dos notas precedentes.

pre que, como es lógico, fuera válida) la atribución de un bien que se encontraba, como se desprende del contenido de los artículos 618, 623, 629 y 654 todos del Código civil, fuera de la masa hereditaria. Todo lo cual lleva a considerar que si con la donación *inter-vivos* se reconocía la posibilidad de sortear la figura de la preterición, aun cuando con la misma era consustancial la idea de ser el bien (dinero u otro cualquiera, por el que se veía satisfecha la legítima), extrahereditario no había en principio por qué poner objeciones a los supuestos en los que la atribución de esos bienes se hacía a través de títulos testamentarios. En definitiva, si se admitía la donación *inter-vivos* como título suficiente, con recuerdo testamentario o no para conferir al legitimario su cuota legal (o quizá más exactamente el valor de ésta) y con ello evitar su preterición, se reconocía paralelamente la eficacia de un título cuyo contenido quedaba siempre cubierto con bienes no pertenecientes a la masa de la herencia, no debía existir inconveniente alguno para no aceptar los mismos efectos cuando lo único que variaba era el título elegido (heredero o legatario), pero no la calificación (extratestamentaria) de los bienes, con lo que se quería satisfacer la legítima.

## IX. REBATIR Y GENERAR TEORIAS: DOS ASPECTOS DESTACABLES DEL INSTITUTO DE LA PRETERICION

### A) Cuota reservada y cuota de legítima: una distinción difícil de coordinar con la figura objeto de análisis

En opinión de algún autor (166), dentro de la idea de legítima había que diferenciar entre ésta como porción de la herencia reservada por la ley al heredero forzoso y, de otro lado, como cuota de valor que éste tenía derecho a percibir. Con el primer significado, la legítima (a la que ahora denominaba cuota reservada) suponía una participación en la herencia (*pars hereditatis*) comprensiva tanto del activo como del pasivo; con el segundo, la legítima (llamada cuota de legítima) era simplemente la expresión de un valor económico consistente en una cuota aritmética del valor del patrimonio hereditario incrementado con el de las donaciones que hizo el causante. Fijado el núcleo de la teoría que atrae nuestra atención la proyectaremos sobre el instituto de la preterición en orden a determinar la compatibilidad existente entre el funcionamiento del mecanismo de esta figura y la teoría indicada. Intención que nos lleva a hacer algunas puntualizaciones:

1.<sup>a</sup> La afirmación de que la delación forzosa de la cuota reserva-

---

(166) GARCÍA VALDECASAS: *La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, en «R.D.P.», T. 47. 1963, pp. 957 y ss.

da era incompatible con la sucesión intestada y suponía siempre la concurrencia de una institución testamentaria parcialmente inválida, matizada posteriormente en el sentido de que aquella delación sólo resultaba posible si además el testador no incurría en preterición (167), permitía pensar:

1. Que en todos aquellos casos en los que, incurriendo en preterición, el testador únicamente hubiera dispuesto de sus bienes mediante legados cabía la posibilidad de que éstos, en la medida en que resultaran inoficiosos, fueran como, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 814.1 del Código civil, parcialmene inválidos.

2. Si en los supuestos mencionados no existía, al producirse la preterición de los legitimarios, la delación forzosa de la cuota reservada en favor de éstos, había que reconocer, si se les quería hacer llegar la referida cuota, que la misma, descartada también la testamentaria por la existencia de preterición, sólo podía encauzarse mediante la apertura de la sucesión intestada.

3. Admitido lo anterior, no había en principio razón alguna para no entender producida, en todos los demás supuestos en que existiera una institución testamentaria parcialmente inválida, no la delación forzosa de la cuota reservada, sino simplemente la delación intestada de la misma, máxime si como se afirma aquella delación forzosa requería una institución parcialmente inválida (168); es decir, no resultaba muy coherente exigir como presupuesto de funcionamiento de la delación forzosa la invalidez parcial de una institución, porque ello llevaría consigo, en la misma medida de la invalidez, la apertura de la sucesión intestada. (Así se puede desprender del contenido del artículo 658 del Código civil en relación con el del artículo 912.1 del mismo Código.)

4. Curiosamente, la teoría que ahora atrae nuestra atención, quizá por no ocultarse a su autor las inconsecuencias que hemos puesto de relieve, refería la preterición a una disposición de la totalidad de la herencia por vía de institución, pero no así de legado (169).

5. La preterición resultaba, de acuerdo con los argumentos que se defendían, difícil de coordinar dentro de la teoría que con aquéllos se trataba de mantener; dificultad en el engarce de aquella figura con los citados argumentos que se apreciaba si se tiene presente:

1.º De los dos significados ofrecidos del concepto de legítima (como cuota reservada y como cuota de valor), la teoría que nos ocupa vinculaba exclusivamente la figura de la preterición con la legi-

(167) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, pp. 961 y ss.

(168) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 961.

(169) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, pp. 965 y ss., en las que se hacen afirmaciones como éstas: «La preterición supone que el testador haya dispuesto de la totalidad de la herencia por vía de institución de heredero.» O: «La preterición es privación tácita de la legítima a consecuencia de una institución de heredero que comprende la totalidad de la herencia con omisión del heredero forzoso.»

tima como cuota reservada. De acuerdo con ésto se mantenía que la preterición se daba cuando el testador, con infracción de la prohibición de disponer sobre la cuota reservada, privaba de ella total o sólo parcialmente al heredero forzoso (170).

2.º En las afirmaciones anteriores resaltaba en primer término una idea de parcialidad, referida al instituto de la preterición, que resultaba difícil de mantener no ya sólo por el contenido del artículo 815 del Código civil, totalmente distinto del artículo 814 del Código civil, que se ocupaba concretamente de la preterición, y por el de los conceptos que de la misma ofrecían doctrina y jurisprudencia en los que se recogía, prácticamente sin excepción, la idea de privación total y no parcial de la legítima (171), sino también porque el mismo autor que introducía la idea de una preterición parcial al definirla con carácter general excluía, con la afirmación: «ni hacerle ninguna liberalidad testamentaria» (172), aquella idea de parcialidad.

3.º Si, como hemos indicado, la preterición se conectaba, en la teoría que distinguía entre la legítima como cuota reservada y cuota de valor, exclusivamente con el primer significado de los dos mencionados no resultaba muy coherente mostrarse partidario, en base fundamentalmente al contenido del artículo 815 del Código civil, de la inexistencia de preterición (173), cuando el legitimario únicamente hubiera sido beneficiado por una liberalidad *inter-vivos* del causante, por las siguientes razones:

a) Si se daba a entender, como efectivamente se hacía (174), que el contenido del citado artículo 815 del Código civil tenía la suficiente entidad como para sostener, junto con el contenido del artículo 819 del Código civil, la postura de quienes consideraban excluida la preterición simplemente con la disposición de liberalidades *inter-vivos* en favor del heredero forzoso, no parecía coherente con ello defender,

---

(170) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 965.

(171) En ese sentido, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 2, pp. 1131 y ss. CRUZ AUÑÓN: *Un caso frecuente de preterición*, en «A.A.M.N.», T. 3, 1946, p. 546. MUCIUS SCAEVOLA: *Op. cit.*, T. 14, pp. 420 y ss. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, T. 5, Vol. 3, Madrid, 1963, p. 374. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 6.ª ed., T. 4, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid, 1944, pp. 576 y ss. GARCÍA-BERNARDO: *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 100 y ss.; *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. 2, pp. 341 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 604 y ss. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, T. 6, Derecho de sucesiones, Vol. 2, 8.ª ed., Madrid, 1979, pp. 681 y ss. Y las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1917 («R.G.L.J.», *Juris. Civil*, T. 140), 23 de abril de 1932 («R.G.L.J.», *Juris. Civil*, T. 203) y 20 de febrero de 1981 (Ref. Aranzadi 534), entre otras. Si bien se mostraba igualmente partidario de la preterición parcial, PÉREZ ARDA: *Preterición testamentaria parcial*, en «R.G.L.J.», T. 122, 1913, pp. 252 y ss.

(172) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 966.

(173) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 966.

(174) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 966.

a renglón seguido, que en esos casos solamente sería parcialmente nula la institución de heredero contenida en el testamento, puesto que si no existía preterición esa consecuencia no encontraba, como era una exigencia del artículo 734 del Código civil, fundamento legal alguno; ni siquiera en el artículo 815 del Código civil que sólo permitía solicitar el complemento de la legítima, pero no determinaba, como por otro lado era lógico, la institución concreta que debía soportar el complemento de la legítima no cubierta totalmente. En concreto, si existían varios legitimarios uno de ellos beneficiado sólo con una liberalidad *inter-vivos*, otro con una institución de heredero que cubría estrictamente su legítima (es decir, recibía su cuota reservada que además era suficiente para cubrir su cuota de valor) y un tercero beneficiado con un legado que abarcaba el resto del patrimonio hereditario, lo lógico parecía sostener, si es que se mantenía que alguna disposición testamentaria debía resultar parcialmente anulada para dejar a salvo la cuota reservada del favorecido con la liberalidad en vida del causante, que esa anulación afectara al legado y no a la institución de heredero, porque de anularse esta última se atacaría directamente, al suponer sólo una cobertura mínima de la legítima, lo que a la vez se pretendía proteger, la legítima tanto como cuota reservada como de valor.

Si, por el contrario, se entendía que la preterición se había producido era evidente que ese efecto, el de la anulación parcial de la institución de heredero, no era el fijado por el artículo 814.1 del Código civil.

b) Cuando el legitimario únicamente había recibido una liberalidad *inter-vivos* quedaba claro, de acuerdo con las afirmaciones hechas por el defensor de la teoría que nos ocupa, que si el testador había dispuesto de la totalidad de su herencia aquél debería considerarse no ya preterido parcialmente, sino totalmente; dicho de otra manera, esos casos sólo podían, conforme a lo argumentos que se manejaban, considerarse, por lo que ahora diremos, de preterición total:

— Se mantenía que la cuota reservada suponía una participación en la herencia, es decir, era una *pars hereditatis* comprensiva tanto de activo como de pasivo (175).

— La preterición tenía lugar cuando el testador privaba total o parcialmente al legitimario de su cuota reservada (176). Es decir, la preterición tenía lugar si el testador no disponía de parte al menos de la misma en favor de algún heredero forzoso.

— De acuerdo con los dos argumentos anteriores, todos aquellos casos, en los que el legitimario hubiera sido favorecido exclusivamente con una liberalidad *inter-vivos*, tenían que considerarse necesaria-

(175) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 961.

(176) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 965.

mente de preterición total. En definitiva, si el heredero forzoso únicamente recibía una liberalidad en vida del causante estaba claro que no recibía absolutamente nada como *pars hereditatis*, es decir, como cuota reservada, con lo que lo único que cabía reconocer de acuerdo con los argumentos recogidos, era que se había producido una preterición, no ya parcial, sino total del mismo.

— De acuerdo con lo anterior, los únicos efectos a los que se podía dar entrada eran los previstos en el artículo 814 del Código civil.

c) Si, por el contrario, se entendía, en los supuestos en que el legitimario sólo recibía una liberalidad *inter-vivos*, que la preterición no se evitaba se podían producir consecuencias como éstas:

— Si en el testamento, en el que se omitía al legitimario beneficiado con la liberalidad *inter-vivos*, se había dispuesto de toda la masa patrimonial a título de legado, resultaba que sobre el mismo, al existir como hemos dicho preterición, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 814 del Código civil.

— De acuerdo con lo anterior, al contenerse en aquél únicamente disposiciones a título de legado, sólo cabría pedir, al ser el efecto previsto por el artículo 814 citado sobre legados, la reducción de los mismos por inoficiosos.

— Si el único efecto posible era, como hemos dicho, la reducción de los legados en la medida de su inoficiosidad, habría que demostrar previamente que la misma existía. Demostración que sólo podría darse de acuerdo con la posición que se mantenía con referencia a la legítima como cuota de valor. Es decir, si como se afirmaba (177) el valor de la cuota de legítima fijado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 818 del Código civil, representaba simplemente el valor económico que el legitimario tenía derecho a obtener del patrimonio del causante incluidas las donaciones que hizo en vida, parece lógico que si el legitimario, beneficiado sólo con la liberalidad *inter-vivos*, veía cubierta con ésta aquel valor no se pudiera afirmar que los legados contenidos en el testamento resultaban inoficiosos y, en consecuencia, se produciría la anómala situación de entender acaecida una preterición, al no disponerse absolutamente de nada de la cuota reservada en favor del legitimario favorecido con la donación *inter-vivos*, cuyo efecto, el de la reducción por inoficiosidad, no encontraría fundamento al advertirse, como consecuencia de la distinción de la legítima como cuota reservada y de valor, que aquél aun preterido veía satisfecha íntegramente, aunque sin ajustarse al orden previsto, no necesariamente inalterable, por la teoría en cuestión, su legítima como cuota de valor. Es decir, la distinción dentro de la idea de legítima de la misma como cuota reservada y como cuota de valor, en el supuesto ahora estudiado (legitimario beneficiado sólo con una li-

---

(177) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, pp. 961 y ss.

beralidad *inter-vivos* y testamento cuyo contenido venía dado únicamente por disposiciones a título de legado, en favor si se quiere de los demás legitimarios) llevaba a la paradójica situación de que aquél, al no recibir nada en pago de su cuota reservada, se pudiera considerar preterido y, sin embargo, el efecto previsto, por el artículo 814.1 del Código civil, no se podía llevar a cabo porque al verse cubierta con la liberalidad *inter-vivos* la cuota de valor de aquél no existía inoficiosidad y, en consecuencia, difícilmente se podría dar ejecución al efecto de reducir los legados en la medida en que fueran inoficiosos cuando éstos simplemente no lo eran.

Todo ello junto con la opinión de algún autor (178) en contra de la distinción de la legítima como cuota reservada y de valor nos hace proclives a no admitir la mencionada teoría por las distorsiones que su aplicación, como hemos señalado, ocasionaría sobre el instituto de la preterición.

### **B) Polémica doctrinal: una constante nuevamente confirmada**

Si nos detenemos a recapitular, siquiera sea mentalmente, la trayectoria seguida por la figura de la preterición, simplemente desde promulgación de nuestro Código civil, advertiremos cómo la misma se ha caracterizado por ser la promotora de gran número de las polémicas suscitadas dentro del ámbito del Derecho sucesorio. Opiniones vertidas por la doctrina en relación con la misma que si bien en ocasiones creaban más dudas de las que pretendían despejar, a la postre, se podía considerar que todas colaboraban en coformar un perfil cada vez más torneado de la mencionada figura. Función modeladora que, en definitiva, debía tener como pautas a seguir los propios preceptos del Código civil en la medida en que era dentro de la regulación en éste contenida, especialmente la del Derecho sucesorio, en donde debía encajar, con las menos holguras y roces posibles, la figura de la preterición que con ayuda de las diferentes posiciones doctrinales, a falta de un concepto legal de la misma, se trataba de elaborar. Reiterándonos en esa intención pondremos una vez más frente a frente opciones doctrinales que ofrecían versiones distintas de la incidencia que un mismo supuesto podía tener sobre la figura en estudio, así como nuestra particular opinión sobre ellas en función de su mayor o menor adaptación a los preceptos legales; con ello intentaremos al menos que resulte más fácil, si otra cosa no conseguimos, perfilar más nítidamente un nuevo aspecto, de los muchos que presentaba la figura de la preterición. Concretamente, nos vamos a ocupar de proyectar, en la medida de lo posible, claridad sobre la men-

---

(178) VALLET DE GOYTISOLO: *Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, en «A.D.C.», T. 18, Fas. 1, 1965, pp. 69 y ss.; *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 189 y ss.

cionada institución en aquellos casos en los que el causante tras instituir legatario a un heredero forzoso (o más si los tenía) posteriormente revocaba el legado.

a) *La revocación del legado: desheredación o preterición*

Que duda cabe que previamente al estudio de las razones en favor y en contra, que en el citado planteamiento se encuentren respecto de la preterición, se habrá de determinar si el legado fue válidamente constituido por el causante y posteriormente si la revocación del mismo resultó igualmente válida. Puntos en los que no nos vamos a detener especialmente por cuanto, si el legado resultaba radicalmente nulo desde un principio, esto equivalía, si el legitimario no contaba con otro título a su favor, a la inexistencia de disposición alguna, testamentaria o extratestamentaria, en favor del heredero forzoso, conforme a lo cual cabía entender producida su preterición; si la nulidad radical afectaba al acto de revocación del legado con el que se favorecía al legitimario la conclusión debería ser la contraria, es decir, que la preterición, al mantenerse el legado en favor de aquél, no podía entenderse acaecida respecto del mismo. Pero concretándonos ya en la situación, revocación válida del legado, de la que vamos a ocuparnos más detenidamente, observamos cómo la misma daba lugar a enfrentamientos doctrinales desde el instante en que se trataba de referir al instituto de la preterición. Así pues, para algún autor (179) la revocación del legado, con el que se beneficiaba únicamente al legitimario debía considerarse, por las razones que el mismo expone, de preterición; por el contrario, para otro (180), idéntico supuesto (revocación del legado en favor del legitimario) no debía considerarse de ninguna manera como de preterición, sino en todo caso como de desheredación justa o injusta. Posturas claramente enfrentadas que nos llevan a puntualizar algo más el extremo debatido (revocación del legado implica o no preterición) en un intento de desvelar cuál de ellas contaba con argumentos de mayor peso para sostener, al menos, su prioridad frente a la contraria. Con la intención prevista, la primera interrogante a resolver sería: ¿la revocación del legado llevaba aparejada o no la apertura de la sucesión intestada? Interrogante que permite abrir los apartados que siguen.

---

(179) GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. 11, pp. 367-368.

(180) VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 607 y ss.

## 1. Indisponibilidad posterior: sus consecuencias

Podía ocurrir que el testador se limitara a revocar el legado con el que beneficiaba al legitimario, pero sin disponer posteriormente a ello de los bienes, o derechos en su caso, que lo integraban. Esta situación podía desembocar en:

1. Que el legado (o quizá más exactamente su contenido) se refundiera (artículo 888 del Código civil) con la masa de la herencia, ello podría determinar, si no existía una institución de heredero que lo absorbiera, la apertura de la sucesión intestada respecto de los bienes que integraban el mismo (artículos 912.2 y 986 del Código civil), al no haber dispuesto, el causante que lo revocó, de ellos. De ser así, resultaría un supuesto contemplado en el artículo 815 del Código civil, pues el heredero forzoso, cuyo legado fue revocado, iba a percibir, si bien ahora como sucesor intestado (sucesión con títulos en principio no excluidos de la expresión «por cualquier título» del citado artículo (181) del *decuius*, una parte al menos de los bienes que lo integraban, con lo que al no resultar preterido, al abrirse la sucesión intestada en su favor, únicamente podía pedir el complemento de su legítima en base al citado artículo 815 del Código civil. A pesar de lo dicho cabía pensar que las consecuencias derivadas de la revocación del legado, aún sin disponer, una vez hecha, de los bienes o derechos que lo integraban, no serían las mismas si entrara en juego el mecanismo del derecho de acrecer, de la sustitución o simplemente de la institución de heredero que los absorbía; posibilidades sobre las que nos pronunciaremos, por entender que su calificación sería la misma, en el siguiente apartado.

## 2. Revocación y disposición: dos actos en contra de la preterición

Ahora nos planteamos no sólo que el testador revocara el legado que tenía dispuesto en favor del legitimario, sino que además dispusiera de su contenido en favor de otro legitimario o de un tercero. En este supuesto es indudable que el legitimario no recibiría nada del patrimonio del causante con lo que la solución al mismo no podría canalizarse a través de lo dispuesto en el artículo 815 del Código civil, pues nada se le había dejado por título alguno. Descartada esa posibilidad la polémica se centraba en determinar si existía preterición

---

(181) Partidarios de admitir dentro de la expresión referida, los títulos propios de la sucesión intestada se muestran: GARCÍA-BERNARDO: *Loc. ult. cit.*, pp. 351-352, cuando afirma que lo fundamental (para evitar la preterición) es la atribución y no el título; así cualquier título apto para una atribución de la legítima (imputación) es válido en nuestro Código civil. VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. cit.*, T. 1, Vol. 1, p. 618, al defender que la apertura de la sucesión intestada aun parcialmente evita siempre la preterición.

o desheredación. A nuestro entender la figura de procedente aplicación sería, por las razones que seguidamente expondremos, la desheredación y no la preterición.

1.<sup>a</sup> Si la revocación se ajustaba además a las exigencias contenidas en los artículos 848 y 849 del Código civil se debía entender, por razones que a todos nos alcanzan, existente la desheredación justa y no la preterición.

2.<sup>a</sup> Si no era así, es decir, si la revocación se hacía, como era una exigencia para su validez desprendida del artículo 738 del Código civil, con arreglo a las solemnidades necesarias para testar, pero sin cumplir con los demás requisitos previstos en los artículos anteriormente citados para la desheredación justa, entendemos que en esos casos lo procedente sería defender la existencia de desheredación injusta por:

— Resultaba indiscutible que el legitimario al habersele revocado el legado dispuesto en su favor quedaba, si no se producía, como ahora es el caso, la apertura de la sucesión intestada, privado absolutamente de su legítima.

— Según lo anterior, parecía claro que la privación de la legítima era consecuencia directa de la revocación del legado.

— Esta debía realizarse, según expusimos con anterioridad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 738 del Código civil, en definitiva, cumpliendo para llevarla a cabo las formalidades necesarias para testar.

— Si lo anterior se admite ocurriría que la privación de la legítima vendría ocasionada por la revocación del legado, que a su vez se tendría que llevar a cabo necesariamente (artículo 738 del Código civil) a través de un nuevo testamento por el que se revocaba total o sólo parcialmente el anterior.

— De acuerdo con la concatenación mencionada entre privación y revocación testamentaria quedaba patente que la primera (la privación) sólo cabía considerarla realizada expresamente en un testamento, pues esas eran las características que acompañaban a la revocación misma del legado.

— Llegados a este punto deberemos mantener para seguir una línea coherente con posiciones anteriores, en las que defendíamos como nota diferenciadora de la desheredación (justa o injusta) su carácter expreso (182) frente al presunto de la preterición (183) que el supuesto contemplado debía ser acogido dentro de la figura de la desheredación en este caso injusta, y no en el de la preterición.

Postura esta última que entendemos susceptible de trasplantar a

---

(182) Ver apartado G.e.a') Una primera impresión: incontrovertida vigencia de dos términos contrapuestos (así como nota 120 en él contenida).

(183) Ver apartado G.e) Tácita una nota de dudoso valor distintivo. Y subapartados en él contenidos.

aquellos casos en los que, sin disposición posterior de los bienes que integraban el legado revocado (se entiende en lo que afecta al legitimario sólo) se diera respecto del mismo el derecho de acrecer (por ejemplo, en favor de otros colegatarios), la sustitución o la absorción por una institución de heredero. Ahora no era la posterior disposición, sino alguna de las figuras mencionadas la que impedía la apertura de la sucesión intestada, pero, en definitiva, la revocación presentaba las mismas características que si existiera posterior disposición.

### 3. Diferencias previas: razones y clave de una solución

Con todo, no se nos oculta que nuestra postura, discordante con la que defendía la existencia de preterición en esos casos (184), podría haber resultado distinta, incluso coincidente con la misma, de haber compartido algunos puntos sobre los que ésta se asentaba. En definitiva, la elección de la salida que hemos propuesto (existencia de desheredación injusta y no de preterición) revela no sólo, como es obvio, una distinta solución, sino además la presencia de puntos de vista previos a aquélla que al no compartirse incidían inevitablemente sobre la dirección que iba a tomar la respuesta última. Pues bien, entre esos puntos de vista no compartidos, así como algunas razones para ello, cabe señalar:

1.º Se admitía que el legado resultaba perfectamente compatible con la desheredación. De tal manera que se consideraba plenamente válido un legado en favor de un legitimario desheredado, por cuanto la desheredación suponía simplemente la negación expresa de la cualidad de heredero latente en el legitimario (185).

2.º De acuerdo con esto, se afirmaba que la revocación del legado no podía calificarse nunca de desheredación, al suponer ésta también una revocación, pero ahora de la cualidad de heredero que nunca confería el legado, sino de preterición (186).

Afirmaciones a las que se puede objetar:

— De ser así, el legado podría desempeñar funciones análogas a la desheredación. Es decir, si ésta se entendía como la revocación de la cualidad de heredero, resultaba indiscutible que el legado también suponía, si lógicamente no confluía con una institución hereditaria (prelegado), la privación de la cualidad de heredero, pues a través del mismo se negaba esta cualidad latente, para conferir la de legatario.

— La única desheredación que lógicamente podría acarrear las consecuencias antes señaladas (revocación de la cualidad de heredero) sería la justa, pero no la injusta. De ser así se estaría compatibilizando,

(184) GARCÍA BERNARDO: *Loc. cit.*, pp. 367-368.

(185) GARCÍA BERNARDO: *Op. cit.*, pp. 367-368.

(186) GARCÍA BERNARDO: *Op. cit.*, pp. 367-368.

a través de la revocación del legado, la desheredación justa con la preterición; coincidencia de ambas figuras en un mismo testamento y respecto de idéntico sujeto que provocarían efectos contradictorios entre sí. En definitiva, la preterición del legitimario (por revocación del legado) determinaría en favor del preterido la anulación de la institución de herederos y la validez de las mandas y mejoras en los que no resultarían inoficiosas y a la vez la desheredación justa del mismo pondría en marcha, en favor de los hijos del desheredado, los efectos previstos en el artículo 857 del Código civil, con lo que se llegaría a la curiosa situación de favorecerse más al desheredado justamente y su estirpe que al no desheredado y la suya.

— También es verdad que se podía pensar que los efectos derivados de la preterición se producirían en virtud de lo dispuesto en el artículo 857 del Código civil, en beneficio de los hijos del desheredado en lugar de hacerlo en favor de éste (precisamente por estar desheredado justamente), a pesar de que él era el preterido a consecuencia de la revocación del legado. Solución que sólo muy forzosamente podría admitirse si se piensa que si el legitimario, al que le afectó la revocación del legado, se podía considerar preterido era precisamente (artículo 814.1 del Código civil, «*la preterición de algunos o de todos los herederos forzosos en línea recta...*»), porque tenía esa condición a pesar de la desheredación justa, pero de ser así admitir los efectos de la preterición, por lo establecido en el artículo 857 del Código civil, en favor de sus hijos supondría que a pesar de reconocérsele la cualidad de heredero forzoso no tendría derecho a recibir su legítima, lo que entraría en oposición con el contenido del artículo 806 del Código civil; de emitirse lo contrario, es decir, que no quedaba, una vez desheredado justamente, como heredero forzoso habría que concluir que tampoco podría considerarse, en virtud de la referencia expresa del artículo 814.1 del Código civil a los herederos forzosos, existente la preterición del mismo.

### **C) Los efectos de la indignidad sucesoria: su importancia para la compatibilidad de dos figuras**

Otra figura con incidencia controvertida sobre el instituto de la preterición lo encontramos en la indignidad. Incidencia que permitía formular, como punto de partida, la siguiente interrogante de carácter general: ¿resultaban compatibles ambas figuras? O más concretamente: ¿la indignidad del legitimario suponía imposibilidad para, llegado el caso, considerarlo preterido? Ante dicha cuestión el primer tema que había que dilucidar sería: ¿la indignidad del heredero forzoso le privaba de su derecho a la legítima? La consecuencia, si la respuesta tenía un contenido negativo, sería que el indigno podía considerarse, en caso de no recibir nada en pago de su legítima, preterido;

si, por contra era positivo carecía de sentido admitir una posible preterición del mismo.

Respecto de la interrogante última un importante sector de la doctrina española junto con el Tribunal Supremo (187) se decantaba en favor de la tesis positiva, es decir, que el indigno, por el hecho de serlo, perdía todo derecho a la legítima, si bien no faltaban defensores de la tesis contraria (188). De seguirse la primera posición habría de entenderse que la omisión del legitimario, afectado plenamente por una causa de indignidad antes de la apertura de la sucesión, en el testamento del causante no constituía preterición; si bien cabía la posibilidad, no sólo en los supuestos previstos en el artículo 758.2 del Código civil, sino también en todos los demás recogidos en el artículo 759 del Código civil (189), que la indignidad estuviera pendiente,

---

(187) Partidarios del mismo se muestran PUIG BRUTÁU: *Fundamentos de Derecho civil*, T. 5, Vol. 1, Barcelona, 1961, pp. 150-151. ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, Vol. 5, 3.ª ed., Madrid, 1974, pp. 65-66. SANTOS BRIZ: *Derecho civil: teoría y práctica*, T. 6, Derecho de sucesiones, Jaén, 1979, p. 248. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, T. 6, Derecho de sucesiones, Vol. 2, 8.ª ed., Madrid, 1979, p. 50. HERNÁNDEZ GIL: *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos*, en «R.D.P.», T. 65, 1961, pp. 489 y ss., si bien matiza que la única excepción estaría representada por el núm. 5 del artículo 756 del Código civil, puesto que el delito de adulterio no puede ser cometido por herederos forzosos del testador (No obstante, no hay que olvidar que el contenido de ese núm. 5 desapareció de dicho artículo tras la reforma que sobre el mismo operó la Ley de 20 de mayo de 1978). ALBALADEJO: *Derecho civil*, T. 5, Derecho de sucesiones, Vol. 1, Barcelona, 1979, p. 188. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 654-655. Y el Tribunal Supremo en Sentencias como las de 28 de febrero de 1947 (Ref. Aranzadi 337) en la que en su tercer considerando afirmaba textualmente: «Que las causas de indignidad, determinantes de la incapacidad para suceder, por estar reguladas en el Código civil bajo la rúbrica —De la capacidad para suceder con testamento o sin él— con clara independencia de las de desheredación, no precisan de la expresión testamentaria para surtir efecto, como no sean remitidas por el testador, en cualquiera de las formas estatuidas en el artículo 757 del precitado Cuerpo legal; y, en consecuencia, privan a quien en ellas incurre, del derecho a suceder al agraviado, aunque sea heredero forzoso, porque la incapacidad, si es relativa con relación al *de cuius* es absoluta por lo que afecta a su patrimonio no sólo porque así cabe inferirlo de su naturaleza y fundamento, dada la trascendencia social de los hechos que la originan, sino también del contenido del artículo 761 del Código y aun del mismo principio de la inviolabilidad de la legítima, que no puede prevalecer, por inconciliable con la sucesión, cuando el heredero se halla incurso en tan graves motivos de indignidad»; 6 de diciembre de 1963 (Ref. Aranzadi 5.207) en su segundo considerando decía literalmente: «Ya que con repasar el tercero de los preceptos que se citan basta para advertir que en ellos, de modo esencial, se establece la protección legal al régimen de las legítimas que el Código instituye, y cuya observancia es obligada, salvo el caso de indignidad para suceder o de justa desheredación, por lo que al concurrir éstas o carecer los hechos en que traten de fundarse de fuerza legal para ello, es forzosa la aplicación de aquellas reglas que suponen lo que es normal»; las que se pueden añadir, si bien sus manifestaciones no son tan claras sobre el punto que nos ocupa, las de 22 de febrero de 1934 («R.G.L.J.», *Juris. Civil*), 11 de febrero de 1946 (Ref. Aranzadi 121), 20 de febrero de 1963 (Ref. Aranzadi, 1.126) y 7 de marzo de 1980 (Ref. Aranzadi 1.558).

(188) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, T. 6, Vol. 1 (artículos 744 a 839), 8.ª ed., Madrid, 1973, p. 83.

(189) En ese sentido, HERNÁNDEZ GIL: *Op. cit.*, pp. 479 y ss.

abierta ya la sucesión, de confirmación bien por sentencia firme en la vía penal, por declaración judicial en la civil (190) o simplemente de que transcurriera el mes fijado para la denuncia; supuestos en los que parecía atinado esperar, para determinar la existencia o no de preterición, si además, como parece desprenderse del artículo 762 del Código civil, se hubiera instado la declaración de indignidad (191), a que se emitiera la decisión judicial correspondiente. De tal manera que si la resolución (penal o/y civil) era exculpatoria para el legitimario o éste no se veía finalmente afectado por la causa del número 4 del artículo 756 del Código civil, al haber intervenido de oficio la justicia, procedido a la correspondiente denuncia o a la inexistencia de la obligación de acusar, aquél no se podía considerar indigno, en cuyo caso, al no podersele incapacitar por causa alguna, se le podría considerar, de no existir disposición a su favor, preterido; condición que no resultaría predicable del mismo si, por el contrario, la causa de indignidad le llegara a afectar, siempre y cuando, como es lógico, ésta no dejara por lo dispuesto en el artículo 757 del Código civil de surtir efecto.

Si, en lugar de la posición expuesta, se defendía la tesis que consideraba al legitimario indigno, salvo que lo fuera por la causa prevista en el artículo 756.2 del Código civil, con derecho a percibir su correspondiente cuota legitimaria, se había de admitir igualmente que el mismo, si no recibía nada en pago de ella, debía considerarse preterido, solución que chocaba, y éste era el principal argumento de la tesis positiva (192), con lo dispuesto, con carácter general en el artículo 761 del Código civil, en favor de los hijos o descendientes del excluido de la herencia por incapacidad. De otro lado, si se consideraba que el legitimario no perdía, a pesar de ser declarado indigno, su derecho a la legítima había consecuentemente que afirmar, en el caso de no recibir nada en pago de la misma, existente la preterición.

a) *El reconocimiento del derecho a la legítima en el sucesor indigno: una posición discutible*

La perspectiva última no resulta del todo coherente si se piensa en las consecuencias que de ésta se podían derivar y en el derecho que aquél tenía. Más explícitamente, defender, para el legitimario de-

---

(190) HERNÁNDEZ GIL: *Loc. ult. cit.*, p. 479.

(191) De esa opinión HERNÁNDEZ GIL: *Op. cit.*, pp. 479-480.

(192) En efecto, quienes negaban para el indigno derecho alguno a la legítima (ver nota 187) encontraban, en la redacción sin excepción del artículo 761 del Código civil su fundamental punto de apoyo para afirmar, pese a lo dispuesto con carácter particular en el núm. 2 del artículo 756 del Código civil, que aquél quedaba privado totalmente de su derecho a la legítima.

clarado indigno, la pervivencia de su derecho a la legítima entrañaba reconocer, en el caso de que no recibiera nada en pago de ella, su preterición y los efectos que le eran propios. De tal manera que ocurrida ésta se deberían anular íntegramente las instituciones de heredero contenidas en el testamento (artículo 814.1 del Código civil), si bien a pesar de este radical efecto él sólo podría recibir, pues era la extensión que se le reconocía, a efectos patrimoniales, a sus derechos sucesorios en todo caso, estrictamente su cuota de legítima (193). Supuestos en los que, obvio es decirlo, podía no existir una adecuada correlación entre los graves efectos provocados por la preterición sobre el testamento y la medida en que de ellos se iba a beneficiar, a consecuencia de su indignidad, el heredero forzoso preterido. Además, el reconocimiento del derecho a la legítima en favor del indigno, fuera del caso del artículo 756.2 del Código civil, sólo cobraba sentido si ese derecho era el único que éste podía recibir; es decir, si aparte de su cuota legitimaria no pudiera beneficiarse, aun dispuesta a su favor (si ello no suponía la aplicación del contenido del artículo 757 del Código civil en favor del indigno), de mejora ni de todo aparte del tercio de libre disposición. De no entenderse así el indigno, cuya causa de indignidad no hubiera dejado de surtir efecto (artículo 757 del Código civil), no se diferenciaría en nada del resto de herederos forzosos que no lo eran, pues éstos sólo podían jurídicamente exigir la cobertura de su porción de legítima, pero nada más; si bien tendrían derecho a recibir, si el causante lo disponía en su favor, el tercio de mejora y el de libre disposición. Pero en última instancia, aun entendiendo reducidos los derechos del legitimario indigno estrictamente a su cuota de legítima, éste no se veía privado de nada a lo que en principio tuviera derecho, pues la distribución del tercio de mejora y de libre disposición quedaban, dentro de los límites legales, al libre arbitrio del causante. En definitiva, reconocer al heredero forzoso indigno su derecho a la legítima suponía negarle únicamente derechos en potencia, es decir, que podía igualmente no recibir sin necesidad de ser indigno, lo cual no parecía tener mucho sentido. Consideraciones todas que hacen más aceptable la posición de aquella otra corriente doctrinal (194) citada que consideraba al indigno, cualquiera que fuese la causa, privado íntegramente de sus derechos legitimarios.

b) *Los descendientes del indigno: susceptibles o no de preterición*

Ahora bien, si de acuerdo con el planteamiento anterior carecía de sentido, como hemos visto, referir el instituto de la preterición

---

(193) MANRESA: *Loc. ult. cit.*, T. 6, Vol. 1, p. 83.

(194) Véase nota 187 anterior.

al legitimario indigno, quedaba por dilucidar si la misma falta de significado podía propugnarse de esa figura respecto de sus hijos o descendientes. Cuestión que no presentaba especiales problemas en los casos en los que el testador hubiera instituido directamente herederos o legatarios a los hijos o descendientes del indigno, o bien que junto a la institución de éste, si naturalmente no entraba en juego, respecto de la causa de indignidad, lo previsto en el artículo 757 del Código civil, designara a aquéllos sustitutos del mismo (195). En ambos casos la stirpe del indigno iba a recibir la satisfacción del derecho que a la legítima se le reconocía a través del artículo 761 del Código civil. Con lo que en ninguno de ellos (196) se daría su preterición, si bien podrían solicitar, si es que no se les había cubierto íntegramente, el complemento de aquel derecho.

#### 1. La falta de disposición en favor de los descendientes: dos opciones para no considerar la preterición

Si el causante no había hecho disposición alguna en favor de los hijos o descendientes del indigno, pero sí testamentaria en beneficio de éste, cabía pensar, siempre que la misma no implicara la supresión de los efectos derivados de la causa de indignidad, lo siguiente:

Que el indigno, con independencia de que, en su caso, se le considerase o no titular del *ius delationis* (197), llegara a tomar posesión de los bienes comprendidos en aquel título de disposición con el que se le beneficiaba. De ser así, los hijos o descendientes del mismo contaban, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 762 del Código civil, con un plazo de cinco años para ejercitar la acción correspondiente contra aquél y obligarle (artículo 760 del Código civil) a su restitución. Posibilidad que combinada con lo establecido por el artículo 761 del Código civil, en relación con el 929 del mismo cuerpo legal permitía pensar, tanto si la referida acción se ejercitaba como si no (pu-

---

(195) Si bien de seguirse la opinión de ALBALADEJO: *Loc. ult. cit.*, T. 5, Vol. 1, pp. 164 y ss., en el sentido de admitir el derecho de representación en la sucesión testada si fue introducido por el causante en su testamento, cabía entender que el mismo se podría disponer en favor de los hijos o descendientes del indigno.

(196) Ni lógicamente si admitiendo la posición de ALBALADEJO: *Loc. ult. cit.*, T. 5, Vol. 1, pp. 164 y ss., respecto de la posibilidad del derecho de representación en el testamento del causante, dicho derecho existía en favor de aquéllos.

(197) Sobre este punto, ALBALADEJO: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 1, p. 189, mantiene que la delación en favor del indigno debe entenderse excluida. HERNÁNDEZ GIL: *Op. cit.*, pp. 474 y ss., llega a admitir la delación hereditaria en favor del indigno cuando se trata de la causa prevista en el núm. 4 del artículo 756 o bien cuando las causas que pueden dar lugar a la indignidad son anteriores a la apertura de la sucesión, en tanto la delación en favor del indigno no sea impugnada; si bien afirma que si se llegaba a declarar judicialmente la causa de indignidad y el indigno excluido de la sucesión aquella delación en favor de éste se eliminaba retroactivamente con la sentencia firme que declarase la indignidad.

diéndolo hacer), que aquéllos sólo en última instancia debían considerarse preteridos. En otros términos, si los legitimarios, del indigno que había tomado posesión de los bienes pertenecientes a la herencia del causante, contaban, durante un plazo de cinco años (198), con la posibilidad de dirigir contra el mismo una acción por la que podían solicitar que fuese declarada su incapacidad y, en consecuencia, viniera obligado a restituir los bienes, de tal manera que si la misma prosperaba éste quedaba excluido de la herencia por incapacidad (derivada de indignidad) y aquéllos pasaban a tener su derecho a la legítima, no parecía, por lo que más adelante diremos, inevitable, tanto si se valían como no de la mencionada acción, que en principio se pudieran considerar, con las graves consecuencias que para el testamento ello podría acarrear, preteridos. En definitiva, a pesar de no existir disposición alguna en favor de los hijos o descendientes del indigno, cabía pensar, en la medida en que se aceptaran otros mecanismos legales que les permitieran cubrir su correspondiente cuota legitimaria en la sucesión del causante, que los mismos no habían sido preteridos. Planteamiento último que resultaba, en buena medida, viable, tanto si se entendía que lo dispuesto en el artículo 761, en relación con los hijos o descendientes del indigno suponía un simple reconocimiento, por otro lado innecesario, de su cualidad de herederos forzosos (199) respecto de la sucesión que se abría, como si al contrario se consideraba que ello era simplemente la admisión, en base a lo dispuesto en el artículo 929 del Código civil, en relación con el 761 del mismo Código, de un derecho de representación a su favor (200). En el primer caso, por cuanto cabía pensar que la acción por la que hijos o descendientes del indigno pedían la declaración de su incapacidad afectaba sólo a éste, pero no a las disposiciones testamentarias, en sí mismas no influidas por ningún vicio que las hiciera inicialmente nulas, hechas a su favor. De ser así (mantenimiento de las disposiciones hechas en favor del indigno) se daba pie para pensar que en las mismas podrían entrar (en base al contenido del artículo 761 del Código civil), al menos para cubrir su legítima, los hijos o descendientes de aquél, con lo que se eludiría su preterición y desde luego las rigurosas consecuencias que de la misma se podían derivar. En otras palabras, si el artículo 761 citado establecía que, excluido de la herencia (el indigno) por su incapacidad, sus hijos

---

(198) Respecto del momento a partir del cual se debe iniciar el cómputo existen diversas opiniones: ALBALADEJO: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 1, pp. 205-206, mantiene que el plazo se cuenta desde el comienzo de la posesión. HERNÁNDEZ GIL: *Loc. ult. cit.*, sin embargo, defiende, pp. 482-483, que los cinco años que señala el artículo 762 del Código civil deben contarse a partir de la declaración de indignidad.

(199) GIMÉNEZ ARNÁU: *El derecho de representación en la sucesión voluntaria*, en «R.C.D.I.», 1940, pp. 27-28. R.D.G.R.N. de 14 de agosto de 1959 (ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia Registral*, T. 9, años 1951-1963).

(200) En este sentido, HERNÁNDEZ GIL: *Loc. ult. cit.*, pp. 474 y ss.

o descendientes pasaban a adquirir su derecho a la legítima, nada impedía en principio entender que aquéllos, puesto que el derecho que a la legítima tenía se realizaba (total o parcialmente) en las disposiciones testamentarias existentes a su favor, pasaran a ocupar, dentro de éstas, la posición de aquél, al menos en lo que se refería a la legítima, pues, en definitiva, con ello lo que se conseguía era que los descendientes adquiriesen el derecho que aquél tenía, en este caso concreto en las disposiciones testamentarias existentes a su favor, a recibir su legítima.

En el segundo, por cuanto tampoco existía nada que, en principio, impidiera pensar en la existencia en favor de los hijos o descendientes del indigno de un derecho de representación. Posibilidad que cobraba pleno sentido si al mencionado derecho se le concedía un carácter preeminente. Es decir, en este caso, cabía entender si el indigno era excluido de la herencia a consecuencia de la acción que habían ejercitado, solicitando se declarase su incapacidad por indignidad (artículo 761 en relación con el 762, ambos del Código civil), sus hijos o descendientes, que caerían las disposiciones testamentarias hechas en su favor con la consiguiente apertura de la sucesión intestada. Esto permitiría a aquéllos adquirir, una vez abierta aquella sucesión y en base al derecho de representación regulado en los artículos 924 y siguientes del Código civil, al menos parte de la cuota correspondiente a la legítima. En definitiva, no parecía desacertado entender, si es que se quería evitar la preterición, que, desde la perspectiva en que ahora estamos colocados (entrada en juego del derecho de representación), se abriría con preferencia a cualquier otra posibilidad (derecho de acrecer o absorción por una institución de heredero) no dispuesta expresamente por el testador, la sucesión intestada. Admitir lo contrario llevaría a la incoherencia de conceder a los hijos o descendientes del indigno una acción (la del artículo 762 del Código civil) de la que, al menos en un primer momento, no se iban a beneficiar directamente ellos, sino otros sucesores (los que tuvieran a su favor, por ejemplo, el derecho de acrecer o la institución de heredero) del *de cuius*. De ser así, aquéllos vendrían obligados, si alguna utilidad querían obtener de la acción por la que había pedido fuese declarada la incapacidad de su ascendiente por indignidad, a valerse de otros resortes jurídicos como los previstos en el artículo 814 del Código civil para los casos de preterición. En otros términos, si como ya hemos expuesto con anterioridad (201) en nuestro Código civil sólo cabía reconocer la existencia de dos tipos únicos de sucesión: la testada y la legítima o intestada, resultaba difícil, de acuerdo con ello, dar entrada sin más al llamado derecho de repre-

---

(201) Ver apartados anteriores: A) «los confusos principios de la sucesión *mortiscausa*», y, especialmente, B) «Una posible idea parcial de la preterición en el Código civil».

sentación en la sucesión del primer tipo, en la medida en que ésta requería (artículo 658 del Código civil), como presupuesto de existencia, la voluntad, o al menos la intención, en este sentido (de admisión del derecho de representación) por parte del testador (202), lo que implicaba, en buena medida, que si la misma existía al ser necesaria para poder calificar la sucesión de testamentaria (artículo 658 del Código civil), pero no en el sentido expuesto, habría que pensar en una institución de heredero, de legatario o en una sustitución en beneficio del mismo. Es decir, el derecho de representación, salvo que el causante lo estableciera en su testamento, sólo podía ir referido a una sucesión *ab intestato*, lo que planteaba, en el caso que estamos centrados (institución de heredero o legatario en beneficio del indigno, pero ninguna en favor de sus hijos o descendientes), la exigencia de que cayera la mencionada institución, con la que se favorecía a éste, para que entrara en juego el derecho de representación en favor de sus hijos o descendientes, a la par que se conseguía eludir su preterición (203).

## 2. Un supuesto difícil de excluir de la preterición

En el supuesto de no existir disposición de ningún tipo ni en favor del indigno ni de su estirpe sólo muy forzosamente podría negarse la existencia de preterición. En efecto, si el causante había distribuido íntegramente su as hereditario sin beneficiar por título alguno ni a su legitimario indigno ni a su estirpe estaba claro que ésta no iba a recibir, ni por sucesión testada, porque no existía disposición testamentaria alguna a su favor, ni por sucesión *ab intestato*, pues el *de cuius* había dispuesto íntegramente de todo su patrimonio hereditario,

---

(202) En ese sentido, ALBALADEJO: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 1, p. 164.

(203) Con todo, las opiniones doctrinales, en relación con la perspectiva que ahora abordamos (institución del causante en favor del indigno, pero no de sus hijos o descendientes) resultaban dispares, como lo demuestra ALBALADEJO: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 1, pp. 168-169, en las que mantiene que si fue instituido el indigno pero no sus descendientes se produciría respecto de éstos un impago de la legítima para cuya percepción tendrían que usar el remedio del artículo 814 del Código civil. En el mismo sentido, GARCÍA BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, pp. 354-355. VALLET DE GOYTISOLO: *Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil*, en «R.D.P.», T. 51, 1967, pp. 736 y ss.; *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, p. 628. Si bien este autor llega a matizar una afirmación anterior cuando sostiene (p. 737 de la obra anterior citada y pp. 94 y 95 de la ahora reseñada) que la preterición de los hijos del incapaz no produce la nulidad de la institución, si no sólo en la parte en que afecte a la legítima estricta correspondiente. ROCA SASTRE: *Estudios sobre sucesiones*, T. 1, Madrid, 1981, p. 418, en donde niega la existencia no sólo de preterición si el indigno estaba beneficiado por una disposición testamentaria, sino además del derecho de representación en favor de sus descendientes e incluso de la *successio graduum*, y califica a lo dispuesto en el artículo 761 del Código civil, como una norma especial en virtud de la cual la ley llama a la estirpe respecto de la cuota legítima.

nada por título alguno (si lógicamente tampoco contaba con una donación *inter vivos* a su favor). De tal manera que al estar privados absolutamente de toda participación en la legítima, si en el testamento no se les excluía expresamente [con el alcance que en el presente trabajo hemos dado a ese término (204)] de la misma, cabía entender razonablemente que los descendientes del indigno habían resultado preteridos. Perspectiva difícil de eludir incluso acudiendo a los dispuesto en el artículo 761 del Código civil, por cuanto del texto del mismo se podía fácilmente desprender que a los descendientes del indigno sólo les quedaba, en el supuesto ahora estudiado, el recurso de la preterición. Más concretamente, el artículo 761 del Código civil, disponía: «Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y tuviere hijos o descendientes, *adquirirán éstos su derecho a la legítima.*» Pues bien, al no existir disposición alguna en favor del indigno, ni posibilidades para dar entrada a la figura de la desheredación justa o injusta, estaba claro que a éste, si hubiera estado capacitado para suceder al causante, sólo le quedaba, si quería hacerse con la legítima, la vía del artículo 814 del Código civil, es decir, de la preterición; si esto se aceptaba y se ponía en conexión con lo dispuesto en el artículo 761.1, *in fine*, del Código civil, cabía entender, puesto que los hijos o descendientes del indigno lo que adquirirían era el derecho que éste antes tenía a la legítima, que si el derecho del mismo a dicha cuota legal sólo podía hacerse efectivo con los resortes de la preterición, aquéllos, puesto que no contaban con otros, también pasaban a tener únicamente, salvo que se entendiera existente un llamamiento directo de la ley en su favor (205), los mecanismos de dicha institución para ver satisfecha su participación legitimaria.

#### D) Dos vertientes doctrinales de los efectos de una misma institución

Si nos detenemos a contemplar los derroteros seguidos hasta el momento para estudiar el instituto de la preterición en nuestro Código civil, rápidamente apreciaremos cómo los mismos se encontraban, probablemente fruto de la ausencia, en dicho cuerpo legal, de una clara formulación de la citada institución, jalonados frecuentemente por discrepancias doctrinales consecuencia de la elección, ante la di-

---

(204) Ver apartado D) «La desheredación: una nueva perspectiva de la preterición, y G) «Tácita: una nota de dudoso valor distintivo» y subapartados en él contenidos.

(205) De esa opinión parece ROCA SASTRE: *Loc. ult. cit.*, T. 1, pp. 418 y ss., concretamente en la nota 32, cuando afirma refiriéndose al artículo 761 del Código civil que la disposición contenida en el mismo no es en el fondo ni derecho de representación ni *successio graduum*, sino una norma especial en cuya virtud la ley llama a la stirpe respecto de la cuota legitimaria (Con todo, esta posición siempre se encontraría enfrente lo dispuesto en el artículo 658 del Código civil).

versidad de opciones que se presentaban, de una vía concreta para llegar a la inteligencia de la figura que ahora nos ocupa. Pero, si la falta de una expresa conceptualización de ésta propiciaba, ante los diversos puntos que surgían en el camino recorrido por autores y jurisprudencia para llegar a un concepto de preterición, distintas orientaciones doctrinales, cuya dirección prefijaba, en no poco, cuál iba a ser la visión última de aquel concepto, no ocurría lo mismo con los efectos de la tan citada figura; terreno en el que el Código civil, concretamente en su artículo 814, se mostraba claro y contundente cuando afirmaba: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta *anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.*»

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

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

Con todo, la doctrina científica no se resistía, a pesar de que los efectos establecidos para la preterición en el artículo 814 del Código civil, eran confirmados, pese a su rigor (fundamentalmente los previstos en el párrafo 1.º del citado artículo), una y otra vez por la doctrina jurídica (206), a aportar sus peculiares puntos de vista sobre los que, al menos en teoría, deberían producirse sobre el testamento en caso de resultar aplicable aquella figura; única opción que les quedaba a los autores ante la contundencia de la formulación del artículo 814 del Código civil y de la posición tajante que sobre este punto mostraba el Tribunal Supremo (207). Postura de la doctrina científica

---

(206) Postura mantenida no sólo durante la etapa histórica que ahora nos ocupa (1958-1981), sino también con anterioridad a la misma como lo demuestran, entre otras, las siguientes resoluciones: Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1903 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 95), 17 de junio de 1908 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 111), 11 de mayo de 1909 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 115), si bien en ésta se mantiene que la nulidad de la institución de heredero ha de limitarse a la reclamación de la parte actora; R.D.G.R.N. de 31 de enero de 1913 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 126) en la que, no obstante, se rechaza el efecto anulatorio de la institución por preterición si existe acuerdo en la partición entre todos los interesados; Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1914 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 129), 11 de marzo de 1950 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 30) en la que se vuelve a insistir en la validez de las particiones hechas, previo acuerdo, entre instituidos y preteridos; Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1950 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 30), 9 de diciembre de 1955 (Ref. Aranzadi 3 612), 15 de octubre de 1957 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 62), 23 de enero de 1959 (Juri. Registral, ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: años 1951 y 1963, Barcelona, 1967, T. 9), 1 de julio de 1969 (Ref. Aranzadi 3.824), Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1970 (Ref. Aranzadi 4.621).

(207) Posiciones críticas de la doctrina frente a los efectos previstos en el artículo 814 del Código civil para los casos de preterición que no constituyen una novedad del período que nos ocupa (1958-1981), sino que encontraban ya expresión en años precedentes como lo prueba DE LA CÁMARA: *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en «R.D.N.», 1955, T. 7, pp. 65

que si bien discurrió siempre paralela a la mantenida por la jurisprudencia sin llegar nunca a aplicarse prácticamente por ésta en ninguna de sus resoluciones (ajustadas a la literalidad del artículo 814 del Código civil, salvo que existiera acuerdo entre instituidos y preteridos (208), sí acabó, al menos, por conseguir de ella un reconocimiento puramente teórico de alguno de los planteamientos propuestos, en relación con las consecuencias jurídicas que se deberían desprender de la preterición, en atención principalmente a la intencionalidad o no de la misma (209).

Relevancia de la idea de intencionalidad en el ámbito de las consecuencias jurídicas derivadas de la preterición que curiosamente, y sin otra aspiración que la de hacer una simple alusión (al centrarse el presente trabajo exclusivamente en la regulación de la mencionada figura dentro del Código civil por entender que su adecuado estudio en el ámbito del Derecho foral tendría, en sí mismo, entidad suficiente para la elaboración de una nueva tesis (210), se daba en el artícu-

---

y ss., en las que entre otras cosas se afirma: el artículo 814 del Código civil no distingue entre preterición intencional y preterición errónea. Por tanto, la aplicación literal del precepto obliga a mantener igual solución para ambos casos, solución (la del artículo 814) que si bien puede defenderse para el caso de preterición no errónea es perfectamente arbitraria para el supuesto de preterición intencional.

(208) Ver nota 206.

(209) Así aparece ya en la Memoria anual del Tribunal Supremo correspondiente a 1908 y recogida parcialmente por SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, T. 5, Vol. 2, Derecho de sucesión, Madrid, 1910, pp. 1137 y ss., en las que se recogían afirmaciones como éstas: «...pues la preterición que se debía a ignorancia del testador, cuando por cualquier evento no ha tenido conocimiento del nacimiento de un hijo o ha estado en la persuasión de su fallecimiento, o a olvido, acaso por debilidad de sus facultades intelectuales, justifica completamente el supuesto de dicha desconfianza en la firmeza de su voluntad, y la dificultad de saber lo que ésta hubiera sido sin tal accidente, y aquella otra que fuese consciente y deliberada, como implica a su vez una violación de derechos, tanto más marcada cuanto menos es la libertad relativa que tenga el testador para disponer de sus bienes, bien merece la sanción de la nulidad preceptuada, en cuanto a la institución de heredero, que es la que directamente afecta a la persona preterida. Claro es que semejante sanción, especialmente en este último caso, no es absolutamente necesaria, puesto que el legislador ha podido disponer para tal caso una solución distinta, que quizá en algún caso concreto pudiera resultar más equitativa..., pero todo esto que podrá merecer reflexión y estudio el día que se haga la revisión del Código, no es en manera alguna lo estatuido...» Y la R.D.G.R.N. de 14 de agosto de 1959 (ROCA SASTRE y MOLINA JUVOL: *Juris. Registral*, años 1951-1963, Barcelona, 1967. T. 9) afirmaba: «...al no reconocer nuestro Cuerpo legal diferentes efectos jurídicos a los supuestos de preterición errónea y preterición intencional —no obstante, las razones existentes para tal diferenciación— se produce el resultado que dicho artículo sanciona, el de la anulación de la institución de heredero, quedando subsistentes las mandas y mejoras...»

(210) Lo que fácilmente se puede desprender simplemente con asomarse al Derecho foral, en el que se recogen preceptos de contenido tan diverso como:

— Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Alava (Ley de 30 de julio de 1959). De las disposiciones aplicables en Vizcaya, artículo 23: «El testador podrá distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás.

Los comprendidos en los números 1, 2 y 3 de dicho artículo podrán ser excluidos

lo 141 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña (211) en el que se distinguía, según terminología de los autores, la preterición intencional de la errónea. Así para la primera, recogida en el artículo 141.1 de la citada Compilación, se estatúa por el párrafo 2.º del mismo artículo que: «La preterición del legitimario no dará lugar a la nulidad del testamento, pero al preterido le quedará a salvo el derecho a exigir lo que por legítima le corresponda», mientras que para la segunda el párrafo 3.º establecía: «La preterición del legitimario que sea hijo o descendiente legítimo del testador, nacido o que haya llegado a ser legitimario después de otorgado el testamento o

---

sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separalos de su herencia.

El apartamiento de los comprendidos en el número 4, podrá ser expreso o tácito, considerándose tácitamente apartados aquellos a cuyo favor no se haga institución.»

Artículo 63 (de las disposiciones aplicables en Alava): «El heredero legal no instituido o no apartado expresamente con algo podrá reclamar su legítima, pero la institución de herederos y demás disposiciones testamentarias sólo se anularán en cuanto perjudiquen a dicha legítima, entendiéndose por tal la denominada legítima larga.»

— Compilación del Derecho civil especial de Galicia (Ley 147/1963, de 2 de diciembre), artículo 84: «El ascendiente que quisiere conservar indivisos un lugar o una explotación agrícola podrá adjudicarlos íntegros a cualquiera de sus hijos o descendientes, por actos *inter-vivos* o *mortis-causa* y aunque las suertes de tierras estén separadas. Esta adjudicación implica la mejora tácita en las siete quinceavas partes de la herencia, si el testamento no dispusiera otra cosa, y no impide que el ascendiente disponga, a favor del descendiente preferido, del resto de las porciones de libre disposición.

Cuando el ascendiente haya hecho uso de esta facultad, se satisfarán a los demás herederos forzosos sus legítimas, o las porciones de mayor entidad en que los instituya, con metálico u otros bienes, si los tuviere.»

— Compilación del Derecho civil foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo), Ley 271: «Preterición. La preterición tiene por efecto la nulidad de la institución de heredero, pero deja a salvo las demás disposiciones. Únicamente podrán ejercitar la acción de impugnación el legitimario preterido o sus herederos.»

— Compilación del Derecho civil de Aragón (Ley 15/1967, de 8 de abril), artículo 122: «La preterición o falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios, así como su injusta desheredación, determina:

1.º La delación *abintestato* de dos tercios del caudal, si la existencia de todos aquellos era conocida por el testador al tiempo de hacerse la disposición *mortis-causa*.

2.º La de todo el caudal, en otro caso.»

Artículo 123: «El descendiente sin mediación de persona capaz de heredar preterido o injustamente desheredado tendrá derecho a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios.»

— Compilación del Derecho civil especial de Baleares (Ley 5/1961, de 19 de abril), artículo 46 (de las disposiciones aplicables en Mallorca): «La legítima atribuye derecho a una porción de la herencia y debe ser pagada en bienes de la misma, siendo ineficaz toda disposición en contrario del testador.

Los legitimarios, como herederos, podrán ejercitar las acciones de petición y división de la herencia y promover el juicio de testamentaria.»

(211) No obstante, con anterioridad a la citada Compilación (promulgada por Ley de 21 de julio de 1960) los efectos admitidos por los autores (ver BORREL y SOLER: *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.ª ed., T. 5, Barcelona, 1944, pp. 389 y ss.) iban, sin entrar en la intencionalidad o no, desde los que entendían que la preterición permitía rescindir la institución de heredero, pero no el resto de disposiciones testamentarias, hasta la de quienes consideraban que la misma provocaba la anulación de todo el testamento.

cuya existencia ignoraba el causante al testar, constituirá preterición errónea y conferirá al legitimario preterido acción para obtener la nulidad total del testamento» (212). Párrafo transcrito respecto del cual la doctrina catalana ha llegado a mantener (213) que en el mismo se desplaza el problema del ámbito de la preterición (214) al de los vicios de la voluntad testamentaria. En definitiva, que en el mismo al establecerse una presunción *iuris et de iure* de olvido en el testador se estaba reconociendo un defecto de voluntad del mismo; de esta manera se consigue que los efectos derivados de la preterición errónea no formen parte de la disciplina de la preterición, sino de la referente a las causas de revocación de los testamentos.

De otro lado, algún autor de la citada doctrina foral (215) ha llegado a mantener que de lo dispuesto en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 141 de la Compilación de Cataluña cabe afirmar, al no poder el legitimario preterido rescindir el testamento o la institución de heredero (lo que se entendía inherente al concepto de preterición), que no hay verdadera preterición según su concepto jurídico. Por el contrario, en el tercer párrafo del artículo 141 sí existe por el efecto previsto: la nulidad total del testamento, una auténtica preterición en su sentido jurídico.

Pero si volvemos a tomar el cauce que, para el estudio de la preterición, nos marcaba el Código civil, observamos cómo aquellos planteamientos doctrinales, respecto de los efectos que deberían, al menos de *lege ferenda*, desprenderse de la citada figura, llegaban, y sólo

(212) Con todo, no hay que olvidar que los párrafos mencionados del citado artículo 141 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, han sido, por Ley de 20 de marzo de 1984, redactados en los siguientes términos: artículo 141, párrafos 1, 2 y 3: «Es preterido el legitimario que no haya sido mencionado en el testamento de su causante sin que antes o después le haya éste otorgado donación en concepto de legítima o imputable a ella. También hay preterición cuando, a pesar de ser mencionado, no le haga el causante en el mismo testamento alguna atribución en concepto de legítima o imputable a ella o no lo desherede, aunque sea injustamente.

La preterición del legitimario no dará lugar a la nulidad del testamento, pero al preterido le quedará a salvo el derecho de exigir lo que por legítima le corresponda.

Sin embargo, la preterición del legitimario que sea hijo o descendiente del testador, nacido o que haya llegado a ser legitimario después de otorgado el testamento, o cuya existencia ignoraba el causante al atestar, constituirá preterición errónea y conferirá al legitimario preterido acción para obtener la nulidad total del testamento, salvo que los instituidos herederos fuesen el cónyuge o los descendientes del testador, en cuyo caso los preteridos erróneamente sólo podrán reclamar la legítima.»

(213) FIGA FAURA: *Dos notas sobre la preterición errónea de descendientes*, en «R.J.C.», 1970, pp. 109 y ss.

(214) PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS: *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, T. 3, Derecho sucesorio catalán, Vol. 2, Barcelona, 1980, p. 323, quienes, no obstante, consideran que: «Desaparece la preterición errónea cuando el legitimario ha recibido una donación en concepto de legítima o imputable a ella, desapareciendo en este supuesto no sólo la preterición errónea, sino también la intencional, ya que el donante reconoce la cualidad de legitimario que concurre en el donatario.»

(215) O'CALLAGHAN MUÑOZ: *La preterición en Cataluña. Estudios sobre la legítima Catalana. Cátedra de DURÁN I. BAS*, Barcelona, 1973, pp. 289 y ss.

por hacer hincapié en algunos de ellos (216), a soluciones como las siguientes:

— Albaladejo (217), si bien entendía que se había de partir de la regla de la nulidad de toda la institución de heredero en caso de preterición, consideraba que ello no debía suponer olvidarse del principio de la soberanía de la voluntad del causante que en materia testamentaria sólo encontraba el tope de las legítimas. De tal manera que de la combinación de aquella regla con este principio mantenía, pese a reconocer que por doctrina y jurisprudencia se admitía el sentido claro del artículo 814 del Código civil en cuanto a la nulidad de la institución de herederos sin salvedad alguna posible, la interpretación del mencionado artículo orientada a salvar de la nulidad no a toda la parte de la institución que perjudicase a la legítima, sino a salvar únicamente aquella parte de la institución que, de acuerdo con la voluntad del testador, se habría establecido igual aun habiéndose instituido al preterido. De tal manera (continuaba el autor ahora referido) que si una vez anulada la parte de institución, que él denominaba dañosa para el preterido, la misma no resultaba suficiente para cubrir íntegramente las legítimas se debería de anular, con preferencia a los legados, la parte correspondiente a la institución de herederos no dañosa para el preterido, salvo voluntad en contra del testador (218).

(216) Pues además de las que se van a referir en el texto se encontraban, entre otras, las opiniones de ENNECERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, T. 5, Derecho de sucesiones, trad. de la decimoprimer edición del HELMUT COING: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por RAMÓN M.ª ROCA SASTRE*, Vol. 1, 2.ª ed., Barcelona, 1976, pp. 97-98, en las que se hacen reflexiones como éstas: «Al atribuir la ley el mismo efecto a ambos tipos de preterición equipara dos cosas verdaderamente diferentes. Lo lógico sería que así como la preterición intencional solamente debiera producir el efecto de dejar a salvo la legítima del preterido —al igual que en la desheredación injusta, que en el fondo es una preterición intencional expresa—, en cambio, la preterición errónea debiera dejar totalmente sin efecto el testamento —análogamente a lo que se establece en la revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos.» DE LA CÁMARA: *Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil* («Centenario de la Ley del Notariado», Secc. 3.ª, Vol. 1, Madrid, 1964), p. 747 (nota 44), en la que se decía: «...lo que pudo tener su justificación en la génesis del sistema romano es hoy un remedio exorbitante e innecesario. Bastaba conceder al legitimario el derecho a reclamar su legítima. La nulidad total de la institución es inadmisibles, al menos en la hipótesis de preterición intencional.» PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, T. 5, Sucesiones, Vol. 3, 1963, pp. 381 y ss., en las que defiende una equiparación de efectos de la preterición con la desheredación injusta; *Compendio de Derecho civil español*, 2.ª ed., T. 4, Sucesiones, Pamplona, 1972, pp. 712 y ss., en las que se vuelve a defender la postura de equiparación, en cuanto a efectos, de la preterición con los de la desheredación injusta.

(217) ALBALADEJO: *Para una interpretación del artículo 814, 1.º del Código civil*, en «R.D.P.», 1967, pp. 1025 y ss., y en especial por lo que aquí es objeto de singular referencia, pp. 1026, 1032 y 1036. Partidario de la tesis del autor antes citado se muestra SANTOS BRIZ: *Derecho civil: teoría y práctica*, T. 4, Derecho de sucesiones, Jaén, 1979, p. 688.

(218) VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 2, p. 935, considera, en relación con la tesis propuesta por ALBALADEJO respecto de los efectos de la preterición

— Vallet (219), después de afirmar, de un lado, que extender a todo el testamento la nulidad en caso de preterición errónea sólo tendría pleno sentido en aquellos casos en los que el carácter determinante del error respecto al testamento en su totalidad resultara del tenor de éste aunque relacionándolo con circunstancias de hecho extrínsecas, y de otro, que circunscribir sólo a la legítima el alcance de la nulidad de la institución en los casos de preterición intencional sólo triunfaría si la intencionalidad de la preterición podía deducirse o inferirse del tenor del testamento aunque también haya de completarse con circunstancias extrínsecas, hacía, si bien únicamente en el ámbito del Derecho constituyente, la siguiente distinción, en cuanto a los efectos de la preterición:

— Preterición intencional, debería tener los mismos efectos que la desheredación injusta.

— Preterición debida a error optativo u olvido de un nombre debería solucionarse aplicando el criterio del artículo 814 del Código civil laxamente interpretado en sus excepciones; es decir, invalidando la institución, pero no así los legados y mejoras, incluso las llamadas tácitas por estar embebidas en la institución.

— Preterición errónea propiamente dicha por sobrevivir hijos que se creían fallecidos o por sobrevenir el nacimiento de otros. En estos casos se debería invalidar no sólo la institución, sino todas las demás disposiciones de contenido patrimonial con la salvedad de que fuera otra la voluntad del testador conforme a lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil.

— Preterición de descendientes de un hijo premuerto que no hubiera sido preterido, supuesto que debería solucionarse mediante la aplicación de una sustitución vulgar tácita si no se llegaba a demostrar que la intencionalidad del testador era otra, en cuyo caso se entraría en una preterición intencional evidente.

No obstante, el autor últimamente citado, reconocía que las distinciones propuestas encontraban la dificultad de diferenciar una preterición errónea de una intencional (220).

— Manresa, tras reconocer que con arreglo al contenido del artículo 814 del Código civil, sólo cabía considerar que en caso de preterición la anulación de la institución de herederos debía ser total, proponía como solución deseable en el terreno de los principios que se distinguiera según que el heredero omitido viviera y fuese conocida su existencia en el momento de otorgarse el testamento o bien que naciese después o se ignorase su existencia, debiéndose solucionar el

---

ción, que la misma presenta el principal inconveniente en saber qué parte de la institución de heredero hubiera ido al instituido aun cuando el testador no hubiese incurrido en preterición.

(219) VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. cit.*, T. 1, Vol. 2, p. 932.

(220) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, T. 1, Vol. 2, pp. 943-944.

primer supuesto de acuerdo con las reglas contenidas en el artículo 851 del Código civil y el segundo con las del artículo 814 del mismo Código (221).

Pese a lo dicho había supuestos en los que, sin haber perdido los legitimarios su derecho a la legítima y, por ende, susceptibles en principio de resultar preteridos, se consideraba, en función de las especiales circunstancias concurrentes, que aun cuando los mismos no se encontrasen beneficiados en absoluto por título alguno no cabía dar entrada, al no admitirse la existencia de su preterición, a los rigurosos efectos derivados de la misma (222).

---

(221) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, T. 6, Vol. 1 (artículos 744 a 839), 8.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1973, pp. 652 y ss.

(222) MURGA GNER: *El arrendamiento rústico en la transmisión «mortis causa»*, Madrid, 1962, pp. 91-92, en las que, refiriéndose al supuesto en el que uno o más de los legitimarios no tuvieran la cualidad de cooperadores exigida en la Ley de Arrendamientos Rústicos, de 1942 para los casos de arrendamientos protegidos, se afirma: «Sino porque para todos los efectos de esta sucesión excepcional (se refiere a la del derecho en el arrendamiento protegido) los no cooperadores, aunque fueran legitimarios, son auténticos extraños, pudiéndoseles negar, por tanto, la posibilidad de combatir la eficacia de ese testamento.

No se trata, pues, de que esté derogado el artículo 814, sino de que es imposible su aplicación, porque no ha habido tal preterición. Para que ésta exista, se requiere la posibilidad de suceder, y esos legitimarios no la tienen.»