

La preterición de los descendientes

Clara GAGO SIMARRO

*Personal investigador en formación**
Universidad de Oviedo

II. EVOLUCIÓN JURÍDICO-HISTÓRICA DE LA PRETERICIÓN

La preterición ha sido históricamente y lo sigue siendo una figura muy confusa, repleta de vacilaciones y cuestiones controvertidas. En términos generales, puede definirse como la omisión de uno, varios o todos los legitimarios herederos intestados en el testamento del causante, bien de forma voluntaria, o bien por error o ignorancia. La preterición surge en el sistema sucesorio del *ius civile* como límite a libertad del testador, como sanción al testador que no instituía o desheredaba formalmente a sus herederos necesarios. En un principio, el heredero necesario olvidado u omitido en el testamento tenía derecho a ejercitar la acción de nulidad total del testamento y recibir su cuota hereditaria como heredero abintestato. La concepción romana de la preterición es acogida por Las Partidas; si bien, desde el Ordenamiento de Alcalá y las Leyes de Toro se consuma una transformación del concepto romanista de la preterición: se abre la posibilidad de transmitir la legítima al margen del título de heredero y se decreta la nulidad parcial del testamento por preterición. Este mismo sistema se mantiene en la Novísima Recopilación (10, 6, 8) y en los Proyectos predecesores del Código Civil (Proyectos de 1851 y de 1882). El Código Civil transpuso la concepción romanista de la preterición. El texto originario del artículo 814 del CC sancionaba la preterición con la anulación de la institución de heredero, siendo válidas las mandas y mejoras en cuanto no fuesen inoficiosas.

Sin embargo, la reforma del CC por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuyo objeto era la modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, ha enturbiado consi-

* Beneficiaria de la Ayuda del Programa de Formación del Profesorado Universitario, FPU 2016, concedida por la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

derablemente la naturaleza jurídica de la preterición. La regulación actual distingue dos clases de preterición atendiendo a la voluntad del causante: la preterición intencional (art. 814.1 CC) y la preterición no intencional de hijos o descendientes (art. 814.2 CC). Un importante sector doctrinal considera que ambas clases de preterición se desenvuelven en el ámbito testamentario de la intangibilidad de la legítima. De tal modo que definen la preterición como la privación total tácita de la legítima del heredero forzoso por parte del testador. Sin embargo, desde la reforma del Código civil en 1981 no se puede dar una única definición de esta institución. El art. 814 del CC regula dos instituciones distintas: la preterición intencional y la preterición no intencional.

Ambas clases de preterición sólo tienen en común la omisión en el testamento de uno, varios o todos los legitimarios, pues su concepto, requisitos y efectos son muy distintos. Esta dualidad afecta a la naturaleza jurídica de las acciones de preterición, pues si se trata de dos instituciones distintas, distinta será la acción a ejercitar. Siguiendo los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, el presente trabajo tiene por finalidad determinar cuál es la naturaleza jurídica de cada una de las acciones que deberá ejercitar el hijo o descendiente preterido ya sea intencional o no intencional y los efectos que de ellas se derivan.

Para comprender la naturaleza jurídica de las distintas clases de preterición y, en consecuencia, las acciones ejercitables resulta imprescindible conocer los antecedentes históricos que han contribuido a la configuración de esta institución desde su origen en el sistema sucesorio del *ius civile* del Derecho romano hasta nuestros días regulada en el art. 814 del CC.

1. Derecho romano

El Derecho sucesorio de la antigua Roma se caracterizó por conceder al testador una amplia libertad de disposición *mortis causa*. Esta libertad, sin embargo, tuvo ciertos límites para proteger a los parientes más íntimos del causante. Con esta finalidad surge la preterición en el sistema sucesorio del *ius civile* del Derecho romano.

La sucesión legítima formal del *ius civile* tiene su expresión en el principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* (Ulp. 22,14). El testador podía instituir o desheredar en testamento a sus hijos o descendientes de forma solemne. Los hijos varones que se hallaban bajo la potestad del testador al tiempo de otorgarse testamento, debían ser instituidos o desheredados con indicación específica de su nombre mientras que las hijas, los nietos y ulteriores descendientes podían ser instituidos o desheredados conjuntamente.

La omisión de los *sui heredes*, o la defectuosa desheredación, provocaba el vicio de la preterición que se articulaba mediante el *ius dicendi nullum* concedido al hijo varón bajo la potestad del *pater* y a los hijos

póstumos cualquiera que fuese su sexo¹. La preterición hacía el testamento nulo *ab initio*, provocando la apertura de la sucesión intestada². Así, el hijo varón formalmente instituido o desheredado en testamento no recibía nada en la herencia de su padre, pues éste gozaba de una amplia libertad de disposición, pero si el testador le omitía en su testamento el hijo tenía derecho a recibir su cuota hereditaria como heredero intestado, haciendo el testamento enteramente nulo. En cambio, si la preterición afectaba a los restantes *sui* el testamento era válido aunque estos tenían derecho a una porción de la herencia que era distinta, bien si concurrían con extraños, bien si concurrían con otros herederos necesarios (Gayo 2,124)³.

Así, el hijo varón formalmente instituido o desheredado en testamento no recibía nada en la herencia de su padre, pues este gozaba de una amplia libertad de disposición, pero si el testador le omitía en su testamento el hijo tenía derecho a recibir su cuota hereditaria como heredero intestado, haciendo el testamento enteramente nulo.

La finalidad de la preterición era asegurar que la elección del heredero por el testador se realizaba con plenitud de elementos de juicio, conociendo la existencia, supervivencia o superveniencia, de todos sus hijos y

¹ STS de 4 de mayo de 1966: «Considerando que exigido por el Derecho romano, al que ha de acudirse para determinar cómo ha de ser mencionado el póstumo para no conceptuarlo preterido, que tanto para instituir como para desheredar se requiere la designación nominativa de los herederos necesarios, esta exigencia comprende, de modo indudable, también a los *postumis sui* (D. 28,3,3,5), ya que al ser legitimarios del paterfamilias en ellos concurre, aun acrecentada, la razón que justifica la necesidad de designar nominativamente al hijo que se deshereda, sin que esta exigencia, como la doctrina científica advierte, suponga una consignación de nombre, del que al testar se carece, sino simplemente una determinación clara, precisa y en todo caso individualizada, que notoriamente muestre cómo el designado fue contemplado singularmente al hacer la declaración de volumen, sin que quepa una determinación *inter ceteros*, siempre requirente de suponer comprendido en ella, lo que por no ser mencionado singularmente ni fue contemplado por el testador ni, por ende, señalado en la forma requerida por el Derecho, que si lo expuesto es bastante para estimar que en la fórmula *a quantas personas pudieran acreditar y pretender legítima en sus bienes, la que corresponda según ley*, no puede admitirse una mención que por sí afirme que allí, en ese grupo de personas, se deshereda expresa y singularmente al hijo póstumo, la que emitida en la forma prescrita por el derecho por constituir patente preterición del *postumi sui* da lugar a la nulidad del testamento y consiguiente apertura de la sucesión intestada».

² «La preterición se podía concebir como resultado de haberse incumplido, total o parcialmente por el testador, el imperativo de instituir o desheredar, lo que ocurría no solo cuando era omitido, no nombrado, alguno de los *sui heredes*, sino también cuando se le atribuyeran bienes por otro título, pues aquel concretamente y no otro era el deber que el testador venía obligado a cumplir» (R. LINARES NOCI, «La preterición: su origen y evolución en el Derecho romano», en *Derecho y opinión*, 1992, p. 144).

³ «Aquel que tiene un hijo bajo su potestad, debe instituirlo heredero o desheredarlo nominalmente, porque si lo pasase en silencio, sería el testamento tan inútil que, según opinión de nuestros maestros, nadie podría por él llegar a ser heredero, aunque el hijo muriese en vida del padre, pues la institución sería nula desde su origen. Por el contrario, si el testador hubiese preterido a sus otros descendientes (hijas, nietos y demás descendientes), es válido el testamento y, en este caso, las personas preteridas tienen derecho a una porción determinada de la herencia, conviene saber: a una parte igual a la de los demás herederos instituidos, si estos son herederos suyos, y a la mitad de la herencia si son extraños» (*La instituta de Gayo: descubierta recientemente en un palimpsesto de la Biblioteca Capitulare de Verona*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, pp. 115-117).

descendientes. De forma que esta elección se entendía viciada si en el momento de hacerse el testamento el padre desconocía la existencia de todos sus hijos y descendientes que tenía que instituir o excluir del testamento.

La preterición muestra la gran importancia que para la vida del testamento tenía la institución de herederos, tanto es así, que la ley sanciona el olvido u omisión de los *sui heredes* en testamento con la nulidad total de este y la apertura de la sucesión intestada.

Con posterioridad, la preterición configurada con arreglo a las normas del *ius civile* se vio afectada por las correcciones del Pretor. El Pretor, además de modificar el sistema civil de sucesión intestada que regía desde las XII Tablas, extendió la noción de herederos necesarios, más allá del círculo de los *sui heredes* a todos los descendientes del causante, a los *liberi*. El testador tenía la obligación de instituir o desheredar a todos ellos en su testamento. Ahora bien, se establecieron dos sistemas jurídicos distintos: si la preterición de los *liberi* hacía el testamento nulo conforme al Derecho civil, el Pretor seguía la norma de este Derecho y les otorgaba la *bonorum possessio ab intestato*, pues consideraba que el testamento era nulo en su integridad. En cambio, si la preterición de los *liberi* no hacía nulo el testamento de acuerdo con el *ius civile*, les otorgaba la *bonorum possessio contra tabulas* que hacía ineficaces las disposiciones testamentarias pero no las desheredaciones (Gayo 2,135), (Ulp. 22,23)⁴.

En el último siglo de la República se instaura la sucesión legítima material, es decir, la obligación del *pater familias* de dejar a sus herederos necesarios una porción de bienes. A partir de este momento, surge para el testador una doble obligación: la primera instituir o desheredar a sus herederos necesarios en testamento y, la segunda, dejarles una porción de bienes, la *portio debita*. Con este nuevo sistema surge la *querella inofficiosi testamenti* que podía utilizar el heredero lesionado contra los herederos instituidos en el testamento para recibir su cuota debida⁵. Por tanto, el heredero podía ejercitar, bien el *ius dicendi nullum* en caso de preterición, o bien, la *querella inofficiosi testamenti* en caso de ver lesionados sus derechos legítimos. La preterición existe antes de que aparezca la legítima y subsiste como una cuestión diferente⁶.

⁴ «En alguna ocasión, con la *bonorum possessio contra tabulas* se percibía más de lo que se percibía con la *bonorum possessio ab intestato* ya que en aquella las porciones de los hijos desheredados incrementaban el caudal a distribuir» [F. SCHULZ, *Derecho romano clásico* (traducido por José Santa Cruz TEIGEIRO), Barcelona, Bosch, 1960, p. 259]. «La *bonorum possessio contra tabulas* reportaba mayores ventajas a quienes se atribuían, ya que no solo apartaba de toda la herencia a los extraños instituidos sino que además al mantenerse las desheredaciones su cuota acrecía a la de aquellos» (R. LINARES NOCI, *La preterición: su origen..., cit.*, p. 145).

⁵ «La *querella* era una acción de impugnación rescisoria y subsidiaria. La subsidiariedad tiene gran importancia, pues no puede ejercitarse cuando el perjudicado total o parcialmente, lo ha sido preterido formalmente, ya que en este supuesto debía ejercitar la acción de nulidad del testamento por preterición, cuyo derecho de impugnación subsiste hasta la fusión realizada por Justiniano» (A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *La legítima en el Código Civil*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2006, p. 28).

⁶ «La preterición estaba relacionada con la sucesión *ab intestato* y no con la legítima [...] La preterición en Roma no les privaba de una legítima que inicialmente no existía» (J. M. MIQUEL

Posteriormente, Justiniano crea la *actio ad suppleendam legitimam* con plena autonomía, en virtud de la cual el heredero necesario que ha recibido por legítima menos de lo que le corresponde puede ejercitar esta acción para completar su legítima, aunque el testador no lo hubiese ordenado expresamente⁷. Motivo por el cual entiende García-Bernardo Landeta, que esta nueva regulación vacía de contenido la *querella inofficiosi testamenti*. Si el heredero necesario era instituido en cuota menor a la *portio legitima* y no había recibido el resto por legado, fideicomiso o donación podía ejercitar la *actio ad suppleendam legitimam* y si hubo preterición por omisión o por desheredación injusta con o sin atribución de la *portio legitima* no procede la querella porque es remedio subsidiario sino la acción de nulidad por preterición. En consecuencia, la inoficiosidad como causa de la querella queda excluida en las hipótesis en que juegue la acción de suplemento de legítima, desheredación injusta o preterición⁸.

Esta regulación se recoge en la Novela 115 de Justiniano (año 542). La Novela introdujo importantes modificaciones al Derecho sucesorio anterior: en primer lugar, modifica sustancialmente la institución de la desheredación, pues a partir de este momento el testador solo puede desheredar a sus legitimarios si concurre alguna de las causas enumeradas por el legislador, desheredación que exige sea expresa y probada. En segundo lugar, impone la obligación a los ascendientes y descendientes de instituirse herederos en sus respectivos testamentos, aun cuando estos hubiesen recibido la porción de la herencia que le correspondería con arreglo a la Ley por donación, legado o fideicomiso. La Novela exige, pues la atribución de la porción de legítima mediante la institución de heredero. Pero esto no significa, como destaca Mengoni, que la relación entre el derecho del legitimario a la porción de legítima y el derecho a la cualidad de heredero sea de penetración y menos de acumulación, más al con-

GONZÁLEZ, «La preterición», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 4, Madrid, Civitas, 2002, p. 5340).

⁷ La *actio ad suppleendam legitimam* se introduce por vez primera en la Constitución del año 361 por Constancio y Juliano. En este primer momento, el heredero recibía directamente el suplemento del heredero siempre que el testador hubiese ordenado el complemento. Justiniano en la Constitución del año 528 proclama su autonomía y el suplemento se funda ahora en la ley, por tanto, ya no es necesario que el testador contemple expresamente el complemento. La Constitución del año 528 establece: «Velando siempre por la voluntad de los testadores, determinamos quitar la fácil y frecuente ocasión de destruir las disposiciones de los mismos y atender inmediatamente una ley cierta e invariable, en algunos casos, en que solía promoverse la acción para atacar la inoficiosidad de los testamentos de los fallecidos o para destruirlos de otro modo, así a la convivencia de los difuntos, como a la de sus ascendientes o de otras personas, a quienes podía competir la misma acción; de suerte que ahora se diga en el testamento que se complete la porción legítima, ahora no, sea ciertamente firme el testamento, pero le sea lícito a las personas que podían querellarse contra el testamento inoficioso o para destruirlo, exigir lo que se les dejó de menos en su porción legítima, sin ningún gravamen ni demora, a condición de que no concurra causa de ingratitud».

⁸ A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «La preterición en nuestro Código Civil después de la última reforma del artículo 814», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 50, 2004, p. 16. En este mismo sentido, cfr. C. JIMÉNEZ GALLEGU, «La preterición: una reforma necesaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, núms. 88-89, 2014, p. 708.

trario cuando surge uno no se da el otro. Distingue, pues el derecho a la legítima que surge como un derecho al suplemento en los supuestos en los que el testador instituye al legitimario en una cantidad inferior a la portio debita. Y, de otro, el derecho a la cualidad de heredero que surge con la preterición o la desheredación injusta⁹.

La nueva regulación protege con más fuerza a los legitimarios, en tanto y cuando el testador tiene la obligación de instituir heredero a sus descendientes o ascendientes, sin poder revocar la institución a su libre arbitrio¹⁰. La preterición en la Novela surge tanto por la omisión en el testamento de la institución del heredero necesario como por la revocación arbitraria o injusta de su cualidad de heredero. Sin embargo, reduce los efectos de la preterición a la nulidad parcial del testamento, siendo el restante contenido patrimonial totalmente válido (Nov. 115,3,15)¹¹.

2. Recepción del Derecho romano

El Derecho romano concilió la libertad de disposición del testador con el deber de instituir o desheredar a sus parientes más íntimos. Este derecho sucesorio inspiró el Derecho histórico de Castilla que se reflejó, posteriormente, en el proceso codificador hasta la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

El Código de las Siete Partidas acoge la concepción romano-justiniana de la preterición y otorga gran importancia a la institución de heredero. Tal es así que la institución de herederos constituye el fundamento y la raíz de todo testamento (P. 6,3). El causante tiene que instituir o desheredar formalmente y por causa justa a sus herederos necesarios, sancionando el incumplimiento con la nulidad del testamento. En efecto, la preterición se configura como un vicio derivado de la no institución o desheredación con causa legal de los herederos forzosos (P. 6,7,10)¹² y provoca la nulidad de todo el testamento.

⁹ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte: parte speciale*, vol. II, Milano, A. Giuffrè, 1967, p. 12.

¹⁰ A este respecto señala LLAMAS Y MOLINA que: «La novela del Emperador Justiniano no revocó el orden que regía antes acerca de la obligación de no preterir ni desheredar a sus hijos, ni las penas en que de lo contrario incurrían, y una de ellas era que por la preterición del hijo constituido en la potestad fuera nulo el testamento del padre en todas sus partes» (*Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres leyes de Toro*, t. I, Madrid, 1827, p. 270).

¹¹ «Según el derecho civil, y aun según el de las instituciones, el testamento anulado como inoficioso lo era en el todo, y todas sus disposiciones calan por tierra. Según la misma novela de Justiniano, no se anulaba sino en lo que concernía a la institución de heredero; los legados, los fideicomisos, las manumisiones y los nombramientos de tutor subsistían y se llevaban a efecto» (M. ORTOLAN, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, 5.ª ed., traducida por los magistrados F. Pérez de Anaya y M. Pérez Rivas, Madrid, Librería de Leocadio López, 1884, p. 617).

¹² «Praeteritio, en latín, tanto quiere dezir en romance, como pasamiento que es fecho calladamente, non faziendo mención en el testamento, de los que aman de heredar lo suyo por derecho», aclarando después el modo de preterir: «Non faziendo emiente de su fijo, heredándolo nin desheredándolo».

Las Partidas atribuyeron distintos efectos a la preterición (y desheredación sin causa) y a la desheredación *a tuerto e sin razón*. Así, el testador podía eludir los efectos de la preterición si desheredaba al legitimario alegando una causa inexistente o distinta de las legalmente previstas, pues la preterición suponía la nulidad del testamento (P. 6,8,1)¹³ mientras que la desheredación *a tuerto e sin razón* la anulación de la institución de heredero a través de la *querella inofficiosi testamenti*.

En definitiva, respecto a la preterición, Las Partidas acogieron los efectos del *ius dicendi nullum* al señalar que *tal testamento como este non se quebrantaría; pero no vale nin en nada*¹⁴.

No es hasta el Ordenamiento de Alcalá (año 1348) y las Leyes de Toro (año 1505) cuando se produce una transformación de la concepción romanista de la preterición. El Ordenamiento de Alcalá reconoció la validez del testamento que no contuviera institución de heredero (Ley 1 y única del Título XIX)¹⁵. Sin embargo, la preterición no se reguló ni en el Fuero Juzgo ni en el Fuero Real. Ello, como señala Linares Noci, permite pensar que aquella figura elaborada por el Derecho sucesorio romano sería conocida, gracias a la importancia que se le concedió en las Partidas, pero limitado al terreno de la teoría¹⁶.

Las Leyes de Toro confirman la novedosa regulación de validez del testamento aun cuando no contuviera institución de heredero pero, a diferencia del Ordenamiento de Alcalá, regulando expresamente los efectos de la preterición. La Ley 24 de Toro decretó para los supuestos de prete-

¹³ «Pero si el testador sobredicho, quando estableciesse el heredero, no fiziese emiente en el testamento de aquel que ama derecho a heredar, heredándolo, nin desheredandolo, el testamento como este non se quebrantaría; pero non vale nin es nada. E por ende, pues que no deue valer, non se puede quebrantar».

¹⁴ «La terminante y clara resolución de estas leyes en manifestar que es nulo el testamento en que el hijo ha sido preterido, no solo presenta un testimonio convincente de la disposición de nuestro derecho real de Las Partidas en esta parte, sino que ofrece la más fundada presunción de que la misma disposición regía por derecho civil de los romanos, pues nuestras leyes de partida se reputan regularmente por una repetición del Derecho romano y en no pocos casos sirven para declararlo» (S. LLAMAS Y MOLINA, *cit.*, p. 272).

¹⁵ «Quantos testigos son menester en el testamento: et que valen las mandas, aunque non sea estublescido heredero en el testamento: o st lo fuere é non y viniere la herencia» (I. JORDÁN DE ASSÓ Y DEL RÍO y M. DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, *El ordenamiento de leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho*, Madrid, Librería de los señores viuda e hijos de D. Antonio Calleja, 1847, p. 28).

¹⁶ R. LINARES NOCI, «La preterición en el Derecho histórico español», *Derecho y opinión*, 1993, p. 253. La validez del testamento aun cuando no contuviera institución de heredero contenida en la Ley 1, del Título XIX del Ordenamiento de Alcalá se recogió, con posterioridad, en la Novísima Recopilación (10,18,1). Por lo que se cuestionó si cabía la preterición en un testamento válido que no contuviera institución de heredero. SALA sostiene: «Si el testador que tuviere descendientes, o en su defecto, ascendientes, no instituyera herederos, ni desheredase a los que están en primer lugar, sino que les omitiese sin hacer mención de ellos, instituyendo heredero a otro, en cuanto su herencia sería nulo el testamento. Pero si les preteriera sin nombrar heredero alguno, juzgamos sería válido después de la Novísima Recopilación, por lo cual, para que el testamento valga, no es necesario que contenga institución de heredero. Y es la razón de la diferencia, que en este último caso se entiende el hijo instituido con la obligación de pagar las mandas que dejó el testador, en cuanto no mengüen su legítima y, en ello, no recibe agravio, como lo recibiría en el primero si en su lugar se nombrase heredero a un extraño» (*Instituciones del Derecho Real de España*, Madrid, Imprenta Real, 1832, p. 171).

rición la nulidad parcial del testamento: declaró nula la institución de herederos y válidos las mejoras y los legados¹⁷. El régimen legal evoluciona en favor de la equiparación de los efectos de la preterición y la desheredación injusta, de acuerdo con la Novela 115.

Por último, la regulación de la Ley 24 de Toro se mantuvo en la Novísima Recopilación (10,6,8) sin ninguna modificación sustancial y, también en los Proyectos que precedieron al Código Civil (Proyectos de 1851 y de 1882). En concreto, en el art. 644 del Proyecto de 1851: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o nazcan después, aun muerto el testador, anula la institución de heredero; pero valdrán las mandas, y mejoras en cuanto no sean inoficiosas»¹⁸. La consecuencia jurídica que se derivaba de la preterición resultaba semejante a la que resultaba de la desheredación injusta (art. 669), con lo que se hacía así coincidir los efectos de la preterición con los de cualquier desheredación, bien sin causa, o bien, por causa no probada o no recogida legalmente.

II. LA PRETERICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil en su redacción originaria recogió el concepto castellano de preterición tal y como había quedado estructurado desde las Leyes de Toro (Ley 24 de Toro), conservando, en consecuencia, la construcción romana de esta institución.

En un primer momento la preterición se configuró tal y como se entendía desde su origen en el Derecho romano, es decir, existía preterición si el testador había omitido u olvidado a un legitimario en su testamento aun cuando este hubiese recibido alguna liberalidad en vida en concepto o en pago de su legítima (Sentencias de 17 de junio de 1908, 23 de abril de 1932 y 17 de junio de 1932). Sin embargo, la Sentencia de 20 de febrero de 1981 modifica el criterio jurisprudencial anterior al negar la concurrencia de preterición en estos supuestos. La citada sentencia resuelve: «El heredero forzoso a quien en vida haya hecho alguna donación su causante, no

¹⁷ «Las Leyes de Toro se limitan a indicar las consecuencias jurídicas que la preterición acarrearía para las disposiciones testamentarias de quien incurrió en ella, pero sin ofrecer una definición o, al menos, una indicación de cuáles eran los presupuestos de su existencia. [...] Ello permite pensar no solo que el único concepto de preterición conocido por entonces en nuestra patria fue el del Código de las Siete Partidas, sino que además el mismo no sufrió alteraciones por el Ordenamiento de 1348 pues de lo contrario las leyes de Toro, dada la finalidad que las promovió, hubieran al menos intentado aclarar cuáles eran los límites en que, cuando se publicaron, se movía la preterición» (R. LINARES NOCI, «La preterición en el Derecho histórico español», *Derecho y opinión*, 1993, pp. 255 y 256).

¹⁸ GARCÍA GOYENA declara que «el artículo da mayor claridad y latitud, o por lo menos fijeza, a las disposiciones Patria y Romana» y; añade «el artículo hace sencillo y claro lo que hasta ahora ha sido embrollado y dudoso. Su justicia, resalta por lo exorbitante de nuestra legítima actual comparada con los Códigos antiguos y modernos; por esto deberá regir aun cuando el testador ignorase la existencia del heredero forzoso» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, t. II, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, p. 95).

puede considerarse desheredado ni preterido y solo puede reclamar que se complete su legítima, al amparo del art. 815, que le faculta para pedir la integridad de esa porción hereditaria cuando el testador le haya privado de parte de ella» (STS de 15 de febrero de 2001)¹⁹.

El Código realizó una profunda modificación de la preterición, que ya no respondió al concepto estricto del Derecho romano, de no instituir herederos ni desheredar formalmente a los legitimarios (límite formal), sino que se estructuró como límite material. En la actualidad, la preterición sanciona la omisión o el olvido de un legitimario no desheredado en el contenido patrimonial del testamento, sin haberle hecho ninguna atribución en concepto de legítima o imputable a esta, siempre que el legitimario sobreviva al causante. La preterición produce la nulidad de la institución de heredero, pues, como señala Scaevola, los efectos deben limitarse a lo que afecta al omitido —la institución de heredero— sin contaminar la totalidad del testamento.

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo interpretando el art. 814 del CC en su redacción originaria determinó que el efecto de la preterición es «la nulidad de la institución de herederos, mandando respetar las mandas o mejoras que no sean inoficiosas». En la misma línea y con mayor precisión, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de mayo de 1950 señala: «La preterición de alguno de los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas, es decir, que se afirma la validez del testamento y únicamente se estima nula la institución hereditaria. El Alto Tribunal ha declarado que, en los casos previstos en el artículo 814, la nulidad afecta únicamente a la cláusula del testamento en la cual se omite a los herederos forzosos»²⁰.

¹⁹ LACRUZ BERDEJO estima: «Imponer al causante un deber de mencionar al legitimario en el testamento parece un plus inútil e irracional; un rito sin contenido, arrastrado por una tradición superada. Así se deduce de la posibilidad de satisfacer la legítima por cualquier título: a quien se le satisfaga, aun en parte, compete la acción de suplemento y, esto elimina, lógicamente, la de preterición» (*Elementos de Derecho civil. Sucesiones*, 4.ª ed., t. V, Madrid, Dykinson, 2009, p. 399); LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ considera: «Que no existe preterición, pudiendo el heredero forzoso pedir por vía del art. 815 que se complete su legítima, lo cual elimina la acción de preterición» («Reflexiones sobre la preterición en el Código Civil. Comentario al artículo 814 tras la reforma sufrida por Ley de 13 de mayo de 1981», en *Actualidad Civil*, 1991, p. 41); RIVERA FERNÁNDEZ opina: «Respecto a un legitimario omitido en el testamento y satisfecho parcialmente en su legítima mediante una donación no puede incurrirse en preterición» (*La preterición en el derecho común español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 222).

²⁰ En esta línea se pronuncia también el Centro Directivo en su Resolución de 4 de mayo de 1999: «la preterición de alguno de los herederos forzosos en línea recta determina —conforme al art. 814 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 1981— la nulidad de la institución de heredero». La Sentencia de 27 febrero 1909 declara que «de los casos de preterición, es decir, de la privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto al heredero forzoso en línea recta se ocupa exclusivamente el referido art. 814, cuyo texto claro y explícito imponiendo como sanción de dicha omisión la nulidad total de la institución de los extraños, salvo las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas, no admite duda de ninguna clase». En este mismo sentido, *vid.* SSTS de 23 abril 1932, 11 marzo 1950; 22 mayo 1950 y 14 octubre 1997.

Sin embargo, la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, dio una nueva redacción al art. 814. Esta reforma ha supuesto un cambio fundamental en la regulación de la preterición, alejándose de sus antecedentes históricos y precedentes legislativos²¹. La principal novedad ha sido la introducción de dos regímenes distintos dentro de la misma institución con el fin de mitigar los efectos de la nulidad de la institución de herederos que producía la regulación anterior para todos los supuestos de preterición.

El nuevo artículo distingue entre preterición no intencional o errónea consecuencia del olvido o desconocimiento por el testador de la existencia del legitimario al momento de otorgar testamento y preterición *intencional* de los herederos forzosos que se produce por la voluntad del causante²². Bolás Alfonso considera que «hoy más que una figura existen dos pretericiones que solo tienen en común el nombre y el lugar donde están reguladas, siendo su concepto, funciones, requisitos y efectos muy distintos»²³. Como señala la Sentencia de 31 de mayo de 2010 «los efectos entre ambas pretericiones son bien distintos: mientras en la intencional se rescinde la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta, se rescinden los legados a prorrata, en la errónea de alguno de los hijos o descendientes, se anula la institución

²¹ La Exposición de Motivos de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, explica el porqué de la reforma: «La doctrina había puesto de relieve la insuficiencia de las reglas del Código. Pero esto, por sí, no era suficiente para justificar su modificación en una ley cuyo contenido principal no era corregir todas las deficiencias de nuestro sistema, por evidentes que pudieran parecer. Ahora bien, resulta claro que, con la reforma que en esta ley se hace, pasan a ser legitimarios algunos ascendientes y descendientes que antes no tenían esa calidad, y que respecto de ellos, sobre todo tratándose del testamento del abuelo o del nieto, serán más frecuentes los supuestos de preterición. Por eso, se ha hecho necesario sustituir las escuetas reglas del Código Civil por otras que, al distinguir entre diferentes hipótesis de preterición, se estiman más justas y completas».

²² Tanto la jurisprudencia como la doctrina distinguen dos clases de preterición según el causante conociera o no la existencia del legitimario preterido, diferenciando así entre preterición no intencional y preterición *intencional*. Sin embargo, como señala MIQUEL GONZÁLEZ «el Código Civil no habla de preterición intencional, sino de preterición a secas referida a todos los herederos forzosos. Digo esto porque los nombres atraen contenidos y por eso es necesario matizar. No es lo mismo hablar de preterición a secas que de preterición intencional: no es lo mismo no conseguir probar el error o la imprevisión del testador, que probar su voluntad. No obstante, por brevedad es razonable utilizar la expresión preterición intencional siempre que se advierta que la intención a lo sumo es un supuesto de no declarar» («La preterición», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 4, Madrid, Civitas, 2002, p. 5343). La Sentencia de 8 de octubre de 2010 declara que «la preterición, también modificado el Código Civil en este y otros muchos temas, por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, comprende dos casos, las llamadas intencional y errónea, según el testador conocía o no la existencia del legitimario que ha olvidado, ya que la preterición no es otra cosa que el olvido del legitimario en el sentido de falta de atribución de bien alguno en concepto de legítima».

²³ J. BOLÁS ALFONSO «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 25, 1983, pp. 1285 y 1286. Igualmente, J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 814 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia: Ley 11/1981, de 13 de mayo*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 1286: «La preterición no intencional de descendientes y la preterición sin más calificativos, son dos figuras diversas [...]. Mientras una se reduce a un problema de inoficiosidad y, por consiguiente a los remedios para obtener la legítima, la otra se refiere a un problema de ineficacia o invalidez del testamento o, mejor de las disposiciones patrimoniales testamentarias y, por tanto proporciona la cuota intestada en todo o en parte».

de heredero y si no basta, los legados». La diferencia de efectos conduce a discernir cuándo la omisión realizada en el testamento responde a la intención o al error del testador²⁴. No obstante, el presente epígrafe tiene por objeto determinar los efectos de las distintas clases de preterición, partiendo de su previa calificación, bien como preterición intencional, o bien como no intencional.

1. Preterición intencional

La preterición *intencional* se produce cuando el testador omite de forma consciente a sus legitimarios en el testamento sin que estos hayan recibido nada en vida en concepto o pago de su legítima. La preterición surge por la «omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nada en concepto de legítima» (SSTS de 9 de julio de 2002 y de 7 de octubre de 2004). Más reciente, la Sentencia de 31 de mayo de 2010 precisa que «la preterición intencional se produce cuando el testador sabía que existía el legitimario preterido, al tiempo de otorgar testamento»²⁵.

El art. 814 § 1 del CC señala que en caso de preterición «se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias». La reforma ha introducido una categoría de preterición alejada de sus antecedentes históricos, pues la preterición *intencional* protege la institución legitimaria: el heredero preterido intencionalmente solo tiene derecho a recibir su cuota legitimaria y, no por tanto, a recibir su cuota como heredero intestado. En efecto, la preterición *intencional* no es identificable con el olvido, la omisión o la inexistencia de mención, sino con la falta de atribución material de la porción legitimaria. Esta figura no produce la apertura de la sucesión intestada sino que implica la reducción

²⁴ El art. 814 del CC no establece ninguna presunción de intencionalidad o no. Por tanto, quien ejercite la acción de preterición debe probar la calificación del silencio del testador. Resulta muy clara la SAP de Madrid de 27 de marzo de 2007 que considera: «Para la correcta aplicación del artículo 814 CC es imprescindible precisar si la preterición de los hijos o descendientes ha sido o no intencional. Pero no existe precepto alguno que, en ausencia de prueba concluyente de que el testador tuvo o no voluntad de preterir, haga prevalecer la intencionalidad o la no intencionalidad de preterir. Ante lo cual, si tenemos en cuenta que la preterición no intencional tiene efectos más devastadores para el testamento que la intencional, que las personas físicas son seres conscientes, libres y responsables por lo que cuando omiten a un heredero forzoso en su testamento es porque nada han querido dejarle y la regla procesal de distribución de la carga de la prueba que se desprende del art. 217 LEC, debemos concluir que es el demandante como legitimario preterido al que incumbe la carga de la prueba de que su preterición fue no intencional y, si no logra acreditarlo, debe partirse de una preterición intencional».

²⁵ GARCÍA-BERNARDO LANDETA sostiene que «en la preterición intencional no subyace un olvido, un error, una voluntad muda, sino una voluntad implícita que tácitamente refleja la intención, la voluntad del testador de no dejar nada a un descendiente. Si hay preterición, la voluntad del testador es no dejarle nada al preterido» («La preterición en nuestro Código Civil después de la última reforma del artículo 814», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 50, 2004, p. 68); LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ define la preterición *intencional* «como aquella que tiene su base en la voluntad del testador, se produce a sabiendas de que existe un heredero forzoso al que deliberadamente no se le incluye en el testamento por cualquier motivo y, además no se le ha hecho en vida atribución alguna de bienes» (*op. cit.*, p. 48).

de las disposiciones patrimoniales según el orden contenido en el propio precepto para que el preterido reciba lo que por legítima le corresponde. La preterición *intencional* se configura como una figura puramente protectora de la legítima en caso de inoficiosidad total.

Por este motivo, la jurisprudencia, en armonía con la doctrina científica dominante, equipara la preterición *intencional* con la desheredación injusta (art. 851 del CC)²⁶. El causante conoce la existencia y cualidad del legitimario y conscientemente le omite en su testamento, lo cual es lo mismo que afirmar que la voluntad del causante fue desheredar sin justa causa a su descendiente. Así lo entiende la Sentencia de 6 de abril de 1998: «Al haber quedado probado que la causante no hizo en vida donación alguna a su hijo y siendo esta supuesta e inexistente donación la única razón en que dicha causante basa su decisión de no dejar nada en su testamento a su referido hijo, resulta evidente que nos hallamos en presencia de una preterición intencional o, en su caso, una desheredación injusta que ha de comportar que la institución de heredero deba ser anulada, pero no en su totalidad sino en cuanto perjudique al heredero forzoso intencionalmente preterido o, en su caso, injustamente desheredado según establecen los arts. 814.1 CC para la preterición intencional y 851 CC para la desheredación injusta».

A la luz de lo expuesto, la preterición *intencional* no responde a los antecedentes históricos de esta institución, sino que parece más bien un supuesto específico de desheredación tácita cuyos efectos se equiparan a

²⁶ «La redacción dada al art. 814 del CC por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, estableciendo que la situación de preterición intencionada *no perjudica a la legítima, de manera que se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias*, lo que significa en tal supuesto de preterición intencionada el reconocimiento de que se mantiene la eficacia de la institución de heredero producida en el testamento en que se produjo la preterición, con solamente reducirla en lo que cuantitativamente afectase a la legítima de los herederos forzosos preteridos, por entenderse, lógicamente, por el legislador que esa omisión voluntaria que la preterición intencionada significa no puede tener más alcance que el prevenido para el caso de desheredación, que según el artículo 851 del Código Civil anula la institución de heredero tan solo en cuanto signifique perjuicio al desheredado sin causa o sin eficiencia de la en que se basa la desheredación, con pervivencia de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a la legítima del desheredado, por ser en el terreno de los principios la solución más justa, equivalente y equiparable, toda vez que cuando el testador conoce la existencia de un heredero forzoso y sin embargo, lo ignora en absoluto en el testamento, omitiéndolo en él (preterición) o lo deshereda sin expresión de causa, o con lo que contradicha no es probada, o que sea de las no establecidas por la ley para desheredar (desheredación), está poniendo de manifiesto que el testador no quiso proveer al preterido o desheredado de todo su patrimonio y por tanto que únicamente es de respetarle la legítima» (SSTS de 13 de julio de 1985, 5 de octubre de 1991 y 14 de octubre de 1997); «el efecto de la preterición intencional se equipara al de la desheredación injusta. El preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero solo a la legítima estricta o corta, es decir, un tercio, ya que la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue el privarle del todo y si por ley se le atribuye, no se puede extender a una parte (legítima larga) que corresponde a su libre disposición (entre hijos) y que voluntariamente nunca le quiso atribuir» (STS de 9 de julio de 2002). La jurisprudencia menor también se ha pronunciado sobre la equivalencia de instituciones. Así, *vid.* SAP de Asturias de 3 de diciembre de 2001, SAP de La Coruña de 7 de mayo de 2004, SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2005, SAP de Sevilla de 15 de enero de 2009 y SAP de Alicante de 22 de septiembre de 2010.

la desheredación injusta (art. 851 del CC). Tanto el preterido intencionalmente como el injustamente desheredado tienen solo derecho a percibir lo que por legítima les corresponda. Una posible reforma del Derecho de sucesiones podría regular la preterición intencional como un supuesto específico de desheredación tácita cuyos efectos sean la reducción a pro-rata de las liberalidades por causa de muerte dejadas a los demás legitimarios en la proporción necesaria para satisfacer su cuota legitimaria. La propuesta de *lege refrenda* supondría regular la preterición intencional como un supuesto específico de desheredación sin justa causa en el art. 851 del Código Civil.

2. Preterición no intencional

La preterición no intencional es aquella en que el testador omite a un legitimario, heredero intestado, por ignorancia o error en sentido técnico o por imprevisión cuando el testador conoce la supervivencia o superveniencia del descendiente preterido después de haber otorgado testamento. La preterición no intencional o errónea se produce «cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente (no otro) porque ignoraba (erróneamente) su existencia» (STS de 22 de junio de 2006); «cuando el testador omitió la mención de legitimario hijo o descendiente ignorando su existencia, siempre al tiempo de otorgar testamento» (STS de 31 de mayo de 2010).

De acuerdo con la actual redacción del art. 814 del CC esta preterición produce distintos efectos ya hayan sido preteridos todos, en cuyo caso se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial o solo alguno de los descendientes legitimarios lo que determina la anulación de la institución de herederos.

La preterición no intencional produce la nulidad de la institución de heredero o de todas las disposiciones patrimoniales y la apertura de la sucesión abintestato. La ley corrige el defecto de voluntad del causante que por error o ignorancia desconocía la existencia del legitimario al momento de otorgar testamento y, consecuentemente, presume que el testador no habría testado como lo hizo de haber conocido la superveniencia o supervivencia del heredero preterido²⁷. Por tanto, le concede el derecho

²⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, defiende que la preterición está relacionada con la sucesión *ab intestato* y no con la legítima: «La nulidad de la institución de heredero solamente tiene explicación en cuanto perjudica a los preteridos en su cuota intestada [...] En los casos de preterición no intencional lo que se protege es la condición de heredero abintestato del preterido» («La preterición», *op. cit.*, p. 5364). En este mismo sentido, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ sostiene que «la acción de preterición no intencional persigue un objetivo distinto del de la acción de reducción del art. 814.1 del CC. En un caso se trata de proteger la legítima (preterición intencional). En el otro caso, de dar un cauce al preterido no intencionalmente para dar cumplimiento a la voluntad presunta del testador (*op. cit.*, p. 259). Asimismo, lo entiende JIMÉNEZ GALLEGU: «El Código civil no contempló la preterición por falta de institución de los herederos forzosos, ya que permitió atribuir la legítima por cualquier título. Por esta razón se ha dicho que la preterición pasó a tutelar solo la legítima, pero esto es ver solo una parte de las cosas, porque no explica por qué

a recibir su cuota hereditaria y no solo sus derechos legitimarios²⁸. La preterición no intencional no protege la legítima sino a los descendientes legitimarios como herederos intestados, del causante omitidos involuntariamente²⁹.

Los efectos de la preterición no intencional descartan su configuración como institución de protección de la legítima porque el legitimario preterido podrá recibir en la herencia del causante más de lo que por legítima le corresponda. Así se observa en la Sentencia de 31 de mayo de 2010: «Tras la declaración de haberse producido preterición errónea se anula la institución de heredero, lo que no significa otra cosa, a la vista del testamento, que se anula todo el contenido patrimonial de la disposición testamentaria y se procede a abrir la sucesión intestada, conforme al artículo 915.2 del Código Civil: el testamento no contiene institución de heredero porque ha sido anulada. Por ello, las tres hermanas, demandante y demandadas, recibirán la herencia por tres partes iguales [...] si la hija preterida solo percibiera la legítima, quedaría vacante el tercio de libre disposición y sobre este se abriría, a su vez, la sucesión intestada, lo que llevaría al absurdo y a la misma conclusión. En definitiva, la herencia del causante se divide en tres partes, correspondiendo cada una a cada una de las tres hermanas».

En mi opinión, la preterición no intencional produce la nulidad de la institución de herederos o, en su caso, de todas las disposiciones patrimoniales y la apertura de la sucesión abintestato. El concepto tradicional de preterición como causa de nulidad de la institución de herederos se mantiene para el caso de preterición no intencional de algún legitimario. Por tanto, son reproducibles todas las consideraciones efectuadas por la doctrina en relación con la acción de preterición del tradicional art. 814 del CC. La jurisprudencia con posterioridad a la reforma de 1981 también ha reconocido la nulidad de la institución de herederos por preterición errónea de algún legitimario (SSTS de 30 de

se tenía que anular la institución de heredero en lugar de simplemente reconocer la legítima a los preteridos» («La preterición: una reforma necesaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, núms. 88-89, 2014, p. 709). En un sentido muy similar se manifiesta DE LA CÁMARA quien diferencia la preterición intencional que busca salvaguardar la legítima y la preterición no intencional que «se trata no tanto o no solo de asegurar al heredero forzoso omitido la percepción de su legítima, sino de anular o de rectificar el testamento bajo la presuposición de que el testador no habría testado como lo hizo de haber contado con el heredero preterido» [*Compendio de Derecho sucesorio* (2.ª ed., actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio), Madrid, La Ley, 1999, p. 192]. Sobre la preterición no intencional como medio de protección de la voluntad del testador, cfr. F. CAROL ROSÉS, «La preterición: entre la libertad para testar y los derechos fundamentales. Una revisitación del Derecho foral y ordenamientos comparados», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 759, 2017, pp. 421-447; J. M. GARCÍA MORENO, «La preterición de herederos forzosos en el Derecho común tras la reforma de 1981», *Actualidad Civil*, núm. 4, 1995, pp. 883-906.

²⁸ Excepto que el heredero preterido concorra con el cónyuge supérstite instituido heredero, pues el art. 814.2 § 2 *in fine* señala que «la institución de heredero a favor del cónyuge solo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas».

²⁹ La Sentencia de 22 de junio de 2006 estipula: «La declaración de principio del mencionado artículo 814 es clara: la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima».

enero de 1995, de 6 de abril de 1998, de 23 de enero de 2001 y de 22 de junio de 2006)³⁰.

No obstante, la reciente Sentencia de 10 de diciembre de 2014 considera que la preterición no intencional de hijos y descendientes, sin resultar preteridos todos ellos, afecta «a la validez estructural de lo ordenado por el testador para purgar o ajustar a Derecho los efectos que resulten lesivos de dicha declaración». La sentencia niega la nulidad de la institución de heredero al afirmar que la preterición «concuera sustancialmente con el régimen de rescindibilidad que se desarrolla, en la medida de lo posible, respetando la validez de lo ordenado por el testador»³¹. Y, en consecuencia admite su caducidad por el transcurso de cuatro años desde el fallecimiento del causante³².

Esta doctrina jurisprudencial puede llevar a soluciones injustas como puede ser la prescripción de la acción de preterición no intencional por el transcurso de cuatro años desde la muerte del causante sin haberse producido la adverbación y protocolización del testamento ológrafo (art. 689 CC). O, más aún, la desestimación de la acción de preterición al haber transcurrido cuatro años desde el fallecimiento del causante y, en un li-

³⁰ Resulta esclarecedora la SAP de Madrid de 3 de julio de 2012: «Estimamos que en el supuesto como el que nos ocupa de preterición no intencional la naturaleza jurídica de la acción que asiste al heredero preterido se acomoda mejor a la nulidad absoluta, no sometida a plazo, que a la anulabilidad, pues se afecta a la intangibilidad de la legítima y no en forma que permita su complemento o subsanación, sino afectando a la propia determinación de los herederos legitimarios llamados a la sucesión por expresa disposición legal y sin posibilidad de omisión por el testador salvo la concurrencia de justa causa de desheredación, y todo ello de manera no intencional, lo que es tanto como decir sin el consentimiento del testador en el momento en el que se hace el testamento, no pareciendo ello incluirse en la posibilidad de rescisión de los artículos 1.290 a 1.299 del CC, y expresando el artículo 814 CC en cuanto a la preterición no intencional que si son preteridos todos los herederos se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, y en otro caso, se anulará la institución de herederos. [...] Estamos en presencia de un supuesto que se acomoda a la nulidad absoluta que no hace aplicable el plazo del artículo 1.301 CC». Igualmente, la SAP de Madrid de 2 de julio de 2012 dice: «La acción derivada de la preterición hemos de entender no tiene naturaleza rescisoria sino más propiamente de nulidad de la institución de heredero». Asimismo, SAP de Alicante de 22 de septiembre de 2010 y SAP de Granada de 20 de julio de 2016.

³¹ La Sentencia de 10 de diciembre de 2014 comparte la teoría de VALLET DE GOYTISOLO, máximo exponente de la acción rescisoria de preterición no intencional. «La acción de impugnación se asemeja más a una acción rescisoria que de nulidad o anulabilidad; es una acción rescisoria de tipo personalísimo, como la *querella inofficiosi testamenti*. Este criterio lo abonan los antecedentes históricos, la renunciabilidad de la acción de impugnación y su no declarabilidad de oficio» («El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 20, núm. 1, 1967, pp. 3-116; y «Comentario a los artículos 806 a 857 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, t. XI, Madrid, Edersa, 1978, pp. 170 y ss., y *Panorama de Derecho de Sucesiones*, II, Madrid, Civitas, 1984).

³² Resulta interesante a este respecto destacar la regulación de la preterición no intencional de algún legitimario en el Derecho civil de Cataluña, pues aun cuando se confirma que la acción de preterición no intencional es una acción de nulidad, el art. 451.16.5 señala que esta acción caduca a los cuatro años de la muerte del testador. Es llamativo el *dies a quo* de la acción de nulidad por preterición, pues en la regulación general de nulidad de los testamentos, el art. 422-3.2 fija el *dies a quo* en el momento en que la persona legitimada para ejercerla conoce o puede razonablemente conocer la causa de nulidad. Sobre la preterición en el Derecho civil catalán, *vid.* S. ESPIAU ESPIAU, «Nulidad de testamento por preterición errónea y usufructo viudal», *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 3, 1995, pp. 593-610.

tigio similar de preterición no intencional, la estimación de la acción de petición de herencia³³. La Sentencia de 9 de julio de 2002 declaró que la acción de petición de herencia «se ha ampliado en la jurisprudencia a la que ejercita la persona para que se le declare heredero y se le atribuya la cuota que le corresponde», esto es, la acción que puede ejercitar el heredero preterido. Esta tesis parece confirmarse por la Sentencia de 23 de junio de 2015 que, aun cuando defiende «el reconocimiento del juego autónomo y diferenciado de las acciones de preterición y de petición de herencia» estima la acción de petición de herencia en un supuesto de preterición no intencional de un legitimario³⁴. En consecuencia, afirmar un tratamiento jurídico distinto y tan opuesto, es decir, atribuir a la acción de preterición naturaleza rescisoria llevaría a su no uso a favor de la petición de herencia, a su inutilidad y, por consiguiente, a su desaparición³⁵.

Por último, el art. 814 § 2 del CC contempla la preterición no intencional del único o de todos los hijos o descendientes del causante declarando que se anularán todas las disposiciones patrimoniales. Rivera Fernández entiende que será aplicable siempre que se produzca una omisión de todos aquellos legitimarios que mantenían latente sus derechos como herederos forzosos y siempre que de la interpretación del testamento, conforme al art. 675 del CC, resulte que no era otra la voluntad del testador³⁶. La Ley presume que si el testador hubiera tenido conocimiento de la existencia de sus hijos o descendientes no habría otorgado testamento o lo habría hecho con un contenido completamente distinto. Por lo cual, reconoce a todos ellos su porción como herederos intestados. La preterición no intencional de todos los herederos forzosos comporta la nulidad

³³ La jurisprudencia ha declarado de forma reiterada que la acción de petición de herencia prescribe a los treinta años pese a no estar específicamente reconocido este plazo en el Código Civil. La Sentencia de 27 de noviembre de 1992 resuelve: «En la acción de petición de herencia hay que admitir la concurrencia o complejidad tanto de derechos personales como de derechos reales dentro del patrimonio relicto, todo lo cual conduce a descartar que se trate, sin más, de una acción personal sino de una acción que, por su universalidad, y por comprender justamente los bienes, derechos y obligaciones del artículo 659 CC ha de subsumirse a efectos de prescripción en la normativa contenida en el artículo 1.962, en la idea del 1.963 [...] por lo que el plazo será de treinta años» (asimismo *vid.* SSTS, entre otras, de 12 de diciembre de 1953, 8 de octubre de 1962, 10 de abril de 1990, 20 de junio de 1992, 27 de noviembre de 1992 y 30 de abril de 2013).

³⁴ La sentencia de apelación, confirmada por la sentencia de casación, concluyó que ejercitada acumuladamente la acción de preterición y la acción de petición de herencia, el examen del plazo de prescripción de la acción ejercitada hay que referirlo a la acción de petición de herencia, y que esta acción, pese a que no venga específicamente regulada en el Código Civil, tiene un plazo de prescripción de treinta años. En esta línea, sostiene que dicho plazo ha de empezar a computarse desde el año 1981, en el que la ahora parte apelante inició el procedimiento de desahucio por precario, en su condición de heredera, en relación con los bienes que venía poseyendo el padre de los demandantes. Interpuesta la presente demanda en 2006 resulta claro que no han transcurrido treinta años, por lo que la acción no se encuentra prescrita. Sobre la sentencia citada cfr. J. ATXUTEGI GUTIÉRREZ, «La preterición y la petición de herencia ¿constituyen pretensiones, finalmente, autónomas o disposición del legitimario?», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 2016, pp. 151-166.

³⁵ En este mismo sentido, cfr. C. GAGO SIMARRO, «Sentencia de 10 de diciembre de 2014. Efectos de la preterición no intencional de un legitimario», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 100, 2016, pp. 103-104.

³⁶ M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 276.

de todas las disposiciones patrimoniales siendo válidas, por lo tanto, las disposiciones de contenido no patrimonial (el nombramiento de albacea, de contador o de defensor judicial, las disposiciones sobre el entierro o la incineración del cadáver o el funeral, etc.) y la apertura de la sucesión intestada de acuerdo con el art. 912.1 del CC. Así, los descendientes preteridos recibirán mayor porción hereditaria que la legítima individual al anularse todas las disposiciones patrimoniales.

La Sentencia de 22 de junio de 2006 resuelve un litigio de preterición no intencional del único legitimario del causante y declara: «Se estima que en el presente caso el testador omitió al único legitimario, su hijo, en el testamento, ignorando su existencia y, cuando la supo no lo modificó y quedó viciado de preterición errónea con el importante efecto de anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, según dispone el artículo 814, párrafo segundo, número primero. Tales efectos son la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, ya que el legitimario preterido en el presente caso por preterición errónea, es hijo del causante y único legitimario. En el caso, se anulan los dos legados y la institución de heredera. Además, hay una disposición no patrimonial, que pertenece al llamado contenido atípico del testamento: el reconocimiento testamentario de la filiación de la instituida heredera; disposición que no se anula por la preterición»³⁷.

La preterición no intencional del único o de todos los legitimarios convierte al testamento, como sostiene LASARTE ÁLVAREZ, en «papel mojado en relación con los bienes, careciendo de virtualidad la institución de heredero, los legados y cualesquiera sustituciones establecidas»³⁸.

* * *

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código Civil ha modificado sustancialmente el instituto jurídico de la preterición alejándolo de sus antecedentes históricos. En la actualidad, el art. 814 del CC regula dos instituciones cuyo concepto, requisitos y efectos resultan distintos.

La preterición *intencional* protege la legítima del hijo o descendiente preterido que ha sido omitido en el testamento del causante de forma

³⁷ En este mismo sentido, señala la SAP de León de 3 de junio de 2013: «En el caso de preterición no intencionada del único descendiente, o de todos los que pudiera tener, la nulidad de las disposiciones de contenido patrimonial es absoluta y terminante, ya que se parte de un esencial desconocimiento por parte del testador de la existencia de ese único descendiente o de la existencia de descendencia. Al ignorar que existen esos descendientes cualquier disposición de contenido patrimonial se ve afectada ya que no podríamos saber qué hubiera decidido el testador si supiera que tenía hijos o descendientes, y por eso la nulidad de las disposiciones de contenido patrimonial es total». Igualmente, la SAP de Asturias de 9 de enero de 2014 establece: «Tratándose de preterición no intencional, como ambas partes están de acuerdo que es el caso aquí analizado, el art. 814 establece una sanción de mayor entidad: si resultaren preteridos todos los hijos o descendientes se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial [...] Anuladas las disposiciones de contenido patrimonial, la demandante deviene heredera abintestato única del causante, y ninguna necesidad existe de promover un juicio sobre división de herencia al no haber más personas llamadas a la misma».

³⁸ C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 204.

voluntaria. La preterición debería regularse como un supuesto específico de desheredación injusta, pues el testador manifiesta de forma tácita no querer dejar nada al legitimario por herencia sin haberle atribuido tampoco ninguna liberalidad en vida en concepto o pago de su legítima, lo que significa que quiso desheredarle tácitamente. En cuyo caso, tanto el injustamente desheredado como el preterido intencionalmente tendrán derecho a recibir lo que por legítima les corresponda, debiendo reducirse las liberalidades *mortis causa* en la cuantía necesaria para satisfacer la legítima del descendiente preterido.

La preterición no intencional, si bien está relacionada con la institución legitimaria, no protege la legítima sino a los legitimarios como sucesores intestados. La ley corrige la voluntad del testador que ha otorgado testamento sin conocer la existencia de aquellos. La preterición errónea otorga al heredero preterido el derecho a recibir su cuota hereditaria como sucesor intestado. Por tanto, deberá ejercitar la acción de preterición para ser declarado heredero y recibir lo que por herencia le corresponda. Esta acción de nulidad de la institución de heredero o de todas las disposiciones patrimoniales debería prescribir extintivamente por la prescripción adquisitiva de la herencia, esto es, por el transcurso de treinta años desde que los bienes hereditarios hayan sido poseídos en concepto de dueño, pues un tratamiento jurídico distinto a la acción de petición de herencia provocaría su inutilidad y desaparición.