

COLECCIÓN
Derecho de
sucesiones

Sucesión testada. Voluntad del causante e interpretación

MARTA CARBALLO FIDALGO
MARTA MADRIÑÁN VÁZQUEZ
(DIRECTORAS)

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO

III ARANZADI

SUCESIÓN TESTADA
VOLUNTAD DEL CAUSANTE
E INTERPRETACIÓN

MARTA CARBALLO FIDALGO
MARTA MADRIÑÁN VÁZQUEZ
Directoras

SUCESIÓN TESTADA

VOLUNTAD DEL CAUSANTE E INTERPRETACIÓN

MARTA CARBALLO FIDALGO
DIANA ISABEL DA SILVA LEIRAS
ANA DÍAZ MARTÍNEZ
CARLOS M. DÍEZ SOTO
ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO
M.^a ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA
ISABEL ESPÍN ALBA
JOSÉ LUIS ESPINOSA SOTO
ALFREDO FERRANTE
GORKA GALICIA AIZPURUA
MARTA MADRIÑÁN VÁZQUEZ
ANTONIA NIETO ALONSO

III ARANZADI

© **Marta Carballo Fidalgo, Marta Madriñán Vázquez (Dirs.)**, 2025
© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**



Proyecto de investigación «La voluntad real del causante en las disposiciones *mortis causa*: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad» (PID2020- 115254RB-I00).

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/>

Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-11889-2025

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-125-2

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1085-124-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Colección «Derecho de sucesiones»

Director de la Colección

Manuel Espejo Lerdo de Tejada, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*

Comité Científico de la Colección

Francisco Capilla Roncero, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*

Andrés Domínguez-Luelmo, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid*

Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza*

Álvaro Núñez Iglesias, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Almería*

Miguel Ángel Pérez Álvarez, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña*

Tomás Rubio Garrido, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*

María Serrano Fernández[†], *Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide*

María Paula Díaz Pita, *Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla*

César Hornero Méndez, *Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide*

Rocío López San Luis, *Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Almería*

Angustias Martos Calabrús, *Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Almería*

Juan Pablo Pérez Velázquez, *Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide*

Úrsula Cristina Basset, *Profesora titular en Derecho de Familia y Sucesiones de la Universidad Católica Argentina*

Alexandra Braun, *Lord President Reid Chair in Law, Universidad de Edimburgo*

Ilaria Amelia Caggiano, *Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Suor Orsola Benincasa de Nápoles*

Gregor Christandl, *Catedrático del Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht, Universidad de Graz*

Stefano Delle Monache, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Padova*

Lucilla Gatt, *Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Suor Orsola Benincasa de Nápoles*

Birke Häcker, *Professor of Comparative Law and Director of the Institute of European and Comparative Law, Universidad de Oxford*

Leonardo Pérez Gallardo, *Notario y Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Habana*

Kenneth Reid, *Emeritus Professor of Scots Law, Universidad de Edimburgo*

Jan Peter Schmidt, *Professor of Private Law, Senior Research Fellow y Head of the Centre for the Application of Foreign Law, Instituto Max Planck de Derecho Comparado y Derecho Internacional Privado*

Reinhard Zimmermann, *Professor of Private Law, Roman Law and Comparative Legal History, Director del Instituto Max Planck de Derecho Comparado y Derecho Internacional Privado*

Índice general

	<u>Página</u>
PRESENTACIÓN	19
IMPUTACIÓN DE DONACIONES E INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL	
MARTA CARBALLO FIDALGO	21
1. Consideraciones generales	22
2. Régimen de imputación de donaciones a favor de los hijos y descendientes	24
2.1. <i>La regla de imputación legal: el artículo 819 CC</i>	<i>24</i>
2.1.1. La imputación de donaciones realizadas a los hijos que llegan a suceder	24
2.1.2. La imputación de donaciones realizadas al hijo premuerto, desheredado o indigno	27
2.2. <i>Normas de imputación otorgadas por el causante</i>	<i>32</i>
2.2.1. La imputación expresa a la legítima	33
2.2.2. La imputación tácita a la legítima	35
2.2.3. La imputación expresa al tercio de mejora y/o al tercio de libre disposición	36
2.2.4. La imputación tácita al tercio de mejora y/o al tercio de libre disposición	38
2.2.4.1. Imputación tácita al tercio libre	38
2.2.4.2. Imputación tácita a la mejora	39
2.3. <i>La imputación de donaciones realizadas a los nietos</i>	<i>44</i>

	<u>Página</u>
3. La imputación de donaciones a padres y ascendientes	46
4. La imputación de donaciones realizadas al cónyuge viudo . .	47
5. Bibliografía	52

REFLEXIONES SOBRE LA DESHEREDACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO PORTUGUÉS (Y SU COMPARACIÓN CON EL DERECHO ESPAÑOL)

DIANA ISABEL DA SILVA LEIRAS	55
1. Introducción	55
2. Consideraciones generales sobre la desheredación	56
3. Declaración de voluntad de desheredar y causas de desheredación	60
4. Interpretación de la declaración de voluntad de desheredar y de las causas de desheredación	63
4.1. <i>Criterios jurídicos de hermenéutica testamentaria</i>	63
4.2. <i>La declaración de voluntad de desheredar y las causas de desheredación en la jurisprudencia</i>	64
4.2.1. La Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2018, con el número de proceso 94/14.1T8CTB.C1.S1	64
4.2.2. Otros ejemplos en la jurisprudencia de España y Portugal	67
5. Consideraciones finales	70
6. Bibliografía	72

PROHIBICIONES DE DISPONER TESTAMENTARIAS

Algunos apuntes sobre su régimen jurídico en atención a la finalidad pretendida por el causante

ANA DÍAZ MARTÍNEZ	75
1. Las restricciones al <i>ius disponendi</i> de los sucesores impuestos por voluntad del testador: la finalidad legítima	76
2. Problemas de calificación	78
3. Utilización instrumental de la prohibición de disponer en otras instituciones sucesorias	81

	<u>Página</u>
4. Clases de limitaciones al <i>ius disponendi</i> ordenadas en testamento	84
5. Delimitación del ámbito objetivo de la prohibición	87
6. Prohibición de disponer y legítima: <i>cautela socini</i>	91
7. La finalidad de ordenar la sucesión en la empresa familiar societaria y las restricciones a la disposición de acciones y participaciones	96
8. Impugnación del acto dispositivo que contraviene la prohibición	102
9. Algunas causas controvertidas de ineficacia: remisión	107
10. Dos casos singulares de limitaciones al poder de disposición de los sucesores	109
10.1. <i>La indivisión de la comunidad sobre ciertos bienes del caudal hereditario</i>	109
10.2. <i>La prohibición de partir la herencia</i>	113
11. Bibliografía	116

LA APLICACIÓN AL TESTAMENTO DE LAS NORMAS SOBRE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

CARLOS M. DÍEZ SOTO	121
1. Consideraciones generales	121
2. Criterios subjetivos de interpretación	125
2.1. <i>El criterio literal y la prevalencia de la intención real del declarante (arts. 675.1 y 1281 CC)</i>	125
2.2. <i>Actos coetáneos y posteriores de los declarantes (art. 1282)</i> .	133
2.3. <i>Interpretación estricta (art. 1283)</i>	139
2.4. <i>Interpretación sistemática (art. 1285)</i>	150
3. El principio de conservación del negocio (art. 1284)	152
4. Criterios objetivos de interpretación	154
4.1. <i>Interpretación conforme a la naturaleza y objeto del negocio (art. 1286)</i>	154
4.2. <i>Interpretación e integración conforme a los usos del país (art. 1287)</i>	156

	<u>Página</u>
4.3. <i>Interpretación contra proferentem (art. 1288)</i>	157
4.4. <i>Criterios residuales para el caso de declaraciones ininteligibles (arts. 1289 CC y 59 Ccom.)</i>	158
5. Bibliografía	161
DESIGNACIONES TESTAMENTARIAS GENÉRICAS, ERRÓNEAS O POR CIRCUNSTANCIAS	
ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO	163
1. Planteamiento general	164
2. La disposición en favor de persona incierta: el art. 750 CC .	165
2.1. <i>Supuestos de absoluta indeterminación del instituido</i>	167
2.2. <i>La determinabilidad de la disposición por algún evento</i>	169
2.3. <i>Circunstancias que consisten en un acontecimiento futuro</i> ..	172
2.4. <i>Concurrencia de dos o más personas con idéntico nombre y circunstancias</i>	175
2.5. <i>Acreditación de las circunstancias</i>	176
3. La disposición a favor de los parientes	176
3.1. <i>Tipo de parientes incluidos en el art. 751 CC</i>	177
3.2. <i>El llamamiento a parientes determinados que impide la aplicación del art. 751 CC</i>	179
3.3. <i>El llamamiento genérico a los descendientes o a los ascendientes</i>	180
3.4. <i>El llamamiento a ciertos parientes que no excluye la aplicación del art. 751 CC</i>	182
3.5. <i>La exclusión de la aplicación del art. 751 CC cuando se cualifica la situación de los parientes: la necesidad de distinguir entre llamamiento genérico y llamamiento indeterminado.</i> .	182
3.6. <i>El llamamiento genérico a favor de los parientes de otra persona</i>	184
3.7. <i>La aplicación del principio de la proximidad de grado y las reglas previstas para la sucesión abintestato</i>	185
3.8. <i>El debate en torno a la admisión del derecho de representación dentro de la institución genérica a favor de los parientes</i>	187

	<u>Página</u>
3.9. <i>El llamamiento genérico a toda la herencia la herencia o a una parte de ella</i>	188
3.10. <i>La distribución por un tercero de las cantidades que se dejen en general a los parientes del testador: el art. 671 CC</i>	188
4. Disposiciones a favor de los pobres	189
4.1. <i>La calificación de los pobres</i>	190
4.2. <i>La distribución de los bienes</i>	194
4.3. <i>La aceptación de la herencia dejada a los pobres</i>	196
4.4. <i>El acceso al Registro de la Propiedad de los bienes dejados a los pobres</i>	198
5. Disposiciones en favor del alma	202
5.1. <i>Las referencias del art. 747 CC al Diocesano y al Gobernador civil</i>	204
5.2. <i>El destino de todo o parte de los bienes</i>	205
5.3. <i>Las facultades del albacea</i>	206
5.4. <i>La falta de albacea o la renuncia al cargo</i>	209
5.5. <i>Los legados en favor del alma: régimen especial del art. 196 CC en los supuestos de declaración de fallecimiento</i>	210
6. Las designaciones erróneas	210
6.1. <i>El error obstativo en el testamento (art. 773 CC)</i>	210
6.2. <i>El error vicio en el testamento (art. 767 CC)</i>	213
6.3. <i>La institución a favor del cónyuge o pareja de hecho y la ruptura posterior al testamento</i>	215
7. Bibliografía	220

LIBERTAD DISPOSITIVA PARA LA ATRIBUCIÓN DEL USUFRUCTO UNIVERSAL AL CÓNYUGE VIUDO: MECANISMOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA EN EL CÓDIGO CIVIL

M. ^a ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA	227
1. Libertad dispositiva <i>mortis causa</i> en España: consideraciones generales	228

	<i>Página</i>
2. Alcance de la libertad dispositiva en los ordenamientos civiles forales o especiales	229
2.1. <i>Sistemas de amplia libertad dispositiva sin legítimas materiales</i>	230
2.2. <i>Sistema ampliado de libertad dispositiva mediante legítimas colectivas</i>	233
2.3. <i>Sistema de legítimas atemperado por reducción de cuantía y/o forma de satisfacción</i>	236
2.4. <i>Sistema de legítima del Código civil: amplio y cuestionado</i> ..	239
3. Medios empleados para lograr la atribución del usufructo universal al cónyuge supérstite, singularmente en el régimen del Código civil	241
3.1. <i>Previsión de la delegación de la facultad de mejorar</i>	241
3.2. <i>Disposición del usufructo universal a favor del cónyuge supérstite con «cautela socini o gualdense»</i>	248
4. A modo de conclusión	254
5. Bibliografía	254

AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA SUCESIÓN DEL PATRIMONIO DIGITAL: TESTAMENTO DIGITAL Y DERECHO AL OLVIDO DE PERSONAS FALLECIDAS EN UN CONTEXTO DE CAMBIOS TECNOLÓGICOS

ISABEL ESPÍN ALBA	259
1. Contexto	259
1.1. <i>Derecho civil y tecnología</i>	259
1.2. <i>Objeto de análisis</i>	262
2. Premisas	263
2.1. <i>Identidad digital</i>	263
2.2. <i>Patrimonio digital</i>	268
2.3. <i>¿Herencia digital?</i>	271
3. Derechos fundamentales y sucesión de bienes digitales extrapatrimoniales	272
3.1. <i>Testamento digital</i>	272

	Página
3.2. <i>Protección de datos de personas fallecidas. El olvido digital</i> ..	279
3.3. <i>Doctrina establecida en la STS, Sala 3.^a, de 4 de marzo de 2024. Caso «Miguel Hernández»</i>	287
4. Notas finales: sobre la importancia de la educación digital y de una planificación sucesoria	290
5. Bibliografía	293

LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE RESIDUO

JOSÉ LUIS ESPINOSA SOTO	299
1. El fideicomiso de residuo	299
2. Breve perspectiva histórica	302
3. Planteamiento doctrinal	304
4. La jurisprudencia	306
5. Las cuestiones más discutidas en el régimen jurídico	307
5.1. <i>Carácter condicional o no</i>	307
5.2. <i>Sustitución vulgar en fideicomiso</i>	310
5.3. <i>Distinción con la condición resolutoria</i>	314
5.4. <i>Facultades de disposición que se dejan al fiduciario</i>	314
5.4.1. En cuanto al título de la disposición	314
5.4.2. Subrogación real	316
5.4.3. Si la facultad de enajenar autoriza también a gravar .	318
5.5. <i>La sustitución vulgar en fideicomiso</i>	318
5.6. <i>Si la sustitución fideicomisaria implica la vulgar</i>	319
5.7. <i>Sustitución legal de residuo</i>	319
6. Bibliografía	319

EL ARBITRAJE TESTAMENTARIO DEL ART. 10 DE LA LEY 60/2003: NECESIDAD DE NUEVO ENFOQUE LEGISLATIVO

ALFREDO FERRANTE	321
1. Introducción y planteamiento	321

	<u>Página</u>
2. El arbitraje testamentario como figura consolidada y autónoma	323
3. «Arbitraje testamentario», «Arbitraje sucesorio», «disposición testamentaria» y «cláusula arbitral testamentaria» ...	327
4. Ámbito objetivo	330
5. Ámbito subjetivo	333
5.1. <i>Posibles sujetos involucrados para dirimir la función de árbitro</i>	333
5.2. <i>Albacea y contador partidor y ejercicio de la función arbitral</i> .	335
5.3. <i>Principales sujetos involucrados en el juicio arbitral</i>	337
6. Conclusiones	339
7. Bibliografía	340

LEGÍTIMAS, DERECHO TRANSITORIO E INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA

GORKA GALICIA AIZPURUA	343
1. El cambio normativo propiciado en materia de legítimas por la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco ...	343
1.1. <i>De la fragmentación (absoluta) a la homogeneidad (relativa)</i> .	343
1.2. <i>Aspectos elementales del régimen legitimario vasco. Naturaleza de la legítima vasca</i>	345
2. Problemas de Derecho transitorio	354
2.1. <i>Las disposiciones transitorias de la LDCV en general y las relativas al Derecho sucesorio, en particular</i>	354
2.2. <i>Preterición y Derecho transitorio</i>	359
2.3. <i>Legados simples de legítima y Derecho transitorio</i>	368
2.3.1. <i>Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública</i>	369
2.3.2. <i>Doctrina de los órganos judiciales y jurisprudencia del TSJPV al respecto</i>	371
2.3.3. <i>Consideraciones críticas</i>	373
3. Bibliografía	379

CUESTIONES INTERPRETATIVAS EN TORNO A LA PRETERICIÓN

MARTA MADRIÑÁN VÁZQUEZ	383
1. Introducción	383
2. Aproximación a la figura de la preterición	385
2.1. <i>Supuestos de hecho calificables como preterición</i>	387
3. Clases de preterición	391
3.1. <i>La preterición intencional</i>	394
3.2. <i>La preterición no intencional</i>	405
4. El artículo 814.3 CC: un supuesto de representación en la sucesión testada	411
4.1. <i>Supuestos para los cuales es de aplicación el derecho de representación previsto en el artículo 814.3 del Código civil</i>	414
4.2. <i>Alcance subjetivo del artículo 814.3 del Código civil: descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido.</i> ..	415
4.3. <i>Alcance objetivo del derecho de representación sancionado por el artículo 814.3 del Código civil</i>	417
5. Bibliografía	418

LA PRUEBA EXTRÍNSECA: ALGUNAS DE SUS POSIBLES APLICACIONES EN LA INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA

ANTONIA NIETO ALONSO	423
1. Introducción	424
2. El pertinente recurso a los medios de prueba extrínsecos de la voluntad testamentaria para averiguar la existencia de la intención de mejorar: con especial consideración a la mejora tácita	429
3. Las disposiciones testamentarias ordenadas a favor de quien cuida al testador y el relevante papel de la prueba extrínseca en la determinación de quién cuidó	434
4. La pretendida ineficacia sobrevinida de disposiciones testamentarias por crisis ulterior matrimonial o de convivencia: cuestión de interpretación testamentaria y alcance de la prueba extrínseca	441

5. Excurso sobre la clarificadora regulación de la prueba extrínseca en el Derecho civil portugués, la denominada «prova complementar»: a propósito del artículo 2187.º.2 del Código civil portugués	456
6. Bibliografía	459

Cuestiones interpretativas en torno a la preterición¹

MARTA MADRIÑÁN VÁZQUEZ

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA PRETERICIÓN. 2.1 SUPUESTOS DE HECHO CALIFICABLES COMO PRETERICIÓN. 3. CLASES DE PRETERICIÓN. 3.1 *La preterición intencional*. 3.2 *La preterición no intencional*. 4. EL ARTÍCULO 814.3 CC: UN SUPUESTO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA. 4.1. *Supuestos para los cuales es de aplicación el derecho de representación previsto en el artículo 814.3 del Código civil*. 4.2. *Alcance subjetivo del artículo 814.3 del Código civil: descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido*. 4.3. *Alcance objetivo del derecho de representación del artículo 814.3 del Código civil*.

1. INTRODUCCIÓN

La preterición es una figura de nuestro Derecho sucesorio que adolece de una complejidad extrema y de gran interés actual, pese a que sea considerado por muchos de nuestros autores un tema clásico. Es por ello que he decidido abordar el trabajo que aquí presento, si bien quisiera adelantar que en las líneas que siguen me centraré, más que en un análisis de los efectos

1. El presente trabajo, desarrollado en el grupo de investigación de la USC «Libredón. Derecho civil. Persona, familia y patrimonio», se enmarca en el proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación «La voluntad real del causante en las disposiciones mortis causa: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad» (VOLUNTAS, PID2020-115254RB-I00, convocatoria 2020 Proyectos de I+D+i - RTI Tipo B, 1 septiembre 2021 a 31 agosto 2024), del que es IP la profesora M. Carballo Fidalgo.

que esta institución produce, en ciertas cuestiones conflictivas en torno a la averiguación de la verdadera voluntad del testador cuando omite a un heredero forzoso.

La ausencia de un concepto unívoco de esta institución y su desarrollo en un único precepto complica sobremanera el llegar a comprender en ocasiones si, verdaderamente nos encontramos ante una preterición, y en caso afirmativo, cómo debemos calificarla, si intencional o no.

Así las cosas, tras una aproximación a la figura de la preterición, en la que se intentará no sólo dar un concepto de la misma sino también analizar cuándo hay realmente preterición, procederé a tratar de buscar qué problemas relativos a la voluntad del testador se producen en cada una de ellas, no sin antes esclarecer un dato curioso y es que lo que a primera vista parecen dos clases de preterición, reguladas en un único precepto, son realmente dos figuras totalmente diferentes cuyo único punto en común la omisión en el testamento de uno o varios legitimarios. Respecto al resto, tanto el concepto como sus requisitos y efectos son totalmente distintos. Efectivamente, la intencional se reduce a un problema de inoficiosidad mientras que la no intencional o errónea se refiere más bien a un supuesto de ineficacia o invalidez del testamento y como tal lo que proporciona al preterido es la cuota intestada.

Una vez clarificado esto, se entrará de lleno en aquellas cuestiones que nos llevan a la necesidad de averiguar cuál fue la voluntad verdadera del testador. Así, nos planteamos, respecto de la preterición intencional, si lo que verdaderamente habrá que otorgar al legitimario omitido es su participación en la legítima larga o por el contrario debemos considerar que el testador que ha omitido al heredero forzoso sólo quería que este recibiera su parte de legítima estricta. La solución a esta cuestión varía, como podremos observar, en función de ciertas circunstancias que rodean a cada caso concreto y que serán expuestas a lo largo del trabajo.

La preterición no intencional o errónea también nos lleva a la ineludible necesidad de esclarecer en ocasiones si efectivamente debe ser calificada como tal. Me refiero en especial al supuesto en que el testador omite a un hijo o descendiente por desconocimiento de su existencia y, pese a llegar a conocer este hecho antes de morir opta por no modificar el testamento original. ¿Debemos seguir calificando esa preterición como no intencional o errónea? Y es que, si como dice la mayor parte nuestra doctrina, para calificar la preterición hay que estar al tiempo de otorgar testamento, de modo que si en ese momento el causante no tenía conocimiento de la existencia del hijo o descendiente aquella será no intencional; ¿estamos realmente atendiendo a la voluntad del causante?

testador ignora su existencia al tiempo de hacer testamento, ya sea porque no contempla los posibles hijos futuros y una vez hecho el testamento tiene hijos que no fueron tenidos en cuenta en el mismo, pero sin que su conducta se deba al deseo de privar de sus derechos hereditarios a sus descendientes

Por último y no por ello menos importante, analizaremos el artículo 814.3 CC el cual, introducido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, fue verdaderamente innovador y vino a resolver a resolver el problema planteado antes de la reforma respecto a la preterición de la estirpe del padre premuerto en el supuesto en que esta no hubiera sido llamada a la herencia en sustitución vulgar o no hubiera sido mencionada de cualquier otro modo. Para ello el legislador se inclina por la opción de la representación intentando, de este modo, evitar las consecuencias que genera la acción de preterición.

2. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA PRETERICIÓN

La preterición es una figura de nuestro ordenamiento jurídico que, lejos de ser sencilla y unívoca, adolece de una complejidad de la que nuestro Código civil parece no percatarse, ya que no sólo obvia dar un concepto que clarifique esta institución, sino que el parco desarrollo de la misma, en un único precepto (art. 814 CC), hace que resulte bastante complicado llegar a comprender si muchos de los supuestos de hecho que se presentan pueden realmente considerarse preterición y en caso afirmativo cómo debe calificarse esa omisión.

La expresión preterición, que proviene del Derecho romano, equivale, en términos generales, a la falta de mención de un legitimario en el testamento, o a la mención insuficiente, por no ir acompañada de desheredación o de disposición patrimonial alguna, ya sea hecha en el mismo testamento, ya efectuada con anterioridad por cualquier otro título². Esta institución requiere una omisión total de disposición patrimonial al legitimario, en caso contrario lo que procedería sería la acción de complemento de la legítima, que tiene lugar cuando la atribución al heredero forzoso en concepto de legítima resulta insuficiente para cubrirla (art. 815 CC)³.

2. En términos semejantes LLEDÓ YAGÜE, F. (*Derecho de sucesiones. Delación-legítimas-reservas*, vol. I, Bilbao, 1989, p. 262) manifiesta que «la preterición equivale a una privación total tácita de toda disposición patrimonial al legitimario a quien no se le menciona en el acto *mortis causa*, o bien inexistencia de atribución patrimonial de atribución patrimonial alguna *inter vivos* a favor de aquel, sin mencionarle en el testamento ni tampoco hacer alusión a ninguna atribución efectuada en vida a favor del legitimario».
3. En tal sentido se pronuncia la jurisprudencia menor en cuya virtud dispone que «La preterición supone la omisión total en el testamento de disposición patrimonial de un legitimario que lo sea en el momento de la muerte del causante. Por lo que instituido el

Así es como viene conceptuándola la doctrina del Tribunal Supremo disponiendo que para que exista preterición resulta preciso, no sólo la omisión del heredero forzoso, sino también no haberle beneficiado nada en vida⁴. En definitiva, la preterición viene a consistir en una privación de la legítima hecha tácitamente, a diferencia de la desheredación, que es una privación de modo expreso. Basta, para que haya preterición, que el heredero forzoso haya nacido o, al menos haya sido concebido, a la muerte del causante, aun cuando no existiera al tiempo de otorgarse el testamento que lo ha obviado⁵.

actor heredero en una proporción patrimonial inferior a la que como heredero forzoso le correspondía, no debió ejercitar la acción de preterición sino la acción de suplemento de la legítima» (SPA de Asturias de 19 de octubre de 2001 [RJ 2002, 16403]). *Vid.* También SAP de 20 de octubre de 2009 (RJ 2009, 476892). Esta sentencia se hace eco de la STS de 20 de febrero de 1998 que explica claramente que «que el legitimario o heredero forzoso a quien en vida se le haya hecho alguna donación por su causante no puede considerarse desheredado ni preterido y sólo puede reclamar que se complemente su legítima al amparo del Artículo 815 CC».

4. *Vid.*, entre otras, STS de 22 de junio de 2006 (RJ 2006, 3082) y la STS de 31 de mayo de 2010 (RJ 2010, 2653), que establece que la preterición «(...) exige la omisión de todos o alguno de los legitimarios en el contenido patrimonial del testamento, sin haberles atribuido en el mismo o anteriormente ningún bien y que le sobrevivan».
5. Constituye esta una de las modificaciones esenciales operada por la Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código civil (BOE núm. 99 de 25 de abril de 1958, pp. 730 a 738, Ref. BOE-A-1958-6677). Antes de esta reforma el artículo 814 del texto legal rezaba así: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas». Esta modificación omite la locución «sea que vivan al otorgarse el testamento o que nazcan después de muerto el testador, y con ello vino a solventar las dudas existentes, hasta la fecha, en torno a los hijos cuasi póstumos (no incluidos en el precepto), o lo que es lo mismo, los nacidos tras el testamento que los omite, pero antes de la muerte del testador. Pese a la malograda redacción del artículo 814 CC, huelga señalar que la jurisprudencia venía aplicando la norma a los hijos nacidos tras el testamento, pero antes de la muerte del causante. En tales términos se manifiesta la STS de 1 de julio de 1969 (RJ 1969, 3824) dispone en su considerando primero que: «Que el primero de los motivos del recurso, (...) alega como concepto de infracción, la aplicación indebida del *art. 814 del CC*, en su redacción primitiva aplicable, según afirma, a los hechos de autos, por ser anteriores a la Ley de 24 abril 1958 (RCL 1958/760 y NDL 5660), y ha de oponerse al mismo que el juzgador, tanto en la primera como en la segunda instancia, que recoge sustancialmente los fundamentos de la anterior, aplica el mencionado precepto legal en su actual redacción, citando la ley que reformó el mismo, si bien razona que también antes de ésta habría de producirse la consecuencia jurídica de la preterición del único heredero forzoso del testador, es decir, que tal resolución, dados los hechos que el juzgador sienta, es la procedente, ya se hubiera aplicado el artículo que se examina en su redacción anterior a la citada reforma legal, bien conforme o esta última, y es adecuada la doctrina legal que se invoca anterior a esta modificación, y debiendo radicar el vicio

Para determinar si ha habido o no preterición debe atenderse al momento de la muerte del causante, pues es ahí cuando se abre la sucesión, de modo que sólo habrá preterición si en la fecha en que fallece el testador, le sobrevive algún legitimario al que se omite por completo en el testamento, y no se le han satisfecho sus derechos legitimarios. Así, lo expresa con claridad la STS 12 mayo 2005, en virtud de la cual «la preterición es la omisión de un legitimario en el testamento, sin que el mismo haya recibido atribución alguna en concepto de legítima; lo cual no puede advertirse hasta que haya muerto el causante, con testamento y haya sido examinado éste; no se puede hablar de preterición respecto a un acto producido antes de la apertura de la sucesión»⁶. En efecto, antes de que se produzca la muerte del causante nadie, ni siquiera los legitimarios, pueden decir que ostentan derecho alguno en la sucesión habida cuenta el carácter revocable del testamento⁷. Así las cosas, «sólo puede ser preterido quien acredita su condición de legitimario respecto del causante, lo que no cabe antes de la apertura de la sucesión»⁸.

2.1. SUPUESTOS DE HECHO CALIFICABLES COMO PRETERICIÓN

La ausencia de un concepto de preterición por parte del Código civil nos lleva a la ineludible necesidad de esclarecer cuándo hay mención suficiente para evitar la preterición. Sin duda, surge aquí la primera cuestión en torno a la interpretación de la voluntad del testador, pues en ocasiones su falta de claridad exige dicha labor para poder concluir si efectivamente hubo o no preterición.

que se alega en no ser el precepto aplicado el adecuado al supuesto que se contempla, su infracción sólo podría encuadrarse en su violación, por la existencia de contradicción entre lo ordenado por el mismo y lo estimado en la sentencia, o en la errónea interpretación del artículo aplicado, que sólo se da si al hacer el Tribunal la exégesis del mismo incurrió en dicho vicio, más en este caso debe señalarse que nacida la hija del testador antes del fallecimiento de éste, aunque su condición legal como natural le haya sido reconocida por Sentencia firme posterior a su testamento y fallecimiento, la doctrina sostiene que tal omisión del heredero forzoso implica la preterición que sanciona el art. 814 del CC, sea que el heredero forzoso viva al otorgarse el testamento, bien que nazca después de éste y antes de la muerte del testador (“cuasi póstumo”) o que nazca después del mismo (“póstumo”), y establece los términos claros a los que debe aplicarse la anulación de la institución de herederos, sin perjuicio de la validez de las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosos, (...)».

6. STS de 5 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4350).

7. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición en el Derecho común español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 226.

8. GASPAR LERA, S., «Preterición de descendiente sobrevenido al testamento. Calificación y acciones sucesorias tardías», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.5, octubre-diciembre, 2020, p. 227.

Por razones obvias, y es que el espacio es limitado, no puedo entrar a analizar todos los supuestos que se pueden plantear, pero sí puedo concluir que, a día de hoy, superada la doctrina tradicional de la necesidad de cumplir con el deber de la legítima formal, la preterición se evita mediante la atribución material a favor del legitimario realizada en testamento, ya sea a título de heredero o legatario.

De igual manera, superada la idea de que el nombramiento del legitimario en testamento es una carga formal que el testador debe cumplir, la práctica totalidad de nuestra doctrina y jurisprudencia consideran que la existencia de donaciones colacionables es suficiente para excluir el supuesto de preterición, aunque el legitimario no hubiera sido nombrado al hacer testamento. Ello es así porque el Código civil permite que la legítima de los herederos forzosos sea satisfecha por cualquier título⁹. Además, el mencionado texto legal deja patente en principio, que las donaciones hechas en vida por el causante se hacen como anticipo de pago de la legítima habida cuenta que al tiempo del fallecimiento del causante deben ser imputadas a la misma a no ser que tengan el concepto de mejora¹⁰. De lo dicho se desprende que el texto legal no está sino haciendo una interpretación de la voluntad del testador.

De igual modo, la simple mención del legitimario, sin haber recibido atribución patrimonial alguna, ya sea *inter vivos* ya *mortis causa*, impide la preterición, sin perjuicio de que se pueda ejercitar la acción de complemento. Se considera así que dicha mención, a cualquier propósito podrá constituir una desheredación sin causa del legitimario o bien tendrá este un derecho de suplemento, pero no será preterido. A tal efecto, la mención en la parte expositiva del testamento solo dejaría de valer si se demuestra el ulterior olvido del testador¹¹. Es por ello que, mencionado el heredero forzoso por el testador señalando que nada se le deja por haberle hecho una donación en vida imputable a la legítima, debe entenderse excluida la preterición. En tal sentido se

9. Art. 815 CC: «El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma». *Vid.* RDGRN de 14 de febrero de 2019 («BOE» núm. 61, de 12 de marzo de 2019, pp. 23552 a 23565).

10. Art. 819 CC: «Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima (...)».

11. LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 437. Al respecto apostilla el autor que en todo caso la alusión testamentaria al legitimario «debe ser tal que demuestre que el causante, en el momento de disponer, ha tenido en cuenta a aquel legitimario concreto: ya en su individualidad subjetiva, ya, en hipótesis, al menos como posible persona futura. Esto, a su vez, es suficiente: no se requiere atribución, y con mayor razón val la atribución no imputable en la legítima».

manifiesta el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de febrero de 1981, que niega en su considerando segundo que se hubiera producido la preterición del actor recurrente como heredero forzoso de la testadora. A tal efecto, manifiesta la sentencia que: «*y no habiéndose producido tampoco la preterición del actor recurrente como heredero forzoso de la testadora, al no haber habido omisión o falta de mención del mismo en el testamento, ha de analizarse si (...) hubo la entrega de bienes en la cuantía que en la cláusula primera del testamento se indica o si, al menos, hubo alguna donación aun cuando por cantidad inferior a lo que por legítima pudiera corresponderle, pues sabido es que las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejora, han de imputarse a su legítima, y así lo proclama, en su párr. 1.º el art. 819 del C. Civ., ya que tales donaciones se consideran como un anticipo de la misma (...)*»¹².

Esto es así, tanto si ha existido tal atribución como si esta resultara no ser cierta, pues en ambos casos el legitimario ha sido formalmente mencionado, lo cual resulta suficiente para evitar la preterición¹³. En efecto, mencionado el heredero forzoso por el testador señalando que no le deja nada por haberle hecho una donación en vida imputable a su legítima, debe entenderse excluida la preterición, incluso aunque tal atribución no hubiera existido, en cuyo caso, nos encontraríamos más bien ante un supuesto de desheredación injusta, toda vez que el legitimario no fue omitido¹⁴.

Por lo que respecta a las expresiones genéricas, estas también excluyen la preterición, si bien las cláusulas del tipo: «dejo mi legítima a cuantos demuestren ser mis herederos forzosos» o a «cuantos aleguen derechos sobre mi herencia», sólo valdrá para aquellos que, según las circunstancias del caso, hubiera sido pensada y no para aquel a quien verosímilmente no tuvo en cuenta al disponer de su última voluntad¹⁵. Huelga mencionar al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1966 que determinó la existencia de preterición en un caso de utilización de cláusula genérica por parte del causante. Es así que en el caso mencionado el testador, soltero al tiempo de otorgar testamento, instituye herederos a sus dos hermanos y lega a su padre «*y al solo efecto de evitar la preterición, a cuantas personas pudieran acreditar y pretender la legítima de sus bienes, lo que les corresponda según Ley*». Tres años después el testador contrajo matrimonio y al año siguiente falleció en un accidente dando a luz su viuda un hijo póstumo. Recayendo el debate

12. STS de 20 de febrero de 1981 (RJ 1981, 534).

13. Cfr. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «La preterición en el Código Civil», *Derecho de sucesiones contemporáneo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 221 y ss.

14. Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «La preterición», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 4, Madrid, Civitas, 2002, p. 5347.

15. LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.*, p. 437.

del pleito en la comprobación de la eficacia de la cláusula genérica utilizada en el testamento, resultaba preciso discernir si dentro de la misma se encontraban comprendidos los posibles hijos póstumos del testador. En opinión del Tribunal la expresión genérica utilizada por el testador no evitó la preterición, ya que entendió que esta no comprendía, según su mente, a los descendientes ignorados o sobrevenidos¹⁶.

En contra de esta línea jurisprudencial se ha mantenido, con gran acierto a mi entender, que el artículo 750 del Código civil excluye el supuesto de preterición al disponer que «Toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta». El testador no tiene por qué pensar en una persona en concreto. Es suficiente que el testamento contenga los datos o circunstancias precisas que permitan identificar a quién o quiénes se ha querido instituir. Verdaderamente, cuando el testador se sirve de cláusulas como esta: lego a cuantas personas pudieran acreditar y pretender la legítima de sus bienes, no está sino indicando las circunstancias que deben concurrir en el designado, de suerte que, de producirse estas circunstancias, no hay incertidumbre alguna¹⁷. La voluntad del causante es clara y él mismo está previendo la posibilidad de que a su muerte pudiera haber algún heredero forzoso que desconocía al tiempo de hacer testamento. A mi modo de ver, el propio testador está manifestando su voluntad para evitar la preterición.

La cuestión cambia, sin embargo, cuando la cláusula genérica, relativa a eventuales legitimarios, se redacta en consideración a una concreta preterición, o, dicho de otro modo, el testador, en dicha cláusula, tiene en mente al preterido aunque de forma hipotética¹⁸. En definitiva, coincido plenamente con la profesora GASPALERA cuando concluye que el Código civil permite excluir la preterición sin que sea necesario citar nominalmente al legitimario, y es que el problema suscitado por este tipo de cláusulas genéricas no debe

16. STS de 4 de mayo de 1966 (RJ 1966, 2290).

17. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, Madrid, 2011, p. 208. Manifiesta el autor que «no hay, en mi sentir, preterición si al testador sin referirse nominatim a todos sus legitimarios deja su legítima a los que pudiera tener al morir. Es efectivamente posible, y sucede con cierta frecuencia en la práctica, que los testadores jóvenes que no tienen hijos o solamente uno o dos, quieran prever el posible nacimiento de otros posteriores. Es norma que en tales casos los testadores instituyan herederos a los hijos que tengan designándolos por sus nombres y “a los demás que pudiera tener”».

18. GASPALERA, S., *op. cit.*, p. 239. A tal efecto manifiesta GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., (*El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los derechos civiles forales*, Comares, Granada, 2004, pp. 202, 203) que el testador no sufre error o ignorancia, ya que ha tenido en cuenta una futura situación jurídica por lo que lo más correcto es que se respete su voluntad íntegramente.

centrarse en su dicción sino en la previsión que hace el testador de una posible situación de hecho¹⁹.

Por último, la preterición también se evita cuando, omitido alguno de los legitimarios, el testamento no comprende todo el haber hereditario de suerte que una parte de la sucesión se defiere abintestato y ello permitirá al legitimario hacer efectiva la legítima por esa vía. Así las cosas, de no haber patrimonio suficiente para cubrir la legítima, el heredero forzoso podrá ejercitar la acción de suplemento.

3. CLASES DE PRETERICIÓN

Hecha una primera aproximación en torno a la figura de la preterición, lo cierto es que esta institución genera, a menudo, la necesidad de interpretar cuál fue la verdadera voluntad del testador al tiempo de hacer testamento. Ello es lógico si tenemos en cuenta, como manifiesta el profesor GALICIA AIZPURUA, que «la preterición de un heredero forzoso, aunque sea una institución relacionada con la legítima, es una figura que tiene que ver con su designación en testamento debiendo analizarse desde la perspectiva de la voluntad del testador»²⁰. A continuación, se expondrán aquellas que la autora considera más destacables.

Como podremos ver en las líneas que siguen, la primera de estas cuestiones está relacionada con las clases de preterición. Sabido es que la omisión del legitimario por parte del testador puede obedecer a causas diversas distinguiendo, en función de ellas, entre dos tipos de preterición que, si bien se analizarán más detenidamente, podemos adelantar que por un lado existe la preterición intencional, la cual es debida al propósito deliberado del causante, que no quiere que un legitimario aparezca en el testamento; y por otro lado está la no intencional o errónea, que consiste en la omisión de un hijo o descendiente cuya existencia se ignora al tiempo de hacer testamento. En este caso, si después de testar el causante conociera la existencia de ese hijo o descendiente, entonces será discutible, y así lo trataré más adelante, si verdaderamente se trata de una preterición errónea²¹.

19. *Cfr., op. cit.*, p. 240

20. GALICIA AIZPURUA, G., «Preterición de legitimarios y derecho transitorio. Comentario a la sentencia del TSJ País Vasco de 17 de noviembre de 2022», *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 36, julio 2023, p. 392.

21. Ciertamente es que tanto la doctrina como la jurisprudencia distinguen entre preterición intencional y no intencional pese a que la norma no hace de modo explícito esta diferenciación. En este sentido, huelga señalar las palabras del profesor MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., («La

Esta distinción, especialmente importante cuando se trata de hijos y descendientes, ya que el Código civil les atribuye efectos diversos, es fruto de la actual redacción del artículo 814 CC otorgada tras la reforma de 13 de mayo de 1981, a partir de la cual se deja atrás la antigua concepción de la preterición como una institución que proporciona la cuota intestada y, como no podía ser de otra manera, pone todo el peso en la voluntad del testador, ley suprema del Derecho sucesorio. En efecto, la esencia de ambas clases de preterición reside en la apreciación de esa voluntad, de modo que si el causante ha omitido conscientemente a alguno de sus legitimarios es precisamente porque su voluntad ha sido la de limitar, sin desheredar, sus derechos y por ello sólo podrá percibir la legítima. Es así que la interpretación del testamento se encuentra presidida por la voluntad real del testador, todo lo cual plasma de modo explícito el artículo 814 CC *in fine*, por cuanto dispone que «a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador»²². En el mismo sentido, la jurisprudencia entiende que la voluntad del testador resulta crucial a la hora de determinar si una omisión en el testamento constituye una preterición y, en caso afirmativo, qué tipo de preterición. En estos casos, la voluntad del testador debe interpretarse en función de sus intenciones y no estrictamente en base a la literalidad del testamento.

No obstante, quisiera exponer las palabras de la STS de 8 de octubre de 2010, habida cuenta que al disponer que «*la preterición (...) comprende dos casos, las llamadas intencional y errónea, según el testador conocía o no la existencia del legitimario (...)*», parece que más que la intención, para calificar la preterición como intencional o no, lo que se tiene en cuenta es el conocimiento del legitimario por parte del causante al tiempo de hacer testamento²³. Tal

preterición», *Estudios... cit.*, p. 5343) quien manifiesta que: «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 la intención a lo sumos es un supuesto de no declarar».

22. *Vid.*, VIVAS TESÓN, I., «Distinción de efectos entre la preterición intencional y la errónea y los aspectos procesales en el ejercicio de las acciones en el procedimiento de preterición», *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, vol. 1, Dykinson, Madrid, 2014, p. 761.
23. STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7449). Es así que, en palabras de RIVERA FERNÁNDEZ, 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 legítima». *Vid.*, «Comentario al artículo 814 del Código civil», *Código civil comentado, vol. II, Libro III, De los diferentes modos de adquirir la propiedad*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 842. En el mismo sentido, *vid.*, GAGO SIMARRO, C., «La preterición de

consideración entiendo que solventaría muchos problemas de interpretación de la voluntad del testador, y es que tal vez sea esta la razón por la cual la jurisprudencia viene entendiendo que, si el testador al hacer testamento desconocía la existencia de un legitimario y luego, pese a que la conozca no cambia el testamento, entonces la preterición será no intencional²⁴.

En otro orden de cosas, quisiera indicar que los efectos de una y otra son distintos. En efecto, en el caso de la preterición intencional se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias a fin de dejar a salvo la legítima del legitimario preterido. Por el contrario, en la preterición no intencional, el hijo o descendiente omitido conserva su derecho a la total cuota intestada. De lo dicho se desprende que, si bien ambas constituyen la privación total tácita de la legítima por parte del testador, lo cierto es el artículo 814 CC regula dos instituciones distintas cuyo único punto en común es la omisión en el testamento de uno o varios legitimarios. Respecto al resto, tanto el concepto como sus requisitos y efectos son bien diferentes²⁵. Mientras la intencional se reduce a un problema de inoficiosidad, la no intencional o errónea se refiere a un supuesto de ineficacia o invalidez del testamento por lo que proporciona la cuota intestada²⁶. En este sentido huelga destacar las palabras de BOLÁS ALFONSO, quien expone con total acierto 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»²⁷.

En otro orden de cosas, resulta interesante manifestar que el Código civil, además de no dar un concepto de la preterición, obvia también señalar cuál es la regla general. Del tenor literal del precepto, y así lo considera la práctica totalidad de nuestra doctrina, se deduce que la regla general es la intencionalidad, y ello así, entre otras razones, porque sus efectos son menos devastadores y más suaves que en el caso de omisión no intencional o errónea, pues en el primer caso el omitido perjudicado conserva su derecho a la legítima mientras que en el segundo el hijo o descendiente preterido tiene derecho a la total cuota abintestato. Es por ello que corresponde al hijo o descendiente preterido probar la no intencionalidad del causante.

los descendientes», *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, vol. 8, BOE, 2021. p. 335.

24. STS de 31 de mayo de 2010 (RJ 2010, 2653).

25. GAGO SIMARRO, C., *op. cit.*, p. 326.

26. LLEDÓ YAGÜE, F., *op. cit.*, pp. 262 y 263.

27. BOLÁS ALFONSO, J., «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*, t. 25, 1983, pp. 1285, 1286.

3.1. LA PRETERICIÓN INTENCIONAL

Se produce cuando el testador omite voluntariamente contemplar en el testamento a un legitimario a sabiendas de su existencia. La STS de 23 de junio de 2020 califica de este modo el supuesto en que el testador nombra herederos a sus sobrinos preteriendo intencionadamente a sus dos hijos no matrimoniales cuya filiación quedó determinada judicialmente después de su fallecimiento. A tal efecto reza la sentencia que: *«En el caso el testador nombró herederos a sus sobrinos, y se ha calificado de intencional la preterición de sus hijos (cuya filiación quedó determinada judicialmente después del fallecimiento del causante), por considerarse probado en la instancia que no los mencionó “de propósito”». A este respecto añade el alto tribunal que no «es contradictorio con la conclusión de la Audiencia, finalmente, que el causante expresara en su testamento que no tenía hijos, pues precisamente la preterición intencional comprende el supuesto de que el testador deliberadamente no incluye en el testamento a un heredero forzoso por cualquier motivo, entre los que no se puede descartar el de no querer revelar una relación de paternidad extramatrimonial, precisamente en aras a esa clandestinidad con la que el causante llegó a tener en poco tiempo dos hijos con su prima hermana, estando ambos casados con terceras personas»²⁸.*

Es por ello por lo que se viene considerando que esta preterición equivale en efectos a una desheredación injusta, pues el testador pretende privar al legitimario de su legítima, pero sin seguir, para ello, los requisitos que la ley exige para la desheredación. No lo hace expresamente, no menciona la causa legal en la que se funda²⁹. En efecto, el causante, conocedor de la existencia y cualidad del legitimario lo omite conscientemente, lo cual equivale a considerar que la voluntad del causante de desheredar sin justa causa al descendiente. La única diferencia entre ambas instituciones sucesorias es que en la preterición no hay constancia formal de la voluntad del testador, sino que hay una ausencia de voluntad que debe integrarse con la presunta; sin embargo, en la desheredación si contamos con una voluntad declarada del causante³⁰.

Regulados sus efectos en artículo 814.1 CC, en virtud del cual «la preterición de un heredero forzoso no perjudica a la legítima. Se reducirá la ins-

28. STS de 23 de junio de 2020 (RJ 2020, 2211). Del mismo modo, la STS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 8237) esgrime que «Se da exactamente el concepto de preterición intencional: omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nunca nada en concepto de legítima». También se manifiesta en este sentido la STS de 31 de mayo de 2010 en virtud de la cual la preterición intencional «se produce cuando el testador sabía que existía el legitimario preterido, al tiempo de otorgar testamento».

29. *Vid.* STS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 8237).

30. LLEDÓ YAGÜE, F., *op. cit.*, p. 287.

titución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias», debe considerarse, en primer lugar, que el precepto se refiere tanto a la intencional de hijos y descendientes como a la intencional o no de los restantes legitimarios³¹.

En estos casos, tal como dispone la norma, se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Dicho de otro modo, quien primero debe soportar las consecuencias de la reducción serán los herederos. Sólo si dicha reducción no bastara, se anularán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Es así como la ley, interpretando la voluntad del testador del modo más favorable a la conservación de la legítima, evita sólo el perjuicio de la misma disponiendo que se mantiene la eficacia de la institución de heredero, la cual sólo se verá reducida en lo que cuantitativamente afecte a la porción legitimaria de los preteridos, ya que se considera que la omisión voluntaria no puede tener un alcance mayor que el prevenido para la desheredación.

Se entiende que esta es la solución más justa porque cuando el testador conoce la existencia de un heredero forzoso y pese a ello lo ignora en el testamento está poniendo de manifiesto que no quiso proveerle de todo su patrimonio y por tanto que sólo habrá de respetarse la legítima de la cual no puede verse privado.

Lo dicho, en definitiva, es consecuencia del reconocimiento de que la voluntad del causante, que es la ley que prevalente en toda disposición testamentaria, fue no reconocer al heredero forzoso más que lo que rigurosa y estrictamente le reconoce la ley. Todo lo cual deriva de lo dispuesto en el artículo 675 CC, en virtud del cual *«toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento. (...)»*.

Llegados a este punto debemos plantearnos qué porción de la legítima debe ser atribuida al legitimario preterido y para ello debemos distinguir, en primer lugar, en función de quiénes sean los sujetos legitimarios. A tal efecto, no cabe

31. La sanción dispuesta por el artículo 814.1 CC es criticada por el profesor MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. («La preterición», *Almacén de Derecho*, oct. 26, 2016, <https://almacenederecho.org/la-pretericion>, p. 3) «porque esa identificación de la sanción de la preterición intencional de los hijos o descendientes con la protección de la legítima en caso de falta de cobertura total, debería conducir a suprimir la preterición intencional como supuesto de hecho diferente de la acción de suplemento, es decir, no debería ser un supuesto de hecho con consecuencias distintas de las que produce la falta de cobertura parcial, excepto naturalmente en el aspecto cuantitativo».

duda de que siendo preterido el cónyuge superviviente o los ascendientes, estos tendrán derecho a la porción legítima que les es atribuida por ley sin que quepa hablar en este caso de legítima larga y corta, pues según dispone el artículo 808 CC, sólo se puede disponer de la mejora a favor de hijos o descendientes³².

Más dudoso, sin embargo, es el supuesto, muy frecuente en la práctica, en que el preterido intencionalmente fuera un hijo o descendiente del causante, en cuyo caso podemos distinguir, varios supuestos. Vaya por delante que este problema no se planteará cuando el omitido sea el único heredero forzoso que existe. Evidentemente no tendría sentido distinguir aquí entre legítima larga o corta porque en este caso no se puede hablar de un posible tercio de mejora, el cual requiere de la existencia de una pluralidad de descendientes (de primer o ulterior grado) al tiempo de la apertura de la sucesión. En dichos términos se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004³³ cuyo fallo se manifiesta como sigue: «*Con esta inexcusable doctrina, resulta inadmisibile el motivo formulado por los recurrentes, pues olvidan que en el caso presente no hay concurrencia de la demandante, heredera forzosa (legitimaria), con otros legitimarios (como se desprende de la relación de hechos contenida en el fundamento de derecho primero), de tal manera que, siendo el único heredero forzoso de la actora, la legítima que le corresponde es la señalada por la sentencia que se recurre según sus propios y evidentes fundamentos; es decir, las dos terceras partes del haber hereditario, según lo previsto en el artículo 808, en relación con el artículo 823, ambos del Código Civil*». Lo mismo es predicable cuando habiendo más hijos o descendientes, todos hubieran sido conscientemente preteridos, en cuyo caso podrán reclamar su legítima larga. Conclusión del todo lógica para ambos sucesos habida cuenta que, si en virtud de lo dispuesto en el artículo 808 CC, el causante sólo puede disponer libremente de un tercio de la herencia, difícilmente puede un extraño percibir más de dicha cantidad³⁴.

Podría ocurrir que los herederos nombrados por el testador no fueran hijos o descendientes, de suerte que el hijo o descendiente preterido que concurre a la herencia de su ascendiente con extraños tendría derecho a la legítima de dos tercios³⁵. Huelga mencionar bajo estas premisas la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2020 que se pronunció sobre un supuesto en que el testador nombró herederos a sus sobrinos pretiriendo intencionadamente a sus dos hijos no matrimoniales cuya filiación quedó determinada judicialmente después de su fallecimiento. La cuestión jurídica que se plantea en el presente

32. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición...* cit. p. 268.

33. RJ 2004, 6230.

34. VIVAS TESÓN, I., *op. cit.*, p. 767.

35. *Cfr.*, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 212.

caso versa sobre los derechos de los legitimarios preteridos intencionadamente cuando no concurren a la herencia con otros legitimarios. A tal efecto, concluyó Tribunal Supremo que «*contra la voluntad del padre solo tendrían derecho a la legítima estricta de 1/3 si concurriesen con otros legitimarios, pero frente a los extraños, en este caso sobrinos del causante, sus derechos son de 2/3 de la legítima*»³⁶.

Si el testador hubiera omitido deliberadamente a un hijo o descendiente y este concurriera a la herencia con otros hijos o descendientes, no preteridos y que hubieran sido mejorados, no me cabe duda de que en este caso la voluntad del testador es clara y al omitido le correspondería la porción de legítima estricta no pudiendo reclamar por tanto su participación en la legítima larga³⁷.

La cuestión se complica, sin embargo, cuando el omitido, hijo o descendiente del testador, concurre a su herencia con otros hijos o descendientes no mejorados. Ante dicha tesitura, un sector minoritario de nuestra doctrina defiende que la cuota legitimaria del preterido intencionalmente alcanza los dos tercios de la herencia. Se basa para tal consideración en afirmar que lo contrario sería admitir una mejora tácita contraria al sistema general del Código civil que requiere que esta deba ser expresa. Sin embargo, la práctica totalidad de nuestros autores coinciden en que en este caso la legítima que corresponde al omitido debe ser la estricta. En este caso se reduce (no se anula) la institución de heredero antes que legados, mejoras y demás instituciones testamentarias. Entienden los partidarios de esta línea que sólo así se respeta la voluntad del testador quien, si no nombró a un legitimario a sabiendas de su existencia, claramente es porque quiso privarle de su herencia por lo que reconocerle los mínimos derechos de los que no puede ser privado es el modo idóneo de cumplir sus deseos³⁸. En la misma línea se manifiesta la jurisprudencia del TS que aboga por la equiparación de esta preterición con la

36. STS de 23 de junio de 2020 (RJ 2020, 2211).

37. *Vid.*, entre otros, VIVAS TESÓN, I., *op. cit.*, p. 765. Añade la autora al respecto que, dado que la norma aplicable al caso ordena reducir la institución de heredero antes que las mejoras, el resultado no puede ser otro que el hijo preterido, si existieran otras personas mejoradas, sólo tendrá derecho a lo que por legítima estricta le corresponda y no podrá reclamar su participación en la legítima larga.

38. *Vid.*, entre otros, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, 1990, p. 191 y «El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos (en torno a la sentencia de 6 de diciembre de 1952)», *RDN*, 1955-7, 21 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, vol. II, Madrid, 1974, pp. 943 y 944; LINARES NOCI, R., «La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *RCDI*, 1988, p. 1521 y 1522; RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición... cit.*, p. 269; VIVAS TESÓN, I., *op. cit.*, 765.

desheredación injusta de suerte que la legítima perjudicada en los supuestos de omisión intencional es, «análogamente a lo considerado para la desheredación injusta, la denominada legítima corta y no la global»³⁹.

Al respecto se pronuncia el TS en la ya mencionada sentencia de 9 de julio de 2002 quien concluye que «*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 decisión, fue 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*».

Se apoyan también, los defensores de la postura mayoritaria, en la dicción del artículo 808 CC por cuanto permite al testador disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Es por ello que el descendiente legitimario que concurre con otros descendientes legitimarios sólo tiene derecho, contra la voluntad paterna, a su legítima estricta. Fuera de ese límite, la voluntad del testador es ley de sucesión según determina el artículo 675 CC y, por lo tanto, resulta preciso que esta sea respetada. En el caso que se nos presenta, resulta claro que la voluntad del testador quiso privar de todo al legitimario y este deseo debe respetarse en lo posible, no atribuyendo al preterido la mejora que claramente se quiso dejar a los otros legitimarios instituidos⁴⁰.

Resulta interesante el análisis que hace al respecto RIVERA FERNÁNDEZ, quien distingue en función de si el testador dispone de la totalidad de la mejora, ya sea de forma expresa o tácita, o si por el contrario el causante dispone solo de parte del tercio de mejora. Considera el autor que cuando se dispone de todo el as hereditario, necesariamente se está disponiendo del tercio de mejora a favor de todos o algunos de los herederos forzosos, incluso si así no lo dispusiera expresamente el causante, pues nada impide en nuestro Derecho sucesorio la existencia de mejoras tácitas, siendo este un buen ejemplo de ello. Pues bien, en el primer supuesto, la asignación correspondiente al preterido

39. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición... cit.*, p. 270. No obstante, apunta el profesor LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.*, p. 441 que «a esta legítima (corta o individual) se le deberá añadir, en determinados supuestos, la parte de la legítima de la que el testador puede disponer en concepto de mejora a favor de sus hijos o descendientes y que efectivamente no ha sido empleada para mejorar».

40. STS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 8937); RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Comentario...», *cit.*, p. 846. El autor añade al respecto (en *La preterición... cit.*, p. 271, nota a pie nº. 12, p. 271) que la voluntad del testador es ley de la sucesión y tiene un valor casi sacramental en la dicción del artículo 814.4 del Código civil cuando señala: «A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador».

intencionalmente sería la porción que le corresponde de la legítima estricta pues es lo más acorde a la voluntad del testador que puso de manifiesto al preterir intencionadamente y mejorar expresa o tácitamente al resto de los herederos forzosos. Entiende el autor que con este tipo de disposición el causante está demostrando su voluntad de desigualar al omitido respecto de los demás legitimarios. No puedo sino mostrar mis dudas ante tal afirmación. Entender que cuando el testador dispone de todo el as hereditario sin mejorar a ningún heredero forzoso, lo que realmente está haciendo es mejorarlos tácitamente me resulta un tanto forzado, pero en ello entraré más a fondo a continuación. Vayamos al segundo supuesto al que apunta el autor, y es que afirma que, si por el contrario el causante dispone de sólo parte del tercio de mejora, en este caso, no habría voluntad, ni expresa ni tácita, de desigualar (lo cual resulta «necesario para que la legítima se descomponga en dos hipotéticos tercios, de estricta y mejora») de suerte que el legitimario preterido participaría en todo lo que constituye legítima global y no sólo en lo que correspondería del hipotético tercio de legítima estricta, ya que, lo que no se ha dispuesto como mejora, continúa siendo legítima⁴¹.

Personalmente no tengo nada clara la postura seguida por el sector mayoritario de la doctrina y jurisprudencia.

Es cierto que una omisión deliberada del descendiente por parte del testador nos lleva a considerar que, interpretando la voluntad del causante, esta fue privar de todos sus derechos legitimarios al heredero forzoso. Ahora bien, creo que no debemos quedarnos en esta primera impresión, sino que debemos ir más allá pues existen razones, a mi parecer de peso suficiente, para poder concluir que la porción de legítima que debe atribuirse al preterido en el supuesto que aquí se está tratando, debe ser la legítima larga.

Efectivamente, estoy segura de que si pudiéramos preguntar al testador qué parte quiere que se le deje al omitido intencionadamente, su respuesta sería que nada, o de no ser posible, querría dejarle lo mínimo, de ahí que se pueda considerar acertada la línea doctrinal mayoritaria. Ahora bien, no debemos obviar que la voluntad de aquel no es ilimitada. La voluntad del testador, si bien es ley fundamental en Derecho sucesorio, cede ante la legítima, la cual debe ser respetada por el causante incluso en contra de sus deseos. Así lo dispone el Código civil cuando define la legítima como «la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos». Dicho esto, la ley establece que la legítima de los hijos o descendientes es de dos tercios y en consecuencia esta es la porción que debe protegerse con la institución que

41. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición... cit.*, pp. 271 y 272.

aquí se está estudiando⁴². Es cierto que el artículo 808 CC permite al causante «disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes»⁴³, pero no es menos cierto que, en el supuesto en que el testador no hubiera hecho uso de su facultad de disponer de la parte de legítima destinada a la mejora, entonces dicha porción resulta inalterada como tal legítima. A tal efecto, dispone nuestra doctrina que «lo que no es mejora es legítima»⁴⁴ y creo que esta afirmación resulta perfectamente extrapolable a la situación aquí descrita.

Coincido plenamente con las palabras de ARANA DE LA FUENTE, cuando manifiesta que «si el ascendiente no dispone del tercio de mejora, o en la medida en que no lo haga, dicha porción queda sometida el régimen jurídico de la legítima estricta, es decir, a su distribución forzosa y paritaria entre los descendientes de grado más próximo. Suele así afirmarse que ley configura un tercio de mejora, pero mejora sólo existe si el ascendiente hace uso efectivo de esa facultad; de lo contrario, el tercio de mejora no adquiere sustantividad propia y la legítima de los descendientes es de dos tercios del caudal»⁴⁵.

42. Artículo 808.1 CC: «Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores».

43. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 823 CC, en virtud del cual «El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a la legítima».

44. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, p. 270; En este mismo sentido se manifiesta el profesor LACRUZ BERDEJO, J. L., quien, a mi entender bajo la afirmación: «el preterido no obtendrá sino su legítima estricta (incluida la parte del tercio de mejora no empleada en mejorar)» (*op. cit.*, p. 4440), no está sino llegando a la conclusión que yo defiendo, pues bajo esta afirmación debe considerarse que, si el causante no dispuso del denominado tercio de mejora, entonces el preterido intencionalmente tiene derecho a su parte de mejora.

45. ARANA DE LA FUENTE, I., «Notas sobre la mejora tácitas», *Estudios de Derecho de sucesiones, Liber Amicorum T.F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, p. 168. En este sentido cabe citar también al profesor DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al artículo 808 del Código civil», *Comentarios al Código civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 926 por cuanto manifiesta que: «sólo hay mejora cuando el tercio de mejora o una parte de éste se utiliza para atribuir a unos una porción mayor que a otros (...). Sólo tendrá la consideración de mejora la parte del tercio utilizada efectivamente para desigualar. El resto tiene la consideración de legítima estricta. (...) Como sólo puede utilizarse como máximo un tercio en concepto de mejora se habla del tercio de legítima estricta como la parte absolutamente indisponible de la legítima de los descendientes, que debe ser objeto de reparto igualitario y que, por regla general, no es susceptible de gravamen. Ahora bien, tienen la consideración de legítima estricta tanto ese tercio como la parte del tercio de mejora no utilizada como mejora efectiva. Si no hay mejora, los dos tercios de legítima se distribuyen por igual entre todos los legitimarios».

En contra de lo manifestado por la STS de 9 de julio de 2002, tantas veces citada en este trabajo⁴⁶, no es cierto, desde mi punto de vista, que la parte de legítima larga corresponda a la libre disposición del causante. Sólo si el causante expresamente hace uso de ella se puede valer de este tercio para mejorar a hijos o descendientes, en caso contrario seguirá considerándose legítima y así lo establece la ley.

Si como se viene afirmando en el presente trabajo la preterición intencional es una institución protectora de la legítima, y si según lo dispuesto en los párrafos anteriores esta constituye las dos terceras partes del haber hereditario, entonces esta y no otra es la porción que debe protegerse con la institución que aquí se está estudiando; a no ser que, claro está, el testador se hubiera servido del tercio de mejora, en su totalidad o en parte, en favor de algún hijo o descendiente. En el primer caso, el omitido intencionalmente sólo tendría derecho a parte que le corresponde del tercio de legítima estricta y en el segundo tendría derecho a esta y a la parte de mejora de la que no se hubiera servido el testador.

Sinceramente opino que lo contrario equivaldría a admitir la existencia de una mejora tácita a favor del resto de los descendientes que no fueron preteridos, lo cual resulta contrario al sistema general del Código civil que muestra un claro rechazo a las mejoras tácitas en los artículos 825 y 828 CC al exigir que estas deban ser expresas. Ello, no obstante, nuestro ordenamiento jurídico admite dos claros supuestos de mejora tácita en los artículos 828 *in fine* CC, en virtud del cual sería mejora tácita la parte del legado que «no quepa en la parte libre»; y en el artículo 782.2 CC respecto de las sustituciones fideicomisarias que graven el tercio de mejora.

Cierto es que la admisión de las mejoras tácitas es un tema nada pacífico entre nuestros autores. No existe en nuestra doctrina ni en nuestra jurisprudencia unanimidad a la hora de esclarecer la admisibilidad de las mismas.

Hay autores que, sin embargo, consideran que el tercio de mejora sea propiamente legítima. Entre estos destacamos a GARCÍA CANTERO, G. «Estudio dogmático sobre la mejora», *RDP*, octubre 1949, pp. 810 y ss.; VALLET GOYTISOLO, J. B., (*Estudios de Derecho sucesorio*, Montecorvo, Madrid, 1981, pp. 80 a 83) considera que la mejora no es legítima técnicamente hablando, concluye al respecto que tiene carácter de legítima frente a extraños, pero no frente a los descendientes legitimarios. Consideración esta que no comparto bajo el fundamento del tratamiento que de ella hace el Código civil.

46. Dice la sentencia que: «*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 decisión, fue 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*».

Ahora bien, existe una tendencia, con la que me puedo mostrar de acuerdo, a admitirlas a través de la interpretación de la voluntad del testador siempre y cuando no quepa la menor duda acerca de que el causante quiso o tuvo la voluntad de mejorar⁴⁷.

Tal es el caso por ejemplo de la STS 29 julio 2013 en la que el Alto Tribunal opta, ante el silencio del testador, por calificar como mejora la donación *inter vivos* hecha por el causante a su hijo con dispensa de colación. En el pleito que da origen a la sentencia, el nieto del causante insiste en que las donaciones realizadas por su abuelo fueron nulas de pleno derecho por tener por finalidad perjudicar su legítima. Argumenta, en base a la literalidad del art. 825 CC que las donaciones no pueden entenderse mejora salvo expresa voluntad del testador, aduciendo que dicha voluntad expresa de su abuelo no existió, razón por la cual el tercio de mejora, según el recurrente, debía repartirse al cincuenta por ciento entre los legitimarios. Sin embargo, el Tribunal Supremo hace una interpretación amplia de lo que es voluntad expresa, y concluye que existe una voluntad inequívoca de mejorar al hacerse en la donación expresa dispensa de colación ex art. 1036 CC. «*queda patente que se pretende un beneficio exclusivo para ese legitimario, que resulta mejorado*», siendo, pues, una manifestación de una voluntad tácita del disponente a favor de la mejora, lo que resulta confirmado por los testimonios sustentados por los contadores partidores, y las pruebas testificales. Siguiendo esta corriente flexibilizadora, el Tribunal Supremo viene considerando que no es necesario que el testador utilice expresamente la expresión mejora, siempre y cuando se deduzca inequívocamente su voluntad de mejorar⁴⁸.

Contrariamente a lo anterior, la STS de 17 de septiembre de 2019⁴⁹ en relación a un supuesto de donación, efectuada por el testador a favor de un hijo que renunció a la herencia, falla disponiendo que «*no cabe considerar tal donación como una mejora tácita o presunta que se impute al tercio de libre disposición y en lo que no quepa en el mismo en el de mejora para corresponder a los otros hermanos exclusivamente la legítima estricta: no consta exteriorizada la voluntad*

47. RODRÍGUEZ MARÍN, C., «La mejora tácita de los descendientes: un análisis jurisprudencial», Estudios de Derecho de sucesiones, Wokers Kluwer, Madrid, 2014, p. 1267.

48. Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al artículo 825 del Código civil», *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 944. En idéntico sentido se manifiesta, entre otras, la STS de 19 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3343). En base a esta argumentación mantiene el citado autor que en los casos de desheredación injusta y de preterición intencional la jurisprudencia sólo concede al desheredado o preterido lo que por legítima estricta le corresponde, aunque nada hubiera previsto en el testamento. Todo ello sin perjuicio de que este fuera el único desheredado en cuyo caso recibirá la porción de legítima larga.

49. STS 17 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3619).

del testador de mejorar al recurrente conforme al art. 825 CC. ni el testamento contiene dispensa de colación». Ello no quiere decir, sin embargo, que en este caso el Supremo se muestre contrario a esa corriente flexibilizadora en pro de las mejoras tácitas cuando se deduzca, de forma inequívoca, que la voluntad del causante ha sido la de mejorar a algún hijo o descendiente. En realidad, esta sentencia asume la doctrina de la STS de 29 de julio de 2013, pero entiende que «en este caso, no concurre identidad de razón entre los elementos fácticos y los jurídicos de la precitada sentencia (STS 536/2013), con los que conforman el supuesto litigioso que enjuiciamos en este proceso, toda vez que, de la donación efectuada por el causante al demandado y de su testamento, no consta exteriorizada una voluntad de mejorar al recurrente. En efecto, la donación litigiosa no contiene dispensa de colación, a diferencia del supuesto contemplado en la sentencia de fundamento del recurso formulado, ni existe unidad causal entre las donaciones efectuadas y la declaración testamentaria. Tampoco los mentados actos jurídicos del causante contienen una auténtica partición de sus bienes, ni contamos con testimonios integrativos de la voluntad del padre de los litigantes».

Siguiendo las palabras de VALLET DE GOYTISOLO⁵⁰, con el que coincido plenamente, realmente lo que nuestro Código ha eliminado son las mejoras presuntas o meramente conjeturables, entendiendo por tales aquellas en las que no parece seguro que el causante tenga voluntad de mejorar o, dicho de otro modo, «las inducidas de la voluntad del causante, cuya intención de mejorar podrá presumirse con mayor o menor grado de probabilidad, pero no con absoluta certeza»⁵¹. Así las cosas, el autor, al igual que un importante sector de nuestra doctrina, aboga por la admisión, en muchos casos, de las mejoras tácitas, entendiendo por tales las que, pese a no haberse utilizado el término mejorar, aparece claramente que esa fue la voluntad del testador. Así, por ejemplo, en los supuestos de donación con dispensa de colación, si lo donado excediera de la legítima del donatario y no cabe en la parte de libre

50. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios... cit.*, pp. 101 y ss.; ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, en la obra de Theodor Kipp, Derecho de sucesiones, en Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolf, Martín, Tratado de Derecho civil, t. V, Derecho de sucesiones*, vol. I (segunda edición), Bosch, Barcelona, 1976, pp. 173 y 174. En la misma línea se manifiesta la profesora NIETO ALONSO, A., («La interpretación y calificación como mejora tácita de disposiciones “inter vivos” y “mortis causa”», *Actualidad jurídica Iberoamericana*, n. 20, febrero 2024, p. 736) quien considera que «en lugar de polemizar acerca de las mejoras tácitas, tal vez sea cuestión de no admitir mejoras presuntas y de no acudir a simples conjeturas acerca de la voluntad del causante; pero sin eliminar la posibilidad de mejoras tácitas, es decir, donaciones que en la *mens testatoris* se hacen con la voluntad de mejorar al donatario, incluso, aunque no se hubiera utilizado expresamente la palabra mejora».

51. ARANA DE LA FUENTE, I., *op. cit.*, p. 175.

disposición puede entenderse que claramente el testador ha querido mejorar al legitimario. En la misma línea ROCA SASTRE considera, a la vista del artículo 825 CC, que «este aserto de que el Código civil ha suprimido la mejora tácita no es cierta, pues ello supone la confusión de lo tácito con lo presunto» y opta por criticar que el mencionado texto legal no se hubiera expresado mejor en vez de limitarse a disponer que no se admite la mejora presunta, es decir, la que no parece evidente que el testador ha tenido voluntad de mejorar.

Hasta aquí coincido plenamente con lo manifestado, ahora bien, ¿realmente el supuesto que estamos tratando es una mejora tácita o por el contrario constituye una mejora presunta o conjeturable? Si el testador omite intencionalmente a un hijo o descendiente, ¿debemos entender que quiere mejorar al resto o realmente lo que quiere es que el preterido no llegue a heredar? Dicho de otro modo, ¿esta preterición encierra realmente un deseo de mejorar al resto de los descendientes por parte del causante? Me pregunto si al admitir que en este caso lo que en realidad se produce es una mejora de los legitimarios no preteridos no se estará aceptando una mejora presunta y, por ende, haciendo una labor de integración del testamento en contra de las exigencias de la ley. No podemos olvidar que nos encontramos en el ámbito de la sucesión forzosa donde el respeto a la legítima ha de ser el centro de cualquier interpretación.

Resulta interesante traer a colación la STS de 23 de enero de 1959⁵², que, si bien es relativa a un supuesto de desheredación injusta, creo que dada la identidad o similitud entre esta y la preterición, bien puede ser mencionada en el presente trabajo. El objeto de litigio, sentenciada improcedente la desheredación de la actora, recae sobre las consecuencias, jurídicas y económicas que se derivan de la mentada improcedencia, en cuanto a la participación en el haber hereditario del testador, es decir, recae concretamente sobre la interpretación que ha de darse al artículo 851 CC. A tal efecto, si bien el Tribunal no se refiere expresamente a la existencia de mejora tácita, opta, sin embargo, por otorgar a la desheredada injustamente sólo lo que por legítima estricta le corresponde, y lo decide así porque a su parecer resulta indudable que «*la voluntad expresa de este (el testador) de desheredar totalmente a un hijo, incluye la desheredación parcial, en aquella parte (tercio de mejora) cuya atribución a este depende, conforme a la ley, de su libérrima voluntad, taxativamente contraria a tal atribución en el caso que se resuelve*»⁵³. Lo cierto es que me llama poderosamente la atención que el Supremo dirima que no hay mejora tácita y,

52. STS de 23 de enero de 1959 (RJ 1959, 125).

53. LACRUZ BERDEJO, J. L. (*Elementos ... cit.*, p. 449). La sentencia ha sido criticada también por MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Notas sobre la voluntad del testador», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, 2002, pp. 170 a 174.

sin embargo, prive al desheredado injustamente de la porción de mejora. Una vez más vuelvo a preguntarme si el Alto Tribunal no estará haciendo una labor integradora de la voluntad del testador. Y si mi conclusión es esta en materia de desheredación injusta, en la que al final es cierto que el testador expresa su voluntad de excluir al hijo o descendiente; con mayor razón me manifiesto en dichos términos en sede de preterición en la que no olvidemos que el omitido no ha sido privado expresamente de nada. Coincido plenamente con el profesor LACRUZ BERDEJO quien no ha dudado en criticar esta sentencia habida cuenta que le parece ciertamente dudoso que una voluntad injusta expresada tenga efectos dispositivos implícitos. Añade además que el testador ha podido relegar al legitimario a su posición estricta con solo ordenarlo así.

En conclusión, y para ir terminando ya con este apartado, me reafirmo en mi opinión de que cuando el preterido intencionalmente fuera hijo o descendiente del testador y concurriera a la sucesión con otros hijos o descendientes no mejorados, la porción correspondiente al omitido sería la legítima larga. Ello es así sin que podamos entender que esta afirmación contraría la voluntad del testador, ley suprema del Derecho de sucesiones. Frente a la consideración de que la postura que aquí defendiendo iría en contra de la voluntad del testador que es la ley prevalente en materia sucesoria, que fue no reconocer al heredero forzoso más que lo rigurosa y estrictamente reconocido por ley, considero que lo que realmente quiso el testador es privar al hijo o descendiente de toda la herencia, en caso contrario le habría otorgado su legítima por alguna de las vías admitidas en Derecho y, sin embargo, no lo hizo.

Una vez más me reafirmo en que lo rigurosamente reconocido por ley, a falta de mención expresa de mejora es la legítima larga, precisamente esta solución resulta más respetuosa con la voluntad del testador, quien si hubiese querido mejorar a alguno de los legitimarios lo hubiera hecho y sin embargo omitió este extremo. A mi entender la ley es clara en cuanto a la porción de legítima que corresponde a hijos y descendientes. El legislador, concedor de la porción de legítima correspondiente a los hijos y descendientes, así como de la necesidad de mención expresa de la mejora para que sea tal, pudo haber estipulado expresamente que de darse el supuesto de hecho previsto por el artículo 814.1 del Código civil la legítima correspondiente al omitido la legítima que le debería corresponder es la estricta y sin embargo no hizo esta aclaración. Por tanto, no podemos nosotros limitar derechos que la ley no limita.

3.2. LA PRETERICIÓN NO INTENCIONAL

La preterición no intencional, de hijos o descendientes tiene lugar cuando estos son omitidos por el testador de modo involuntario, es decir, sin voluntad

de privar al legitimario de su herencia forzosa, ya sea porque el testador ignora su existencia al tiempo de hacer testamento, ya sea porque no contempla los posibles hijos futuros y una vez hecho el testamento tiene hijos que no fueron tenidos en cuenta en el mismo pero sin que su conducta se deba al deseo de privar de sus derechos hereditarios a sus descendientes⁵⁴.

A mi parecer, la regulación que el artículo 814.2 CC hace de la preterición no intencional tiene su base en una interpretación de la voluntad hipotética del causante. Efectivamente, el Código civil tiene en cuenta que esta voluntad no se ha formado correctamente, ya sea por error o ignorancia, y es por ello por lo que da acceso al preterido a la cuota intestada porque esa es la que habría dispuesto presumiblemente el testador. La ley no viene sino a presumir que si el testador hubiera conocido la existencia de legitimarios-descendientes o hubiese previsto la posibilidad de su existencia, habría otorgado otro testamento. En definitiva, estamos ante un supuesto de interpretación integrativa, en el que la ley regula las consecuencias del error por parte del testador o del cambio de circunstancias que fueron determinantes a la hora de expresar su voluntad⁵⁵.

Es por ello por lo que, frente a la intencional, cuya finalidad es asegurar al legitimario preterido la percepción de su legítima, en la errónea, la finalidad es, además de asegurar dicha percepción, anular ciertas disposiciones testamentarias bajo la presunción dicha. Eso es así, pero no con carácter imperativo, sino que debe matizarse en función de la voluntad del testador tal

54. En estos términos se manifiesta VATTIER FUENZALIDA, C., en «Comentario al artículo 814 del Código civil», *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 933, afirmando que: «la preterición no intencional presupone un grave defecto en la formación de la voluntad del testador puesto que ignora, desconoce o no ha previsto la existencia sobrevenida de nuevos descendientes que, si afecta a todos, causa la nulidad de las disposiciones patrimoniales, mientras que, si afecta a algunos de ellos, la nulidad sigue el mismo orden que en la preterición intencional, con la especialidad de que la institución de heredero a favor del cónyuge se invalida solamente en la medida en que perjudique a la legítima».

55. Añado en mi trabajo sobre «La integración del testamento», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 20, febrero 2024, p. 830) El art. 814.2 CC, de aplicación preferente al art. 767.1 CC por tratarse de una norma especial, regula las consecuencias de dicho error o cambio de circunstancias imprevisto y que fueron determinantes para la voluntad del causante expresada en testamento. Así las cosas, la ley parte de la voluntad hipotética procediendo a anular en todo o en parte las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial en aras a garantizar la voluntad del testador respecto de los hijos en tanto en cuanto estos son herederos intestados; *Vid.*, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Notas sobre la voluntad del testador», *cit.*, pp. 154 y 155; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio...* *cit.*, p. 213.

como se desprende del último párrafo del art. 814 CC en virtud del cual «a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador». Es decir, en la medida en que los efectos que se siguen de la preterición errónea resulten claramente contrarios a la presunta voluntad del testador, estos efectos deberán de ser otros. Consecuentemente, la preterición errónea obedece a la ignorancia del legitimario o a la falta de previsión de futuro no contemplándose la posibilidad de tener hijos en el futuro⁵⁶.

Contrario a la afirmación de que la intencionalidad o no de la preterición viene establecida por la voluntad del testador de privar al heredero forzoso de la legítima, se ha manifestado que la ausencia de dicha intención no es verdaderamente lo que caracteriza la no intencional. Lo que en realidad caracteriza la no intencional es que «haya mediado error o ignorancia en el testador en cuanto a la existencia del hijo o descendiente»⁵⁷.

El momento al que hay que atender para calificar la preterición como intencional o errónea es el momento de otorgar testamento. En base a ello, la doctrina del Tribunal Supremo señala, respecto de los hijos nacidos después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición aun cuando el testador fuera conocedor de su existencia antes fallecer. En tal sentido se manifiesta la STS de 31 de mayo de 2010⁵⁸ que, siguiendo la doctrina sentada por nuestra jurisprudencia manifiesta lo siguiente:

56. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *op. cit.*, pp. 136 y 137 apunta al hecho de que la regulación de la preterición no intencional resulta aparentemente contradictoria dados los artículos 814.2 y 814.5 CC.

57. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *op. cit.*, p. 141.

58. STS de 31 de mayo de 2010 (RJ 2010, 2653). En el mismo sentido se manifiesta reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal supremo. Al igual que la descrita, mantiene (entre muchas otras) la STS de 22 de junio de 2006 (RJ 2006, 3082) en relación con la calificación jurídica de la preterición que *«la preterición se produce si en el testamento se omite al legitimario, sin importar que, en la apertura de la sucesión, producida por la muerte del causante, ésta haya sabido o no de la existencia de aquel. No se tiene en cuenta la preterición al tiempo de la muerte del causante, según conozca o no de la existencia del legitimario, sino al tiempo del testamento. En consecuencia, se estima que en el presente caso el testador omitió al único legitimario, su hijo, en el testamento ignorando su existencia y, cuando la supo no lo modificó y quedó viciado de preterición errónea con el importante efecto (...). Con ello la presente resolución no hace sino seguir la doctrina jurisprudencial que plasman las sentencias de 30 de enero de 1995 y 23 de enero de 2001. La primera dice textualmente “preterición no intencional de la heredera forzosa nacida con posterioridad a su otorgamiento”. Y desarrolla la segunda: “en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada ex re ipsa”. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel*

«La finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador (...). Lo importante y esencial Lo importante y, esencial en el presente caso, es conocer el momento en que se debe saber cuál es esta voluntad real. Y este momento es aquel en que declaró su voluntad, otorgando el testamento. Este es revocable hasta el momento mismo de la muerte: ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum, pero la revocación es precisa para conocer la voluntad real al tiempo de otorgarlo. El testamento se perfecciona en el momento de su otorgamiento, mediante la emisión de la declaración de voluntad no recepticia. Es un negocio jurídico unilateral y no recepticio, por lo que su interpretación debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de su muerte: (...). y la no intencional o errónea, cuando el testador omitió la mención de legitimario hijo o descendiente ignorando su existencia, siempre al tiempo de otorgar testamento (así la distinguen las sentencias de 30 de enero de 1995, 23 de enero de 2001 y 22 de junio de 2006)».

Solución esta que personalmente me parece, en determinadas ocasiones, cuestionable. Considerar el momento de hacer testamento el idóneo para calificar si la preterición es o no intencional puede resultar, a mi modo de ver, poco respetuosa con la verdadera voluntad del testador. Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de un hijo no pueda servir, como acabamos de ver en las sentencias citadas, de elemento interpretativo me parece, en el menor de los casos, poco respetuoso con la voluntad del causante. En efecto, frente al caso, tal vez más común, en que el testador desconoce, al tiempo de hacer testamento la existencia de su hijo, existen otros supuestos en los que cabe plantearse si efectivamente el momento idóneo para calificar la intención del causante lo constituye el tiempo de hacer testamento. Me refiero aquí a los supuestos de los hijos *cuasipóstumos*, los póstumos o nacidos tras la muerte del causante y, por último, los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.

Nos planteamos bajo este epígrafe qué ocurre cuando el testador tiene un hijo o descendiente después de testar, pero antes de su muerte, ya sea porque ha nacido después, ha sido adoptado o reconocido después del testamento, o porque la filiación se ha impuesto a resultas de un proceso judicial posterior, y pese a ello, no modifica el testamento.

Realmente, presuponer que, nacido un hijo tras haber hecho testamento y muerto el testador, por ejemplo 20 años después del nacimiento sin haber

otorgamiento» y respecto al caso que contempla, añade «Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de su sexto hijo en el año 1991 no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria expresada el 2 de diciembre de 1998».

modificado su voluntad *post mortem* equivale a una preterición no intencional no se corresponde con su verdadera voluntad. Ciertamente, si como hemos dicho antes la preterición intencional consiste en la omisión de un legitimario cuya existencia conoce el testador, creo que en el supuesto planteado no puede seguirse otra consecuencia que la preterición es de naturaleza intencional. Es cierto que en ocasiones puede resultar más complicada esta calificación, pero si de lo que se trata es de seguir la voluntad del causante, apoyarnos en que la intencional tiene unos efectos menos agresivos no es razón de peso para realizar una correcta interpretación de esta. Habrá que estar al caso concreto para intentar conocer cuál fue la verdadera intención del testador al omitir a su hijo o descendiente.

A mi modo de ver, la inactividad del testador ante el cambio de circunstancias se puede entender como un deseo de mantener la eficacia de una disposición testamentaria que, si bien en su momento se realizó así por desconocimiento, a su muerte hay una intención. Los actos del testador posteriores al otorgamiento del testamento, consistentes en la no modificación del mismo son a mi entender un elemento esclarecedor de su voluntad y, por ende, deben ser tenidos en cuenta a la hora de calificar la preterición de intencional o errónea.

Es cierto que al ser el testamento un negocio *mortis causa*, que se perfecciona con la emisión de la voluntad del causante y despliega su eficacia al momento de la muerte, la voluntad real es la del momento en que emite su declaración o lo que es lo mismo, en el momento en que otorga testamento. Tras ese momento, las circunstancias pueden haber cambiado pero el testador puede revocarlo y otorgar un nuevo testamento⁵⁹. A tal efecto, huelga mencionar la STS de 23 de enero de 2001⁶⁰ que concluye que, en materia de interpretación

59. DÍAZ DE LEZCANO, I., «La interpretación testamentaria en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo», *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, t. IV, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 5201.

60. STS de 23 de enero de 2001 (RJ 2001, 997) concluye, tras lo expuesto supra que «En definitiva, ha de entenderse:

a) *Que el causante no se hallaba animado de especiales intenciones en cuanto a su hijo extramatrimonial, en el momento de expresar su última voluntad ante el Notario autorizante de su único testamento. Simplemente, no podía presumir que llegase a producirse su nacimiento, por lo que la no referencia al mismo es lógica y su preterición debe ser calificada de no intencional.*

b) *Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de su sexto hijo en el año 1991 no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria expresada el 2 Dic. 1988. Por lo tanto, únicamente puede afirmarse que D. Fernando Javier —fuera o no conocedor de las consecuencias jurídicas de su conducta— se limitó a dejar las cosas como estaban y, pudiendo hacerlo, no volvió a testar al objeto de establecer diferencias en cuanto a las porciones hereditarias correspondientes a uno y otros hijos. Este silencio ha de interpretarse*

de la voluntad del testador, «*ha de estarse a la formada en atención a la realidad que pudo contemplar al tiempo de otorgarlo*». En esta línea, manifiesta el Tribunal Supremo que «*resulta difícil interpretar un testamento teniendo en cuenta hechos que ocurren o actitudes que se adoptan o se omiten varios años después de su otorgamiento*». Es por ello por lo que considera «*inadmisible valorar la inactividad testamentaria de D. Fernando Javier entre el 13 Feb. 1991 y el 5 Feb. 1994 como producto de su deliberada voluntad de reducir a su hijo extramatrimonial a la legítima estricta que pudiera corresponderle, lo que convertiría en intencional su pretensión. Muy al contrario, según pacífica doctrina, en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada ex re ipsa. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento (...)*».

En la misma línea se manifiesta la práctica totalidad de nuestra doctrina⁶¹, con la que hoy muestro mi desacuerdo, habida cuenta al momento de testar hay ignorancia y, dado que ese es el tiempo a tener en cuenta para valorar la voluntad del testador, la respuesta debe ser que la preterición debe ser calificada de no intencional.

Por lo dicho, me reafirmo en lo manifestado en páginas anteriores y es que tal vez más que la intención, para calificar la preterición como intencional o errónea, lo que realmente se tiene en cuenta (y así lo manifesté en páginas anteriores) es el conocimiento al tiempo de hacer testamento.

Quien defienda la existencia de una preterición no intencional debe probar el desconocimiento por parte del testador de la existencia o concepción del legitimario al tiempo de hacer el testamento, para lo cual se admitirán medios extrínsecos al testamento. Obviamente este desconocimiento resulta demostrado, en principio cuando los hijos se conciben una vez otorgado el testamento o este se otorga sin saber que el hijo estaba ya concebido. La cuestión se complica en el caso de que, por ejemplo, la testadora haga testamento estando embarazada y pese a ello no contemple al futuro hijo, en cuyo caso entiendo

como conformidad de que se produjera el efecto que las leyes establecen para tales casos, que no es otro que el prevenido en el segundo párrafo, supuesto segundo del art. 814 del Código Civil, como acertadamente ha entendido el Tribunal de instancia».

61. *Vid.*, entre otros muchos, *Vid.*, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *op. cit.*, 2004, p. 184; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, considera al respecto que las disposiciones inválidas no se convalidan por no ser revocadas, por consiguiente, no importa la voluntad posterior del testador si no ha sido manifestada en el testamento («Notas sobre la voluntad del testador», *RJUAM*, núm. 6, 2002, p. 177); DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La voluntad del testador deducida de testamentos revocados o de falta de revocación del último», *RDP*, núm. 3, mayo-junio 2023, pp. 77 y ss.

que hay argumentos de peso para considerar que la omisión fue voluntaria o intencional. Lo mismo ocurre respecto del hombre que hace testamento a sabiendas de que su mujer está embarazada o teniendo la certeza de que el hijo es suyo (presunción de paternidad del marido art. 116 CC). Ciertamente esta consideración resulta más acorde a la voluntad del testador que sabiendo de la gestación ha optado por omitir al concebido en su testamento. A la misma solución y por las mismas razones entiendo que debe considerarse intencional la omisión del posible hijo que pudiera tener *post mortem* por parte del hombre que autoriza que su esposa sea inseminada con su material reproductor *post mortem* siempre y cuando el consentimiento lo hubiera prestado con anterioridad al otorgamiento del testamento.

Ante la preterición no intencional, la ley tiene en cuenta la más verosímil y presumible voluntad del causante de modo que, si el testador desconocía la existencia de todos los legitimarios manda anular todas las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial (ya sea institución de heredero, legados, sustituciones fideicomisarias, etc.) de suerte que los preteridos, más allá de ver cubierta su legítima, recibirán su cuota intestada. Si, por el contrario, sólo desconocía la existencia de alguno o algunos de los legitimarios, se anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y legados en tanto que estos no perjudiquen a la legítima. Y es que, en la preterición intencional o errónea las consecuencias son más graves que en la intencional, pues la omisión no intencional no es un problema de falta de cobertura de la legítima, sino un defecto de voluntad del testador. La ley presume que el testador, de haber sabido la existencia del hijo o descendiente, no se habría limitado a dejarle la legítima. Lo que se protege pues es la cuota intestada que es la que recibiría el hijo si no hubiera testamento y un testamento con preterición no intencional no deja de ser un testamento defectuoso, ya sea por error ya por imprevisión⁶².

4. EL ARTÍCULO 814.3 CC: UN SUPUESTO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA

Finalizo mi trabajo analizando brevemente el tan conflictivo artículo 814.3 CC. A tal efecto, y con ánimo de no alargar demasiado este epígrafe, me limitaré a señalar los problemas fundamentales en torno al precepto y lo que, a mi parecer es la solución. Para un análisis más detallado me remito a la obra que en su día publiqué sobre este asunto⁶³.

62. BOTANA GARCÍA, G. A., «La preterición», *AC*, vol. 2, núm. 15, 2004, pp. 1821 y ss.

63. MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., *El derecho de representación en la sucesión testada*, Aranzadi Thomson-Reutres, Cizur Menor, 2009, pp. 131 y ss.

Partimos para ello de la dicción del artículo 814.3 CC que, introducido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, reza así: «Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a este en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos».

Antes de la mencionada reforma, el precepto analizado en este trabajo no contenía previsión alguna para el supuesto en que el legitimario no preterido hubiera premuerto al testador. Surge entonces la cuestión de determinar qué derechos han de ser atribuibles a los descendientes del hijo premuerto, ya que en esa época era desechada una posible aplicación del derecho de representación en la sucesión testada para el citado supuesto. La ubicación de los preceptos reguladores de esta figura, situados en el capítulo del Código civil dedicado específicamente a la sucesión intestada, parecía indicar que sólo en esta era de aplicación el derecho de representación. Ante tal escenario, sólo quedaba considerar preterida a la estirpe del hijo premuerto. El nuevo precepto, preocupado por los descendientes de los hijos premuertos y, en aras a evitar pretericiones complicadas, les confiere un derecho de representación en virtud del cual no serán considerados preteridos. Es así como esta norma, de carácter fuertemente innovador en su tiempo vino a reabrir la polémica en torno a si el derecho de representación, a pesar de su ubicación teleológica y sistemática, tenía cabida en el ámbito de la sucesión testada. Y es que antes de la mencionada reforma, la doctrina había llegado a una cierta armonía en cuanto a la inadmisión del derecho de representación en la sucesión testada, habida cuenta que su función era cumplida por la sustitución vulgar⁶⁴.

Como estaba diciendo, hasta la fecha de la reforma, la omisión en el testamento del abuelo de los nietos, hijos de un hijo premuerto, constituía un claro supuesto de preterición que se regía por lo dispuesto en el artículo 814 CC en virtud del cual, omitido el heredero forzoso en línea recta, se debía dar entrada en la herencia al legitimario preterido a través de la sucesión intestada⁶⁵. De

64. Compartían esta postura, entre muchos otros, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos», *RDN*, enero-marzo 1955, pp. 17 y ss.

65. La doctrina mayoritariamente lo entendía de este modo. En este sentido *vid.*, entre otros, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer, t. I, Las legítimas*, vol. 1, INEJ, Madrid, 1974, p. 627; ROCA SASTRE, R. M.^a, «El derecho de representación en la sucesión testada», *Estudios de Derecho privado, II*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 270 y 271; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El derecho de representación ...», *cit.*, pp. 29 y ss. En contra se manifiestan autores como SIERRA BERMEJO, L., «El derecho de representación en la sucesión testada», *AAMN*, 1948, pp. 465 y ss.; NOVOA SEOANE, R., «El derecho de representación según el Código

igual modo, la Dirección General de Registros y Notariado, en su resolución de 14 de agosto de 1959⁶⁶, ante un supuesto de omisión de un nieto, en el testamento de su abuela, nacido con anterioridad a la fecha de su otorgamiento, pero heredero forzoso por haber premuerto a la causante su instituido padre, falla en contra de la existencia de derecho de representación y declara la «*existencia de preterición al no haber instituido la causante en su testamento heredero a su nieto por haber fallecido el padre de éste después de otorgado aquél y antes que ella. Al no ser admitido el derecho de representación en la sucesión testada, el nieto de la causante que no fue llamado por sustitución en el testamento de su abuela no adquiere derecho alguno por dicho testamento siendo necesaria la declaración de herederos hecho a su favor por el Juez competente para que lo adquiera*». Lo entiende así, entre otras cuestiones, porque los artículos 761 y 857 CC, utilizados como argumentos favorables a la admisión del derecho de representación en el presente caso, «*aparte de no referirse al supuesto de premo-riencia, no significan otra cosa que el mero reconocimiento, innecesario sin duda, de la cualidad de herederos forzosos de los hijos del incapaz o del desheredado*». Añade la resolución mencionada que, de haberse optado por la solución contraria, «*se llegaría al absurdo de reconocer solamente, por vía de representación, a dichos herederos forzosos, la legítima estricta, olvidando que tal atribución es únicamente un mínimo legal y que, en el supuesto de preterición, el Código civil decreta en su favor la nulidad de la institución de heredero y la apertura de la sucesión intestada con las posibilidades de recibir una cuto mayor*». Contraria a esta resolución, el Tribunal Supremo falló en sentido opuesto en la sentencia de 6 de diciembre de 1952, considerando que no existía preterición de los nietos en el testamento de la abuela porque los hijos del premuerto heredaban por derecho de representación la legítima estricta correspondiente a su padre⁶⁷.

Sin ánimo de entrar en un análisis profundo de la cuestión, pues la limitación de espacio para este trabajo me lo impide y remitiéndome a lo que en su día escribí sobre el tema,⁶⁸ puedo concluir al respecto que el artículo 814.3 CC viene a resolver el problema planteado antes de la reforma respecto a la preterición de la estirpe del padre premuerto en el supuesto en que esta no hubiera sido llamada a la herencia en sustitución vulgar o no hubiera sido mencionada de cualquier otro modo. Para ello el legislador se inclina por la

civil. Antinomias aparentes», *RDP*, t. 1, 1914, pp. 144 y ss.; ESCOBAR DE LA RIVA, E., «El derecho de representación en la herencia testada», *RDP*, 1954, pp. 207 y ss.

66. *Cfr.*, RDGRN de 14 de agosto de 1959, *ADGRN*, 1959, pp. 55 A 68. La misma dirección sigue, entre otras, la RDGRN de 10 de mayo de 1950, *ADGRN*, 1950, pp. 155 a 160.

67. STS de 6 de diciembre de 1952 (RJ 1952, 2430).

68. Ya en su día escribí una monografía sobre el tema y hoy, me reafirmo en lo dicho entonces. *Vid.* MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., *op. cit.* pp. 165 y ss.

opción de la representación intentando, de este modo, evitar las consecuencias que genera la acción de preterición. Es cierto que la *ratio* del precepto reformado no pretendió resolver un problema de representación sucesoria en la sucesión testamentaria. El legislador lo que realmente pretendía era evitar la preterición de los descendientes de un descendiente premuerto, ya que, tras la ampliación del marco de personas susceptibles de preterición, fruto de la adecuación del Derecho de sucesiones a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento, podrían originarse pretericiones imprevistas, complicadas e indeseadas⁶⁹.

Es así que la redacción dada por la reforma alude expresamente a la representación, si bien con ciertas particularidades que pasamos a analizar a continuación.

4.1. SUPUESTOS PARA LOS CUALES ES DE APLICACIÓN EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 814.3 DEL CÓDIGO CIVIL

En primer lugar, la norma está pensando en el supuesto de premoriencia, que es el que daba lugar a pretericiones imprevistas. En efecto, la estirpe del indigno o desheredado ya venía contemplada en los artículos 761 y 857 CC por lo que el problema se generaba con la estirpe del premuerto. Es cierto que, dada la literalidad del precepto, en virtud del cual, «los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representan a este (...)», resulta preciso para su aplicación que el descendiente de primer grado no haya sido preterido, por lo que podrían tener cabida en su órbita de aplicación, no solo el premuerto sino también el desheredado y el indigno. Ahora bien, respecto del primero, huelga decir que la desheredación excluye, por definición que entre en juego la preterición, habida cuenta que no se produce una omisión del heredero forzoso el cual es privado de su legítima por alguna de las causas tasadas en la ley. En consecuencia, el legitimario afectado por la desheredación no se considerará preterido y, en consecuencia, no está sometido al régimen jurídico de la preterición sino al de la desheredación⁷⁰. La misma conclusión

69. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición... cit.*, p. 333; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código civil*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 67 y ss.; VATIER FUENZALIDA, C., *El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 284.

70. CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio cit.*, p. 209; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.*, 122. Entiende este autor que, si bien la desheredación injusta y la preterición intencional presentan perfiles muy parecidos, ello no afecta a la norma aquí tratada por cuanto la misma se refiere exclusivamente a la desheredación justa.

procede respecto del supuesto de indignidad. El indigno no es preterido porque no es preterirle habida cuenta que carece de derecho sucesorio alguno y en consecuencia no procede mantener la obligación legal de incluir en la sucesión a una persona que legalmente carece de derecho a participar en la misma⁷¹.

Por lo expuesto el artículo 814.3 CC prevé la aplicación de un verdadero derecho de representación, si bien limitado al supuesto de premoriencia, debiendo añadir, como no puede ser de otro modo los casos de declaración de fallecimiento y ausencia del representado⁷².

4.2. ALCANCE SUBJETIVO DEL ARTÍCULO 814.3 DEL CÓDIGO CIVIL: DESCENDIENTES DE OTRO DESCENDIENTE QUE NO HUBIERA SIDO PRETERIDO.

Dada la literalidad del precepto, no cabe duda de que el derecho de representación previsto por él rige única y exclusivamente en línea recta descendente, ya sea por naturaleza ya por adopción. Quedan así excluidos, a diferencia de lo establecido en el artículo 925 CC para la sucesión intestada, los parientes del causante por línea colateral, lo cual es lógico ya que los sobrinos carecen de la condición de legitimarios y por lo tanto no son susceptibles de preterición⁷³. De igual manera, quedan excluidos de la aplicación del artículo 814.3 CC los ascendientes, habida cuenta que, si bien estos sí pueden ostentar la condición de legitimarios, la literalidad del precepto claramente los excluye.

En definitiva, el derecho de representación que nos ocupa se extiende, indefinidamente, de generación en generación, en la línea recta descendente comprendiendo a todos los descendientes por filiación matrimonial, no matri-

71. Vid., VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XI, EDERSA, Madrid, 1982, p. 180.

72. COBACHO GÓMEZ, J. A., «Notas sobre la preterición», *RDP*, mayo, 1986, p. 418; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.*, p. 122, nota 135.

73. El profesor ALBALADEJO GARCÍA, M. (*Curso de Derecho civil V, Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 72) considera que ello podría conducir a resultados injustos respecto de los parientes colaterales y plantea el supuesto en que una persona sin descendientes ni ascendientes teste nombrando herederos a sus hermanos en cuyo caso, de no heredar uno de estos, los sobrinos no podrían acceder por derecho de representación a la herencia del causante por no poder representar a su ascendiente que no llegó a heredar. No obstante MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (*op. cit.* p. 139, nota núm. 167) argumenta en contra que el artículo 814.3 CC no es el lugar adecuado para introducir una regla como la propuesta por ALBALADEJO, ya que el precepto no se dirige a resolver un problema de representación sucesoria, sino que introduce esta figura con el único fin de evita un problema de preterición, en el que por definición los colaterales, al carecer de la condición de legitimarios, no tienen cabida.

monial y adoptiva. Ahora bien, para que un legitimario pueda ser preterido es preciso que sea preterible. La preterición debe referirse a quienes ostenten la condición de legitimarios al tiempo de fallecer el causante, ya que es este el momento a tener en cuenta para valorar si se ha producido la preterición⁷⁴. Es por ello que habrá de entenderse igualmente aplicable al supuesto de que, habiendo sido nombrado el nieto en el testamento por haber premuerto su padre, hijo del testador, aquél le premuere dejando a su vez descendencia en línea recta que no ha sido nombrada en el testamento.

Entiende cuestionable VALLET DE GOYTISOLO que puedan suceder por este derecho de representación los descendientes del hijo premuerto que, si bien no ha sido mencionado en el testamento de su padre, no se puede considerar preterido por haber muerto antes de la fecha de su otorgamiento. Coincido con el autor en considerar que en este caso no se podría aplicar el artículo 814.3 CC, habida cuenta que el hijo del testador premuerto antes de que se hiciera testamento no era preterible y por lo tanto quienes tendrían la consideración de herederos forzosos serían los descendientes del descendiente⁷⁵.

Además, el representante debe estar preterido, en caso contrario, el descendiente del testador mencionado de algún modo por este no podrá pretender la aplicación del derecho de representación previsto en el artículo 814.3 CC, sin perjuicio de que puedan accionar, en su caso, el complemento de la legítima por aplicación del artículo 815 CC⁷⁶. Por tanto, no sucederán por derecho de representación los descendientes del nieto del causante que hubiese sido mejorado o que se le hubiera hecho alguna atribución con cargo al tercio libre, siempre y cuando su padre (hijo del causante) le sobreviva, ya que en este caso no existiría el descendiente no preterido que exige el artículo 814.3 CC.

74. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición... cit.* pp. 335 y 336.

75. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama de Derecho de Sucesiones, t. I, Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1982, p. 470; *Comentarios EDERSA, cit.*, p. 179. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición... cit.*, p. 337 añade a favor de la tesis de este autor que «aquí no es que no exista ese descendiente no preterido, es que no existe descendiente, ni al momento del otorgamiento del testamento, ni al de la apertura de la sucesión».

76. En efecto, como afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE, M., (*op. cit.*, p. 163) «Si el testador menciona a dichos legitimarios de ulterior grado en cualquier forma apta para excluir la preterición, al no estar ellos mismos preteridos, no tiene lugar la aplicación del artículo 814.3 CC, v.gr., si el testador los había incluido como sustitutos vulgares del descendiente intermedio; pero también, por ejemplo, si les ha mejorado o ha dispuesto en su favor de bienes imputables al tercio de libre disposición, además de la atribución efectuada a favor del legitimario de primer grado. Naturalmente, tendrán también derecho a recibir los bienes precisos para completar la legítima que les corresponde, si los que les han sido testamentariamente atribuidos (una vez efectuada la colación en los términos del artículo 1038 del Código civil) no son suficientes para ello».

Finalizamos el epígrafe relativo al alcance subjetivo de la preterición relativo al hecho de que el testador instituya a su nieto (no legitimario por vivir su padre), que premuere al causante. Manifiesta con razón el autor que los descendientes del nieto premuerto no le sucederán por representación, pues en este caso, el descendiente carece de la condición de legitimario y por lo tanto no es preterible⁷⁷.

El descendiente que, en virtud del precepto que aquí se analiza concurra a la herencia de su ascendiente, tendrá los mismos derechos que hubieran correspondido a su ascendiente inmediato, de haber podido heredar. Si bien la doctrina tampoco es pacífica en este punto concreto, lo cierto es que a mi entender la letra de la norma es clara al respecto cuando dispone que: «los descendientes (...) representarán a este en la herencia del ascendiente (...)»⁷⁸.

4.3. ALCANCE OBJETIVO DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN SANCIONADO POR EL ARTÍCULO 814.3 DEL CÓDIGO CIVIL

Admitida la existencia de un derecho de representación en el ámbito de la sucesión testada y silenciando el artículo 814.3 CC el *quantum* atribuible al

77. ALBALDEJO GARCÍA, M., «La sucesión del descendiente ulterior del causante en lugar del descendiente intermedio no preterido (análisis del artículo 814, párrafo antepenúltimo, de Código civil)», *AC*, núm. 28, 2003, p. 767.

78. La doctrina no es pacífica a la hora de determinar lo que hayan de recibir los descendientes ulteriores por virtud del derecho de representación establecido a su favor en virtud del artículo 814.3 CC. Frente a los partidarios de la postura amplia que aquí defiendo (*vid.*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.*, pp. 82 y ss.; RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición, cit.*, p. 368 y 369; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «La reforma en el Derecho de Sucesiones» en LACRUZ BERDEJO, *El nuevo régimen de la familia, II*, Civitas, Madrid, 1981, p. 194); un sector minoritario de nuestra doctrina aboga por admitir que la representación en este supuesto tan sólo opera respecto de la legítima (VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama ... cit.*, p. 468 y ss., PINTO RUIZ, J., «El actual artículo 814 del Código civil no introduce el instituto de la representación en la sucesión testada», *RGD*, núm. 483, diciembre 1984, pp. 2685 y ss.). Una tercera postura, digamos intermedia, el *quantum* que se defiere a los descendientes de ulterior grado es «el que en cada caso resulte de los efectos típicos de la preterición» (VATTIER FUENZALIDA, C., *op. cit.*, p. 287). Postura esta que me parece difícil de comprender habida cuenta que, al igual que mantienen LANZAS GALVACHE, J. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. no alcanzo a comprender «cómo pueden cohonestarse dos afirmaciones contradictorias: que no hay preterición, pero se aplican sus normas» (*vid.*, «El derecho de representación del artículo 814 párrafo tercero del Código civil», *RCDI*, mayo-junio, 1988, pp. 954 y ss. Verdaderamente mantener esta postura supondría otorgar a la norma surgida tras la reforma, precisamente los mismos efectos que se pretendió evitar cuando el fin perseguido por la nueva norma ha sido todo lo contrario.

representante, el debate se centra ahora en la porción imputable a los ulteriores descendientes que acceden a la herencia del testador en representación de los descendientes del mismo no preteridos.

Si bien la doctrina tampoco ha sido pacífica en este tema, me decanto una vez más por la posición doctrinal mayoritaria⁷⁹, que opta por el sistema de representación en la herencia. Ello es así, a mi entender porque, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, esta es la tesis que «mejor se adecua al tenor literal del precepto»⁸⁰.

No voy a entrar en un análisis profundo pues me remito, como ya comenté a mi obra referente al derecho de representación. Sin embargo, creo que esta es la postura más acertada frente a la corriente doctrinal que considera que el representante lo es sólo en la parte de legítima que habría correspondido al representado. Y lo pienso así, porque el precepto así lo dispone y dudo mucho que el legislador, conocedor del alcance del derecho de representación, se estuviera refiriendo a una porción más limitada, si así lo hubiera querido, así lo hubiera dispuesto, al igual que lo hizo para los casos de desheredación e indignidad, respecto de los cuales dispone que los representantes del desheredado o del indigno le representan en lo que por legítima le habría correspondido.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., Curso de Derecho civil V, Derecho de sucesiones, Barcelona, 1982.

– «La sucesión del descendiente ulterior del causante en lugar del descendiente intermedio no preterido (análisis del artículo 814, párrafo antepenúltimo del Código civil)», *AC*, núm. 28, 2003.

ARANA DE LA FUENTE, I., «Notas sobre la mejora tácitas», *Estudios de Derecho de sucesiones, Liber Amicorum T.F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014.

BOLÁS ALFONSO, «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*, t. 25, 1983.

BOTANA GARCÍA, G. A., «La preterición», *AC*, vol. 2, núm. 15, 2004.

COBACHO GÓMEZ, J. A., «Notas sobre la preterición», *RDP*, mayo, 1986.

79. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.*, pp. 72 y ss.; RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición, cit.*, pp. 368 y 369; DELGADO ECHEVARRÍA, J., *op. cit.*, p. 194; LANZAS GALVACHE Y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, 948.

80. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.*, p. 73.

- DELGADO ECHEVERRÍA, J., «La reforma en el Derecho de Sucesiones» en LACRUZ BERDEJO, *El nuevo régimen de la familia, II*, Civitas, Madrid, 1981.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, 1990.
- «El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de los herederos forzosos», *RDN*, enero-marzo, 1955.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La voluntad del testador deducida de testamentos revocados o de falta de revocación del último», *RDP*, núm. 3, mayo-junio 2023
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al artículo 808 del Código civil», *Comentarios al Código civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010.
- «Comentario al artículo 825 del Código civil», *Comentarios al Código civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010.
- ESCOBAR DE LA RIVA, E., «El derecho de representación en la herencia testada», *RDP*, 1954.
- GAGO SIMARRO, C., «La preterición de los descendientes», *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, vol. 8, BOE, 2021.
- GALICIA AIZPURURA, G., «Preterición de legitimarios y derecho transitorio, Comentario a la sentencia dl TSJ País Vasco de 17 de noviembre de 2022», *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 36, julio 2023.
- GALLEGRO DOMÍNGUEZ, I., «La preterición en el Código Civil», *Derecho de sucesiones contemporáneo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GARCÍA CANTERO, G. «Estudio dogmático sobre la mejora», *RDP*, octubre 1949.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los derechos civiles forales*, Comares, Granada, 2004.
- GASPAR LERA, S., «Preterición de descendiente sobrevenido al testamento. Calificación y acciones sucesorias tardías», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm.5, octubre-diciembre, 2020.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1993.
- *El nuevo régimen de la familia, II*, Civitas, Madrid, 1981.
- LANZAS GALVACHE, J. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «El derecho de representación del artículo 814 párrafo tercero del Código civil», *RCDI*, mayo-junio, 1988.
- LINARES NOCI, R., «La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *RCDI*, 1988.

- LLEDÓ YAGÜE, F., *Derecho de sucesiones. Delación-legítimas-reservas*, vol. I, Bilbao, 1989.
- MADRINÁN VÁZQUEZ, M., *El derecho de representación en la sucesión testada*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur menor, 2009.
- «La integración del testamento», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 20, febrero 2024,
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código civil*, Madrid, Civitas, 1991.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «La preterición», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 4, Madrid, Civitas, 2002.
- «Notas sobre la voluntad del testador», *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, 2002.
 - «La preterición», *Almacén de Derecho*, oct. 26, 2016, <https://almacende-derecho.org/la-pretericion>.
- NIETO ALONSO, A., «La interpretación y calificación como mejora tácita de disposiciones “*inter vivos*” y “*mortis causa*”», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 20, febrero, 2024.
- NOVOA SEOANE, R., «El derecho de representación según el Código civil. Antinomias aparentes», *RDP*, t. I, 1914.
- PINTO RUIZ, J., «El actual artículo 814 del Código civil no introduce el instituto de la representación en la sucesión testada», *RGD*, núm. 483, diciembre 1984.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición en el Derecho común español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- «Comentario al artículo 814 del Código civil», *Código civil comentado, vol. II, Libro III, De los diferentes modos de adquirir la propiedad*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2016.
- ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, en la obra de Theodor Kipp, Derecho de sucesiones, en Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolf, Martín, Tratado de Derecho civil, t. V, Derecho de sucesiones*, vol. I (segunda edición), Bosch, Barcelona, 1976.
- «El derecho de representación en la sucesión testada», *Estudios de Derecho Privado, II*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
- SIERRA BERMEJO, L., «El derecho de representación en la sucesión testada», *AAMN*, 1948.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C., «La mejora tácita de los descendientes: un análisis jurisprudencial», *Estudios de Derecho de sucesiones*, Wokers Kluwer, Madrid.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer, t. I, Las legítimas*, vol. 1, INEJ, Madrid, 1974.

- *Estudios de Derecho sucesorio*, Montecorvo, Madrid, 1981.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XI, EDERSA, Madrid, 1982.
- *Panorama de Derecho de Sucesiones, t. I, Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1982.

VATTIER FUENZALIDA, C., *El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*, Montecorvo, Madrid, 1986.

- «Comentario al artículo 814 del Código civil», *Comentarios al Código civil, Lex Nova*, Valladolid, 2010.

VIVAS TESÓN, I., «Distinción de efectos entre la preterición intencional y la errónea y los aspectos procesales en el ejercicio de las acciones en el procedimiento de preterición», *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, vol. 1, Dykinson, Madrid, 2014.