

1.4. Sucesiones

CUESTIONES LITIGIOSAS SOBRE LA PRETERICIÓN INTENCIONAL Y ERRÓNEA: EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LA TUTELA DE LA LEGÍTIMA CUANTITATIVA SOBRE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Contratada Doctora

del Departamento de Derecho Civil de la UNED

Secretaria IDADFE

SUMARIO: I. PRETERICIÓN Y TUTELA DEL SISTEMA LEGITIMARIO: REDACCIÓN ORIGINARIA DEL CÓDIGO CIVIL, REFORMA DEL AÑO 1958 Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: 1. NOCIÓN PRELIMINAR DE LA PRETERICIÓN, EL ARTÍCULO 814 DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS REDACCIONES. 2. LA REDACCIÓN ORIGINARIA DEL ARTÍCULO 814 Y ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DGRN. 3. LA REDACCIÓN DEL AÑO 1958 Y EL HIJO PÓSTUMO COMO LEGITIMARIO.— II. LA REFORMA DE LA LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO: LA EXPRESA ACOMODACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL A LA CONSTITUCIÓN, CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO Y PRETERICIÓN VOLUNTARIA Y ERRÓNEA O NO INTENCIONAL: 1. LA EQUIPARACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DE HIJOS E HIJAS MATRIMONIALES Y NO MATRIMONIALES Y LAS CLASES DE PRETERICIÓN: PRETERICIÓN INTENCIONAL Y PRETERICIÓN NO INTENCIONAL O ERRÓNEA. 2. APLICABILIDAD DEL CONTENIDO DE LA REFORMA POR EL PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD: LA PERSISTENCIA VITALICIA DE LOS HIJOS DENOMINADOS «ILEGÍTIMOS» PARA RECLAMAR LA FILIACIÓN, EL APEGO FAMILIAR Y EL ARTÍCULO 8 DEL CEDH.— III. PRÁCTICA Y EFICACIA DE LA INSTITUCIÓN DE LA PARTICIÓN: 1. ACUMULACIÓN DE ACCIONES: COMPATIBILIDAD ENTRE ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN, DECLARACIÓN DE HEREDEROS Y APRECIACIÓN CONJUNTA DE PRETERICIÓN. EL SUPUESTO DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE LA HERENCIA. 2. LA PRETERICIÓN ESTÁ REFERIDA AL MOMENTO DE OTORGAR TESTAMENTO, NO AL MOMENTO DE LA MUERTE Y NO CONCURRE PRETERICIÓN EN LOS ACTOS PRODUCIDOS ANTES DE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE MAYO DE 2005, Y LA DE 22 DE JUNIO DE 2006. 3. LA PRETERICIÓN NO INTENCIONAL PRODUCE LA ANULACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE CONTENIDO PATRIMONIAL. 4. LA PRETERICIÓN DE BUENA Y DE MALA FE DEL LEGITIMARIO Y EL CARÁCTER RESTRICTIVO Y SUBSIDIARIO DE LA NULIDAD DE PARTICIÓN HEREDITARIA O *FAVOR PARTITIONIS* EN LA JURISPRUDENCIA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2006. 5. LA PRETERICIÓN DE MALA FE DEL LEGITIMARIO EN LA PARTICIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE JUNIO DE 2006, Y EL LEGATARIO DE PARTE ALÍCUOTA. 6. RECAPITULACIÓN JURISPRUDENCIAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 31 DE MAYO DE 2010.—IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: LA FUTURA APLICABILIDAD DEL DENOMINADO APEGO FAMILIAR PARA APRECIAR LA CONCULCACIÓN DE LA IGUALDAD CUANDO SE APLIQUE EL DERECHO PREVIO A LA CE.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRETERICIÓN Y TUTELA DEL SISTEMA LEGITIMARIO: REDACCIÓN ORIGINARIA DEL CÓDIGO CIVIL, REFORMA DEL AÑO 1958 Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1. NOCIÓN PRELIMINAR DE LA PRETERICIÓN, EL ARTÍCULO 814 DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS REDACCIONES

La preterición, como relego, omisión o falta de mención de alguno de los herederos forzosos, se desenvuelve, en particular, en el ámbito testamentario y en la intangibilidad cuantitativa de la legítima. Es algo diferente de la desheredación, en tanto en cuanto no hay privación explícita sino mera elipsis del afectado; el testador de forma voluntaria o no intencional omite, de entre sus herederos, a uno o a todos, privándoles de las legítimas correspondientes.

En este sentido, conviene tener presente las sucesivas redacciones recibidas por el artículo 814 de nuestro Código Civil, no tanto como esfuerzo transcriptor, sino por sus consecuencias sobre los perfiles institucionales de la preterición, su tratamiento jurisprudencial e, incluso, la propia práctica notarial y la condigna inserción de fórmulas testamentarias capaces de evitar los efectos de la preterición.

2. LA REDACCIÓN ORIGINARIA DEL ARTÍCULO 814 Y ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DGRN

Decía originariamente este artículo 814 del Código Civil que «la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador, la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código. Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador la institución surtirá efecto».

Pronto el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse (1) y, en términos generales, aprecia la concurrencia de preterición «si un descendiente no es mencionado en el testamento, aunque se le hubiesen otorgado donaciones *inter vivos* con carácter de anticipo de legítima» (SSTS 17-6-1908 y 17-6-1932); también se da ésta «cuando la mención del nombre sólo aparece con ocasión de negar su filiación, para ordenar a los herederos que se opongan al pleito en que las interfectas demandaban ser reconocidas hijas naturales» (STS 27-2-1909); niega que haya preterición «cuando, aun silenciando su filiación de

(1) Sobre la jurisprudencia atinente a esta redacción de 1889, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de abril de 1932, que estima que los hijos naturales pueden instar el complemento de la legítima, pero no la nulidad de la institución de heredero. Dice así: «Que el concepto legal de la preterición del heredero forzoso ha sido reiteradamente fijado por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, de un modo singular y concreto en sus sentencias de 16 de enero de 1895, 21 de febrero de 1900 y 27 de febrero de 1909, según los cuales no es sino la privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto a dicho heredero forzoso en línea recta, lo que constituye la materia propia del artículo 814 del Código Civil, cuyos términos claros y precisos no pueden ofrecer duda alguna en cuanto ordena la nulidad de la institución de herederos extraños, con absoluto olvido del heredero forzoso, salvo las mandas y mejoras en lo que no sean inoficiosas».

hijos naturales y negando tener herederos forzosos, el testador los mencionó asignándoles algún legado» (SSTS 25-5-1917 y 23-4-1932), o bien cuando se mencionó al legitimario aunque sólo sea para indicar que ya en vida se le donaron bienes (STS 20-2-1981, referente a un testamento en que se afirma que la testadora «nada deja a su hijo Teodoro por haberle dado ya mucho más de lo que por legítima acreditaría»).

Por su parte, y en cuanto a los pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado, destaca por cuanto atañe a este instituto, su Resolución de 10 de mayo de 1950, que revoca la denegación de inscripción de la escritura de partición hereditaria en que preteridos e instituidos convienen en no impugnar la institución hereditaria.

Declara en sus considerandos dicha Resolución: «que en nuestra patria son también diversas las soluciones para los indicados casos de preterición de descendientes en algunas legislaciones forales y en la legislación común en la cual el artículo 814 del Código Civil —sin la distinción que varios ordenamientos legales hacen según se trate de la línea recta ascendente o de la descendente, y con una laguna relativa a los cuasi póstumos, atribuida a una errata consistente en haber colocado la preposición “de” en vez del adverbio “aún” entre las palabras “después” y “muerto”— dispone que la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; “pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas”, es decir, que se afirma la validez del testamento y únicamente se estima nula la institución hereditaria», y sigue reproduciendo la doctrina del Supremo en tanto que: «la nulidad afecta únicamente a la cláusula del testamento, en la cual se omite a los herederos forzosos, y que, si los preteridos convienen con los instituidos en no impugnar la institución hereditaria y en distribuir y adjudicar los bienes, serán válidas las particiones del caudal relicto, porque los interesados, según la sentencia de 7 de noviembre de 1935, “pueden, de común acuerdo, prescindir de las disposiciones testamentarias y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia”» (2).

3. LA REDACCIÓN DEL AÑO 1958 Y EL HIJO PÓSTUMO COMO LEGITIMARIO

Por su parte, la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil, suprimió del primer punto el inciso siguiente: «sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador» (3). La finalidad de esta supresión, no era otra que

(2) Por fin concluye: «según la jurisprudencia hipotecaria, concordante con la civil, contenida en las Resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910 y 31 de enero de 1913, son inscribibles las operaciones divisorias en que los instituidos herederos reconozcan a los descendientes preteridos el mismo derecho que si, por declaración judicial de nulidad de la institución, se hubiese abierto total o parcialmente la sucesión intestada, con lo cual se subsana lógicamente por hijos y nietos la imprevisión o descuido del testador, se acata e interpreta racionalmente la intención presunta de éste, no se vulneran los derechos de los legitimarios y se evitan dilaciones y gastos que en muchas ocasiones, como la presente, consumirían toda o gran parte de la herencia».

(3) De modo que la redacción adoptada en el año 1958 era: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

la de evitar equívocos sobre la omisión de los cuasi póstumos (4), en el entendido de que estos póstumos testamentarios —como advierte ROCA SASTRE (5)— eran los hijos legitimarios nacidos después de otorgado el testamento.

En buena lógica, las disputas doctrinales y jurisprudenciales sobre las consecuencias de la omisión en un testamento de un hijo póstumo quedaron, en principio, erradicadas, al entenderse incluido el legitimario —nacido o que pudiese nacer— entre las menciones genéricas donde el testador imputase beneficios (6).

Con todo, la entraña de la preterición seguía siendo tributaria del Derecho romano, herencia de la que se desprendería con la reforma postconstitucional de 1981 por la que quedó, definitivamente, ampliada la esfera de legitimarios a los hijos fuesen matrimoniales o no. Apréciase que hasta esta modificación postconstitucional la preterición era siempre subjetiva en tanto en cuanto atendía al singular estado del testador, sin diferenciar entre la intencional de la involuntaria que veremos en el siguiente punto.

En este sentido y por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2008, ventila un supuesto en que el causante ostentaba en el momento de su fallecimiento la vecindad civil balear y adicionalmente resulta de aplicación la redacción que ahora se menciona del Código Civil.

En su virtud y «antes de la respuesta casacional a este motivo, conviene precisar que don Carlos Alberto fallecido el 5 de mayo de 1975, y era de vecindad mallorquina, y que al abrirse su sucesión por su muerte regía en Mallorca la Compilación del Derecho Civil especial de Baleares, Ley 5/61, de 19 de abril de 1961 (art. 9.8 y 16 CC). Dicha Ley no contenía precepto alguno sobre la preterición, por lo que era de aplicación en esta materia el Código Civil, al no haberse demostrado, ni intentado siquiera, que sus preceptos se oponían a la Compilación y a las fuentes jurídicas de general aplicación (Disposición Final 2.ª de la Ley 5/61). Por otra parte, el artículo 814 del Código Civil no reconocía entonces la preterición intencional, sólo la preterición». Así, «con arreglo al artículo 814 del Código Civil, en su redacción anterior a la que dio la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la preterición de doña Diana anulaba la institución hereditaria, con la consiguiente apertura de la sucesión *ab intestato*. Sin embargo, la preterida lo único que ha solicitado en su demanda es la reducción en la medida necesaria para cubrir la porción que por legítima le

La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 835, 836 y 837 de este Código. Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto».

(4) Ya apreciada en la RDGRN que se acaba de mencionar.

(5) Vid., ROCA SASTRE (vid., *Derecho de Sucesiones*, II, Barcelona, 1997, 2.ª ed., pág. 629).

(6) Este es el asunto que ventila con su habitual finura el profesor HERNÁNDEZ GIL en «La preterición del póstumo conforme al Derecho romano por no haber sido instituido ni desheredado *nominatum*», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 991 a 997. En el supuesto de hecho, el testador de vecindad civil catalana, soltero y enemistado con su padre, otorga testamento en los siguientes términos: «lega a su citado padre y, al solo efecto de evitar la preterición, a cuantas personas pudieran acreditar y pretender la legítima en sus bienes, lo que les corresponda según Ley». La falta de designación nominativa hacía que el testamento incurriese en preterición del póstumo, por lo que el testamento sería nulo y procedería la apertura de la sucesión intestada. Supuesto también ventilado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 1966, y resuelto en idéntico sentido que el propuesto en el anterior ejercicio de HERNÁNDEZ GIL, criticada por ROCA SASTRE (vid., *Derecho de Sucesiones*, II, Barcelona, 1997, 2.ª ed., pág. 632).

corresponda, y ello es materia que pertenece al ámbito de su autonomía, no es de interés público y de obligatorio cumplimiento que en todo caso de preterición (antes de la Ley 11/1981) se habría de producir, *velis nolis*, la nulidad de la institución de heredero».

II. LA REFORMA DE LA LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO: LA EXPRESA ACOMODACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL A LA CONSTITUCIÓN, CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO Y PRETERICIÓN VOLUNTARIA Y ERRÓNEA O NO INTENCIONAL

1. LA EQUIPARACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DE HIJOS E HIJAS MATRIMONIALES Y NO MATRIMONIALES Y LAS CLASES DE PRETERICIÓN: PRETERICIÓN INTENCIONAL Y PRETERICIÓN NO INTENCIONAL O ERRÓNEA

Como en otras tantas instituciones, la entrada en vigor de la Carta Magna también produjo un importante cambio sobre la preterición. En este sentido, el propósito principal de esta Ley 11/1981, de 13 de mayo, fue la adaptación expresa de las previsiones del Código Civil a su dictado. En su virtud, supuso que hijos e hijas no matrimoniales fuesen equiparados en derechos a los que sí tuviesen este origen.

De modo que, consistiendo nuestra institución en la elipsis de un legitimario y si gracias a esta Ley 11/1981, legitimario también será el hijo o hija no matrimonial, se amplía el ámbito nominal de desenvolvimiento de la preterición y, por tanto, la posibilidad técnica de actuación de los hijos no matrimoniales omitidos del testamento. Sin embargo y como ahora veremos, las cuestiones más controvertidas jurisprudencialmente no procedieron tanto de su contenido como de la aplicación de las prescripciones de la Disposición Adicional octava sobre el derecho transitorio.

Al tiempo, la nueva redacción del artículo 814 incorpora una doble categoría o clases de preterición: la intencional, frente a la errónea o involuntaria. Se caracterizan por sus diferentes efectos, ya que la preterición intencional queda circunscrita a los herederos forzosos y a la detracción de la legítima del heredero. Por el contrario, si la segunda se limita a los descendientes, resulta capaz de anular las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial e, incluso, la institución de heredero.

El trasfondo o la esencia de ambas clases de pretericiones reside en la apreciación de la fundamental voluntad del testador, toda vez que esta última ilumina la interpretación del testamento, hasta el extremo de hacer entender que si el causante ha omitido en el momento de otorgar testamento a alguno de sus legitimarios, es precisamente porque su voluntad ha sido la de limitar, sin desheredar, sus derechos. Tendrá, por tanto, derecho a percibir la legítima, pero no más (7).

Declara literalmente el artículo 814: «La preterición de un heredero forzo-
so no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que

(7) En cuanto al Derecho Foral, puede consultarse BUSTO LAGO, «La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, 705, págs. 11 a 118; ROCA TRIAS, «Sección 4.^a, De la preterición y la inoficiosidad», Tomo XXVIII, Vol. 2.º *Artículo 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*, Edersa, y NAGORE YÁRNOZ, «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo. De las formas del testamento», en *Tomo XXX-VII-1.º Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998.

los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos: 1.º) Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. 2.º) En otro caso [no resultando preteridos todos los hijos o descendientes] se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas. Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos. Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos. A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador» (8).

De modo que la diferencia de ambas clases de preterición del legitimario reside, además de cómo es evidente en la formación equivocada o consciente del causante, en los efectos que producirá la calificación de dicha omisión como deliberada o como errónea (9).

En la preterición intencional, la acción de reducción o rescisoria tendrá como finalidad la de conseguir un resultado económico para el legitimario omitido, si bien respetando las disposiciones testamentarias. Por tanto no anula legados o la institución del heredero, sólo se autoriza a que consiga detraer su derecho. Por el contrario, y frente a la no intencional, procede la anulación de la institución del heredero y, en su caso, las disposiciones de carácter patrimonial del testamento (10).

(8) Vid., además de la bibliografía enumerada al final, muy especialmente, los comentarios de GONZÁLEZ PORRAS, «Comentario de los artículos 697 y 698. Sección 5.ª, Del testamento abierto», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Vol. 1 B, Edersa, Madrid, 1987; VALLET DE GOYTISOLO, «Comentarios a la Sección 5.ª, De las legítimas, a la Sección 9.ª, De la desheredación, artículos 806 a 857 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs 1967 a 2097; BUSTO LAGO, «Comentarios a la Sección 5.ª, De las legítimas. Artículos 806 a 822», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Aranzadi-Thomson, Madrid, 2009, 3.ª ed., págs. 963 a 993.

(9) Por su parte, en el Derecho Foral aragonés la preterición es fundamentalmente formal, así lo evidencia CARNICERO: «En Derecho aragonés, la preterición representa la infracción del derecho de legítima formal: se da por falta de mención, en el testamento o contrato sucesorio, de los legitimarios de primer grado no favorecidos *inter vivos*, sea intencionada o no. La preterición consiste, por tanto, en una infracción, frente al descendiente inmediato que no ha recibido liberalidades computables del deber de legítima formal que establece el artículo 120 de la Compilación: “Aquellos descendientes sin mediación de persona capaz para heredar, no favorecidos ya en vida del causante o que no lo resulten en su sucesión intestada, necesariamente habrán de ser nombrados, o mencionados al menos, en el testamento que los excluya”. Y en la actualidad, el artículo 188 de la Ley de Sucesiones: “Se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia”» (CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, «La preterición de herederos en el Derecho Común y en el Derecho aragonés», en *Cuadernos Lacruz Berdejo*, <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=170>).

(10) Como muestra de la jurisprudencia menor, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 3 de diciembre de 2001: «la preterición puede ser intencional o no (art. 814, párrafo 1.º para la intencional; párrafo 2.º para la no intencional) y la

En resumidas cuentas, si la preterición es la intencional o deliberada, el testador ha omitido de forma consciente la mención a un legitimario, y siendo premisa en el Derecho testamentario la apreciación de la voluntad del causante y no siendo esta materia una especialidad, no se sanciona al testador que ha omitido deliberadamente a uno de sus legitimarios, sino que antes bien, se entiende que siendo esa su voluntad, al preterido sólo le cabe instar la acción de reducción o rescisoria. En cuanto a la preterición no intencional autoriza, frente a la voluntaria, al ejercicio de la acción de anulabilidad por la que la finalidad de la demanda será la de la anulación de las disposiciones testamentarias o, cuando menos, la de la institución de heredero (11).

En este sentido, y sobre la finalidad tutelar de la institución en lo que a la intangibilidad de la legítima en su aspecto cuantitativo y no meramente subjetivo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 2004, advierte que «la preterición protege al legitimario en la intangibilidad cuantitativa de su legítima. Como declaración de principio, el artículo 814 comienza diciendo que la preterición de un heredero forzoso (legitimario) no perjudica lo legítimo. Y termina previendo que: a salvo de las legítimas, tendrá preferencia, en todo caso, lo ordenado por el testador. La sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2002, declara que se ha dado la preterición, regulada por el artículo 814 del Código Civil que fue reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuya Disposición Transitoria 8.^a dispone que la nueva legisla-

doctrina jurisprudencial, en armonía con la científica dominante, ha concluido desde su sentencia de 23-1-1959, que los efectos de la preterición intencional, respecto de las disposiciones testamentarias, deben ser las asimiladas a la desheredación injusta o sin causa (art. 851), esto es, que el preterido o así desheredado sólo debe ser defendido en cuanto a la legítima estricta, anulándose la institución de heredero (cuando concorra con otro heredero forzoso no preterido o desheredado injustamente). Sólo en cuanto afecte a aquellos derechos legitimarios, pero respetándose en lo demás las disposiciones testamentarias (*ad exemplum* 10-6-88). Para supuestos como el de autos en que el preterido es un descendiente y, como tal, heredero forzoso, habiendo dispuesto el testador de toda la herencia en favor de otro heredero de igual clase, la disposición testamentaria que así ordena, sólo es nula en cuanto perjudique la legítima estricta del preterido, pero no en cuanto a lo demás dispuesto por el causante (STS 6-4-98, que recoge el supuesto descrito). Ello es así porque se entiende, a diferencia de lo que ocurre con la preterición no intencional, que al disponer el testador de los bienes en beneficio de un descendiente ignorando deliberadamente el derecho legitimario de otro heredero forzoso de igual clase, vino a manifestar su voluntad de que el preterido sólo fuese satisfecho en la legítima estricta beneficiando al nombrado con los tercios de mejora y libre disposición. Quinto.—Tales efectos son los predicables del caso en cuanto que debe entenderse intencional la preterición del accionante y ello porque para decidir sobre si la preterición debe de calificarse de intencional o no ha de estarse al propio testamento y a la realidad que, al tiempo de su otorgamiento, pudo contemplar y tener en cuenta el testador (STS de 23-1-2001) que, en nuestro caso, muestra claramente la voluntad decidida del testador de preterir a la demandada según así se sigue, con toda lógica, de que el testamento fue otorgado el 20-4-1999, folio 15); después de formulada la demanda de impugnación de la filiación intentada por el causante (que lleva fecha de 25-9-97, folio 63) y de recaída, en esta segunda instancia, sentencia (con fecha 13-4-99) desestimando la demanda de nulidad de inscripción registral».

(11) Así lo califica el profesor LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.^a ed., pág. 62. LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992, pág. 233. ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.^a ed., págs. 181 y 182.

ción se aplica a las sucesiones que se abran después de entrar en vigor. Se da exactamente el concepto de preterición intencional: omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nada en concepto de legítima. El efecto lo declara, como principio, el inicio del artículo 814: la preterición de un heredero forzoso (legitimario) no perjudica a la legítima».

2. APLICABILIDAD DEL CONTENIDO DE LA REFORMA POR EL PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD: LA PERSISTENCIA VITALICIA DE LOS HIJOS DENOMINADOS «ILEGÍTIMOS» PARA RECLAMAR LA FILIACIÓN, EL APEGO FAMILIAR Y EL ARTÍCULO 8 DEL CEDH

Adicionalmente y sobre el Derecho intertemporal, la Disposición Transitoria octava de la Ley 11/1981, declara que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación» (12).

Como hemos avanzado, las disputas sobre esta Ley las ha suscitado dicha Disposición, ya que ha amparado jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo encontradas, empero hasta el momento es pacífico que las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución se regirán por el derecho vigente en aquel momento, se ajuste o no al principio de igualdad; a las sucesiones que se abran después de la entrada en vigor de la Constitución y antes de la Ley 11/1981, les será de aplicación las prescripciones constitucionales sobre la igualdad. Por último las que se hayan producido después de la Ley 11/1981 se ventilarán por sus dictados.

Sobre estas anteriores prescripciones, el profesor RIVERO HERNÁNDEZ se ha aplicado intensamente criticando la relativa inseguridad jurídica que puede producir la coexistencia de distintas doctrinas jurisprudenciales. En particular aborda el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 1995, donde «la actora inscrita en el Registro Civil como hija legítima de otro matrimonio, afirma en su demanda ser hija extramatrimonial del causante de la herencia que reclamará, quien no la había reconocido formalmente aunque la había tratado, con múltiples manifestaciones de afecto, como hija suya. Dicho causante, fallecido en estado de casado con persona distinta de la madre de la actora, el día 26 de marzo de 1981, había otorgado testamento nombrando heredera a su viuda, y dejado a la demandante un fideicomiso de residuo en parte de los bienes hereditarios, no en cuanto hija “sino en cuanto persona fuera del círculo de los legitimarios”». Sigue el profesor RIVERO con la cuestión relativa a la transitoria 8 que, a la luz de la Constitución y jurisprudencia constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 155/1987, de 14 de octubre), ya que el Ponente de la STS, de 17 de marzo de 1995, ALMAGRO NOSETE, infiere que la legislación anterior a que remite dicha transitoria es la vigente al entrar en vigor la Ley 11/1981, legislación que incluye los cambios que en el contenido del Código Civil produjo la entrada en vigor de la Constitución, por lo que procede reconocer las pretensiones de la actora y estimar su condición de legitimaria preterida. Por otra parte, la cuestión de inconstitucionalidad, planteada por un Juzgado de Primera Instancia con ocasión de una demanda de reclamación de legítima por un hijo extramatrimonial de un hijo

(12) En este aspecto, vid., REY PORTOLÉS, «Comentarios a vuelapluma de los artículos sucesorios reformados por la Ley 11/1981», en *RCDI*, 1982, pág. 358 y sigs.

premuerto. Por su parte, la STC 155/1987, de 14 de noviembre, declaró que no es inconstitucional la transitoria (13).

Remitiéndose a estas anteriores consideraciones, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 2004, declara que «la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1986, expone que en aplicación de tales premisas (relativas al art. 814 CC), debe afirmarse que si los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657 CC) y si el fallecimiento del causante, padre común de los litigantes, se produjo el día 31 de enero de 1979, es decir, vigente ya la Constitución y con tal vigencia, y por imperativo del principio de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento proclamado en el citado artículo 14 y en la Disposición Derogatoria 3.^a, quedaron sin efecto los preceptos de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial y entre ellos los que calificaban al nacido fuera del matrimonio de padre o madre casados como ilegítimo no natural, con las consecuencias que en el orden sucesorio tal condición llevaba aparejada, es manifiesto que debe darse lugar al indicado motivo cuarto, en cuanto, por aplicación de normativa a la sazón derogada, niega al actor derechos sucesorios en la herencia del causante, padre común de los litigantes y por tanto niega su preterición en la herencia, por su cualidad de hijo ilegítimo no natural, cualidad desaparecida desde la entrada en vigor de la Constitución».

Prosigue dicha resolución remitiéndose ahora a la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 1995, cuando afirma: «sólo se estima constitucional una interpretación de la Ley que conduzca a establecer que los llamados con notoria discriminación en el Código Civil “hijos ilegítimos”, tienen acción para reclamar su verdadera filiación durante toda su vida como ocurre con la “acción que para reclamar su legitimidad compete a los hijos legítimos”, conforme al artículo 118 del Código Civil en su versión legal precedente. Así pues, estimándose contrarios a la Constitución como se estiman y, por ello, derogados los artículos 139, 140 y 141 del Código Civil antes de la reforma operada por la Ley 11/1992 y admitida por imperativo del artículo 14 de la Constitución de los hijos no matrimoniales y matrimoniales a los efectos de disponer de acción, durante toda su vida, para reclamar su filiación, la Disposición Transitoria en cuestión tiene sentido al establecer la aplicación de las normas anteriores en cuanto constitucionales lo que, en definitiva, significa que no se extienden al hijo, sino a otros posibles legitimados “cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiera fallecido al entrar en vigor la Ley” (Ley 11/1981)».

Por último, es interesante traer a colación el Auto del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, que si bien inadmite el recurso por falta de interés casacional, aportan las consideraciones de la ponente (ROCA TRÍAS) luces adicionales sobre lo que se acaba de decir: «La acción que se ejercitaba en el presente asunto derivó de la reclamación de filiación no matrimonial del demandante frente a su madre, su padre no biológico, y los parientes de su padre biológico, fallecido en 1962 sin descendencia y en estado de soltero. Asimismo, reclamaba la herencia de su padre, el cual, por vía testamentaria, había nom-

(13) («Preterición de hijo extramatrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)», en *Derecho Privado y Constitución*, 6, mayo-agosto de 1995, págs. 227 y sigs.).

brado heredero a su hermano, al carecer de descendientes en el momento del fallecimiento, por preterición. En ambas instancias se reconoció al demandante la condición de hijo del fallecido Ezequiel pero, en cuanto a la acción de petición de la herencia de éste, la primera instancia la rechazó, al entender que era de aplicación al caso la legislación vigente en el momento del fallecimiento del causante, esto es, el Código Civil en su redacción de 1962, por la que no se reconocían derechos hereditarios a los hijos ilegítimos, sin que pudiera ser de aplicación lo establecido en el Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por no afectar a dicha sucesión la retroactividad de la norma y no estar, siquiera, en vigor la Constitución Española, a cuya fecha de promulgación ha estado la Jurisprudencia para entender aplicable lo dispuesto en la mencionada ley de 1981 en relación con la igualdad de los hijos, con independencia de su condición matrimonial o no. Sí se le concedieron al actor, no obstante, derechos hereditarios sobre uno de los hermanos de su padre natural, fallecido con posterioridad a la Ley 11/1981. La sentencia de Apelación, sin embargo, sí reconoce al actor el derecho a ser nombrado heredero de la legítima de su padre, en virtud, no de la aplicación retroactiva de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, a una sucesión abierta antes de la promulgación de la Constitución de 1978, como argumenta la parte en su escrito de interposición del recurso de casación, sino de la siguiente deducción lógica: se ha determinado la filiación del actor respecto del fallecido Ezequiel; dicha filiación es —en términos de la redacción del Código Civil anterior a la modificación de 1981— natural; luego ha de aplicarse lo que establecía el Código Civil en aquel tiempo para los hijos naturales reconocidos —reconocido en la sentencia— en relación con los derechos hereditarios de éstos. Por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 134 del Código Civil en su redacción antigua (“El hijo natural reconocido tiene derecho: (...) 3.º) A percibir, en su caso, la porción hereditaria que se determina en este Código”), y conforme a lo dispuesto en el artículo 842 del Código Civil en vigor en aquella época (“Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la tercera parte de la herencia”), la sentencia de Apelación estima el recurso parcialmente, al reconocer al actor el derecho a una tercera parte de la herencia de su padre, como hijo natural “reconocido” que es. Dicha conclusión jurídica no es fruto de la aplicación retroactiva de la Ley 11/1981, como señala el recurrente y sobre cuya procedencia se pronuncian las sentencias de este Tribunal a las que hace referencia el recurrente en su escrito de interposición (en ambas se rechaza la aplicación retroactiva de la Ley para aquellas sucesiones anteriores a la promulgación de la Constitución Española, como es el caso). En la medida que ello es así, la sentencia recurrida no se opone a las sentencias de esta Sala citadas como infringidas, debiendo recordarse que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala».

Añadiremos también la interesante sentencia de 19 de marzo de 2010, de la Audiencia Provincial de Barcelona, siendo Ponente FONT MARQUINA, donde además de recapitular el vigente estado de la cuestión, se cuestiona la aplicabilidad de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluyendo que en el caso de que haya existido con el causante una «relación familiar», un «apego», podrá resultar de aplicación el artículo 8 CEDH, junto con la concurrencia de otros requisitos.

Es su tenor literal el que sigue: «En suma, para reconocer derechos hereditarios en condiciones de igualdad con los hijos matrimoniales a un hijo no matrimonial (ilegítimo no natural) en una sucesión abierta con anterioridad a 1978, parecería preciso: *a*) que la sucesión no esté totalmente «agotada» o fenecida, en la terminología de nuestro Tribunal Supremo, debiendo prevalecer, si lo está, la seguridad jurídica; *b*) que, al momento de la apertura de la sucesión (en el momento de la muerte del causante) o antes de su agotamiento, la filiación no matrimonial esté claramente determinada, por cuanto si no lo está, no se habrá producido la vocación y la delación hereditaria y la sucesión y su aparente agotamiento se habrá producido «en falso»; *c*) que hubiera existido con el progenitor o causante una «relación familiar», un «apego», que autorice a aplicar el artículo 8 CEDH, en tanto dicha relación elimina el elemento de «protección de la confianza del *de cuius* y de su familia, con superación de la consideración de la irretroactividad normativa; *d*) que se pudiera establecer la incidencia del artículo 14 CE sobre la normativa anterior a la Constitución por existir un «proceso pendiente», en la dicción del Tribunal Constitucional, límite a la regla de que el proceso debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de la interposición de la acción».

III. PRÁCTICA Y EFICACIA DE LA INSTITUCIÓN DE LA PARTICIÓN

1. ACUMULACIÓN DE ACCIONES: COMPATIBILIDAD ENTRE ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN, DECLARACIÓN DE HEREDEROS Y APRECIACIÓN CONJUNTA DE PRETERICIÓN. EL SUPUESTO DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE LA HERENCIA

En cuanto a la admisibilidad de la acumulación de acciones y la compatibilidad entre acciones de reclamación de filiación, declaración de herederos y declaración de preterición en testamento, y nulidad de compraventa, el exponente más reciente es la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2004, por cuanto revisa la consolidada doctrinal jurisprudencial que admite dicha acumulación. Así, advierte que «la sentencia de esta Sala, de 6 de noviembre de 1998, rechaza un motivo de casación en que se combatía la acumulación acordada a la acción de filiación, la de declaración de herederos abintestato y afirma: “Como se ha dicho al desestimar el motivo primero, la declaración de herederos abintestato puede obtenerse a través de un juicio declarativo ordinario (de menor cuantía, en este caso) y la competencia para conocer del mismo corresponde al Juzgado de Primera Instancia, al igual que para el conocimiento de las otras dos acciones ejercitadas (de declaración de filiación y de petición de partición de herencia), por lo que la acumulación de las tres referidas acciones ha sido correctamente hecha”. Y la sentencia de 17 de marzo de 1995, después de casar la sentencia de instancia y declarar la filiación no matrimonial de la allí actora, entra a resolver las demás pretensiones relativas a la herencia del padre, afirmando en su fundamento jurídico decimocuarto que “la condición, por tanto, de heredera forzosa no puede eludirse. Y su emisión en el testamento produce los efectos de la preterición, en cuanto se priva a la hija de manera tácita de los derechos legítimos que le corresponden en la herencia”, declaraciones que ponen de manifiesto la corrección de la acumulación de acciones ejercitada, acciones de idéntico contenido a las ejercitadas en este litigio, y sienta la sentencia de 14 de julio

de 1994, citada en las de 31 de octubre de 1996 y 15 de diciembre de 2003, que “como señala la doctrina científica, y acoge la jurisprudencia, el juicio declarativo resulta procedente para decidir las cuestiones derivadas de la división de la herencia, determinación del patrimonio a dividir, fijación de las cuotas correspondientes a cada heredero e, incluso, realización de las operaciones divisorias en trámite de ejecución de sentencia”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2002, ventila un interesante supuesto; sobre la acción de petición de herencia declara que la pretensión «plantea cuatro subcuestiones. Primera.—En el suplico de la demanda se interesa que se declare a los hermanos codemandantes herederos universales; sería así si el padre hubiera fallecido intestado en que los herederos abintestato los serían, universales y por iguales cuotas partes, los hijos, el matrimonial y los extramatrimoniales. Pero el causante falleció bajo testamento otorgado ante Notario el 10 de noviembre de 1977 (falleció en 1984) en el que dispuso un legado, del tercio de libre disposición, a favor de su esposa e instituyó heredero a su hijo, el demandado, don Guillermo. En las sentencias de instancia no cabe que se declarara a los demandantes herederos universales, que es lo más, pero sí que son legitimarios, que es lo menos, y, como tales, preteridos. Segunda.—Se ha dado la preterición, regulada por el artículo 814 del Código Civil que fue reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuya Disposición Transitoria octava dispone que la nueva legislación se aplica a las sucesiones que se abran después de entrar en vigor; la apertura de la presente sucesión se produjo en 1984, muerte del causante. 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. El efecto lo declara, como principio, el inicio del artículo 814: la preterición de un heredero forzoso (legitimario) no perjudica la legítima. Tercera.—El efecto de la preterición intencional lo concreta el mismo artículo 816: se reducirá la institución de heredero y se satisfará la legítima en la medida, en el presente caso, que establece el artículo 808. La cuestión que se ha planteado es si esta legítima es la larga (dos tercios: primer párrafo de dicho art. 808) o la estricta (un tercio). El efecto de la preterición intencional se equipara al de la desheredación injusta (art. 851): el preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero sólo a la legítima estricta o corta, es decir, un tercio, ya que la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue el privarle del todo y si por ley se le atribuye, no se puede extender a una parte (legítima larga) que corresponde a su libre disposición (entre hijos) y que voluntariamente nunca le quiso atribuir».

Concluye la resolución advirtiendo que: «si una vez declarado legitimario, preterido intencionalmente, se le puede atribuir una cuota en la herencia del causante, como hizo la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia o debe dejarse tal cuestión a un proceso ulterior, como ha hecho la sentencia de la Audiencia Provincial. La respuesta es que sí debe hacerse la atribución de cuota legítima, directamente, sin necesidad del ejercicio de una nueva acción. No tanto es la determinación de concretos bienes, sino de cuota que, en ejecución de sentencia, se especificará materialmente».

2. LA PRETERICIÓN ESTÁ REFERIDA AL MOMENTO DE OTORGAR TESTAMENTO, NO AL MOMENTO DE LA MUERTE Y NO CONCURRE PRETERICIÓN EN LOS ACTOS PRODUCIDOS ANTES DE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE MAYO DE 2005 Y LA DE 22 DE JUNIO DE 2006

De modo que como ya se ha dicho, la omisión u olvido testamentario y la consideración de dicha omisión como preterición, se apreciará si en el momento temporal de la otorgación del testamento concurrió dicho olvido u omisión errónea o intencional. En todo caso, la preterición exige la apertura de la sucesión con lo que en buena lógica sólo resulta de aplicación si se dan los presupuestos previos para la apertura. De este razonamiento se deduce que no cabe limitar el poder de disposición por actos *inter vivos* que un sujeto ostenta sobre su patrimonio.

En este sentido y sobre la intención de los potenciales herederos de que se determine la ineficacia de ciertos actos de su progenitor, declara la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 2005: «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. Lo cual se pone en relación con un tema más amplio. No se puede hablar de legítima (su cómputo, atribución e imputación) hasta después de la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante. Lo cual significa que el mismo, o por mejor decir, toda persona tiene poder de disposición mientras vive, sobre todos sus bienes, por actos *inter vivos* onerosos o incluso gratuitos, sin perjuicio de que a estos últimos se les pueda aplicar la reducción por inoficiosidad. En ningún caso puede limitarse y, menos, aun, impugnarse actos *inter vivos* por razón de una sucesión futura que incluye la sucesión forzosa, es decir, las legítimas».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 2006, destaca tanto por su claridad conceptual como por el tratamiento institucional que hace, habida cuenta del problema de las distintas redacciones del Código Civil y la aplicación retroactiva de los principios constitucionales. Dice la sentencia que la preterición «es la omisión del legitimario en el testamento, sin que éste haya recibido atribución alguna en concepto de legítima; en el presente caso, efectivamente, al hijo extramatrimonial del causante no se le menciona en el testamento (fue concebido y nació después de otorgado éste) ni nada recibió imputable a la legítima. La declaración de principio del mencionado artículo 814 es clara: la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima, tras cuyo principio declara los efectos distinguiendo si la preterición es intencional o errónea (no intencional, la llama). La primera se produce cuando el testador no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario, sabiendo (intencionadamente) que éste existe; la segunda, cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente (no otro) porque ignoraba (erróneamente) su existencia. Se advierte que estos conceptos vienen referidos al testamento, no a la muerte. Es decir (como mantiene la sentencia de primera instancia), que la preterición se produce si en el testamento se omite al legitimario, sin importar que en la apertura de la sucesión, producida por la muerte del causante, éste haya sabido o no de la existencia de aquél. No se tiene en cuenta la preterición al tiempo de la muerte, según conozca o no de la existencia del legitimario, sino al tiempo del testamento».

3. LA PRETERICIÓN NO INTENCIONAL PRODUCE LA ANULACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE CONTENIDO PATRIMONIAL

En cuanto a las consecuencias de la apreciación de la preterición del legítimo, se aplicarán sobre las atribuciones de carácter patrimonial, y caso de que la preterición no haya sido intencional, procederá su anulación.

Dice en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 2006: «se estima que en el presente caso el testador omitió al único legítimo, su hijo, en el testamento, ignorando su existencia y, cuando la supo no lo modificó y quedó viciado de preterición errónea con el importante efecto (que reconoce la sentencia de primera instancia) de anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, según dispone el artículo 814, párrafo segundo, número primero. Con ello, la presente resolución no hace sino seguir la doctrina jurisprudencial que plasman las sentencias de 30 de enero de 1995 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 otorgamiento”; y respecto al caso que contempla, añade (con total semejanza al caso presente): “Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de su sexto hijo en el año 1991 no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria expresada el 2 de diciembre de 1988” (14).

4. LA PRETERICIÓN DE BUENA Y DE MALA FE DEL LEGÍTIMO Y EL CARÁCTER RESTRICTIVO Y SUBSIDIARIO DE LA NULIDAD DE PARTICIÓN HEREDITARIA O FAVOR PARTITIONIS EN LA JURISPRUDENCIA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2006

Por su parte, cabe la posibilidad de que la preterición afecte a la partición ya materializada. En este sentido, el Código Civil resuelve esta circunstancia, en el entendido de que dicho olvido u omisión no lo es tanto del legítimo como de cualquier partícipe de la comunidad hereditaria. En estos supuestos en que se ha procedido a la partición, el artículo 1.080 del Código Civil se ocupa de sus consecuencias atendiendo a la general conservación de los actos de buena fe y, en particular, al principio de conservación de la partición, sin perjuicio de la correspondiente subsanación del quebranto ocasionado al heredero (15).

(14) Por su parte, téngase en cuenta que la calificación de la voluntad del testador es competencia del juzgador de instancia, de modo que: «cuando se declara probado que no existió tal intención y criticando la sentencia recurrida en la medida en que declara acreditada la preterición no intencionada, incurre en el defecto casacional de hacer supuesto de la cuestión, al pretenderse en última instancia una revisión de la valoración probatoria realizada por la sentencia recurrida a través de un recurso inadecuado como es el de casación, ya que si la parte recurrente no estaba conforme con dicha valoración probatoria, debió articular previamente el recurso extraordinario por infracción procesal» (ATS de 1 de diciembre de 2009); también ATS de 23 de junio de 2009.

(15) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 179, y CÁMARA ÁLVAREZ DE LA, «Comentario al artículo 1.080 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BER-

El mencionado artículo 1.080 del Código Civil dice: «La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda». Con todo y desde la perspectiva jurisprudencial, de nuevo ha de atenderse a las sucesivas redacciones que el legislador ha dispensado a la institución de la preterición, ya que antes de la redacción vigente correspondería la nulidad de las operaciones particionales, caso de que concurriese la preterición del heredero forzoso.

Estando vigente la preterición, según sus actuales términos, la jurisprudencia reitera el carácter restrictivo y subsidiario de la acción de nulidad de la partición hereditaria. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2006, declara: «Este tratamiento restrictivo de la invalidez, afirmado por gran número de sentencias, como la STS de 31 de octubre de 1996, que se refiere a las de 15 de junio de 1982 y 25 de febrero de 1969 (a las que pueden añadirse las SSTs de 25 de febrero de 1989 y 11 de abril de 1959, entre otras), comporta que la nulidad de la partición tiene carácter subsidiario y sólo cabe cuando no existe otro recurso legal (SSTS de 27 de febrero de 1995 y 17 de enero de 1956), siempre que no quepa resolver las atribuciones mal valoradas por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición (STS de 11 de abril de 1959). En los supuestos de omisión en el activo partible de alguno de los objetos de la herencia y en el de preterición de algún heredero en la partición, el Código Civil tiende a conservar la validez y eficacia de la partición, sin perjuicio de subsanar el defecto de que adolece y el perjuicio irrogado a alguno de los herederos (beneficio de la partición o *favor partitionis*)».

5. LA PRETERICIÓN DE MALA FE DEL LEGITIMARIO EN LA PARTICIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE JUNIO DE 2006, Y EL LEGATARIO DE PARTE ALÍCUOTA

Con todo y como no podía ser de otra manera, la concurrencia de mala fe en la partición hace que los efectos sean distintos y que en estos supuestos proceda la rescisión de dicha partición. En particular la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2006, se ocupa del legatario de parte alícuota como heredero y la concurrencia de mala fe en la omisión hecha en la partición: «la preterición en la partición del legatario de tal clase [la asimilación de la figura del legatario de parte alícuota a la del heredero en cuanto acreedor de una parte de la herencia] ha de producir los efectos previstos en el artículo 1.080 del Código Civil para el caso de preterición de un heredero, de forma que si se produce de mala fe o dolosamente —conociendo su existencia— ha de desembocar en la rescisión de la partición así realizada» (16).

COVITZ, SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2529 a 2533.

(16) Vid., NÚÑEZ MUÑOZ, *El legado de parte alícuota: su régimen jurídico*, Madrid, 2001.

6. RECAPITULACIÓN JURISPRUDENCIAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 31 DE MAYO DE 2010

La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2010, dictada siendo ponente O'CALLAGHAN, es el mejor exponente de las anteriores consideraciones. En el caso de autos, el causante otorgó testamento el 9 de abril de 1990, y en él disponía lo siguiente: «Lega a su citada esposa la cuota viudal que por ley le corresponda. Instituye herederas por partes iguales a sus dos citadas hijas y por premoriencia nombra sustitutos a sus respectivos descendientes». Don Severiano, el testador, antes de su fallecimiento, se divorció de la esposa a la que refiere en la atribución patrimonial, siendo una de las codemandadas, junto a sus dos hijas mencionadas en el testamento. La demandante, doña Delfina nació el 31 de enero de 1981; el 9 de abril de 1996 se practicó la prueba biológica de paternidad y resultó ser aquel causante su padre extramatrimonial. Lo cual fue declarado por sentencia firme después de su muerte, que acaeció el 19 de febrero de 1999; esta hija reconocida por sentencia demanda a la esposa y a las dos hijas matrimoniales. Se apreció que la preterición fue errónea.

Declara la sentencia sobre las clases de preterición, la interpretación y la partición: «Tres son los conceptos jurídicos de los que se debe partir para fundamentar el fallo, en el presente caso: la interpretación del testamento, el concepto de preterición distinguiendo la intencional y la errónea y la partición y su nulidad. La *interpretación del testamento*. La finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador (así, sentencias de 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003 y 19 diciembre de 2006). 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. Éste 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: así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, como las sentencias de 29 de diciembre de 1997, 23 de enero de 2001 y 19 de diciembre de 2006».

En cuanto a la preterición intencional y errónea y sus efectos declara: «Viene regulada por el artículo 814 del Código Civil, redactado por la Ley de 13 de mayo de 1981, que produjo un cambio sustancial en su regulación. En todo caso exige la omisión de todos o algunos legitimarios en el contenido patrimonial del testamento, sin haberles atribuido en el mismo o anteriormente ningún bien y que le sobrevivían. La intencional se produce cuando el testador sabía que existía el legitimario preterido, al tiempo de otorgar testamento 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). Los efectos son bien distintos: mientras en la intencional se rescinde la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta, se rescinden los legados a prorrata, en la errónea de alguno de los hijos o descendientes, se anula la institución de heredero y si no basta, los legados. En todo caso, pro-

clamada artículo 814 del Código Civil, la preterición de un legitimario no perjudica la legítima, como dice el artículo 813».

En cuanto a la partición: «implica la división y adjudicación de los bienes que forman el patrimonio del causante a los coherederos y legatarios de parte alícuota, extinguiendo así la comunidad hereditaria. El artículo 1.080 del Código Civil contempla el supuesto de que se haya practicado omitiendo a un coheredero, lo que da lugar a la nulidad si se prueba mala fe en la que los que la han practicado. La mala fe significa que conocían la existencia del coheredero y, pese a ello, lo han obviado. La omisión de un coheredero comprende también la de un legatario de parte alícuota (como dice la sentencia de 12 de junio de 2006). Igualmente, el 1.081 sanciona con la nulidad de partición hecha con un heredero aparente, lo que debe comprender, como en el caso anterior, al legitimario de parte alícuota, no ya por analogía, sino por interpretación extensiva, ya que en uno y otro caso lo decisivo no es su carácter, sino su cualidad de sujeto de la partición».

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: LA FUTURA APLICABILIDAD DEL DENOMINADO APEGO FAMILIAR PARA APRECIAR LA CONCULCACIÓN DE LA IGUALDAD CUANDO SE APLIQUE EL DERECHO PREVIO A LA CE

En la práctica notarial ya no se cuestiona la conveniencia de incluir una fórmula genérica para que el testador evite involuntariamente la concurrencia futura y no intencional de los efectos de la preterición. Con todo, como la reforma de 1981 incluye la posibilidad técnica de la denominada preterición intencional, se refrenda de nuevo con el último párrafo del artículo 814 el protagonismo indubitado de la voluntad del causante, toda vez que «a salvo las legítimas tendrá preferencia, en todo caso, lo ordenado por el testador». En este sentido, esta preterición intencional respeta la voluntad deliberada del testador de omitir la mención de un legitimario, ya que sus efectos se circunscriben a la reducción de la institución de heredero.

Por fin y teniendo en cuenta las sucesivas reformas del Código Civil en la materia, así como la aplicación de la lógica interna constitucional al Derecho Sucesorio y Familiar, puede llegar a superarse la actual doctrina jurisprudencial sobre filiación y testamento. En este sentido, si las sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de la Constitución —pero antes de la adaptación del Código Civil por el legislador ordinario— han de atender al principio de igualdad, habrá de ventilarse si sobre los testamentos otorgados antes de la Constitución puede o no apreciarse la igualdad y el derecho a mantener una relación familiar. Así la cuestión girará en torno al momento en que se otorgó testamento y a la existencia o no de «relación o apego familiar» entre el causante y sus hijos no matrimoniales. Como decimos, es posible que pueda concurrir no tanto un cambio de línea jurisprudencial, como la incorporación de los efectos del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la preterición de hijos o hijas no matrimoniales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Además de la citada a nota a pie de página:
- ALBALADEJO, «Para una interpretación del artículo 814.1 del Código Civil», en *RDP*, diciembre de 1967, págs. 1023 a 1048.
- BOLAS ALFONSO, «La preterición tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981», en *AAMN*, XXV, 1982.
- BUSTO LAGO, «Comentarios a la Sección 5.^a, *De las legítimas. Artículos 806 a 822*», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Aranzadi-Thomson, Madrid, 2009, 3.^a ed., págs. 963 a 993.
- «La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, 705, págs. 11 a 118.
- CÁMARA ÁLVAREZ, DE LA, «Comentario al artículo 1.080 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2529 a 2533.
- COBACHO GÓMEZ, «Notas sobre la preterición», en *RDP*, 1986, pág. 40 y sigs.
- COSTAS RODAL, *La ineficacia de la partición hereditaria*, Dykinson, Madrid, págs. 177 a 188.
- ESPEJO RUIZ, «Invalididad de la partición hereditaria realizada por contador-partidor por preterición de un heredero o por inclusión de un heredero que no lo es», en *Homenaje Albaladejo*, pág. 1493 y sigs.
- GARCÍA MORENO, «La preterición de herederos forzosos en el Derecho Común tras la reforma de 1981», en *AC*, 44, 1995, págs. 883 a 907.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código Civil y en los Derechos Civiles Forales*, Granada, 2004.
- GONZÁLEZ PORRAS, «Comentario de los artículos 697 y 698. Sección 5.^a Del testamento abierto», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Vol. 1 B, Edersa, Madrid, 1987.
- LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992.
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.^a ed.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «Algunos problemas de la preterición no intencionada de los hijos o descendientes. Anulación de la institución de heredero y respeto a lo ordenado por el testador (párrafos segundo, núm. 2 y quinto del art. 814 del Código Civil)», en *RCDI*, 1988, pág. 585.
- NAGORE YÁRNOZ, «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo. De las formas del testamento», *Tomo XXXVII-1.º Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentarios a la Sección: Capítulo IV. De la nacionalidad y vecindad civil de la Ley del Registro Civil, artículo 65», en *Comentarios al Código Civil, Tomo IV, 3, Artículos 40 al final de la Ley del Registro Civil*, Madrid, Edersa, 2005.
- REY PORTOLÉS, «Comentarios a vuelapluma de los artículos sucesorios reformados por la Ley 11/1981», en *RCDI*, 1982, pág. 358 y sigs.
- RIVERO HERNÁNDEZ, «Preterición de hijo extramatrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)», en *Derecho Privado y Constitución*, 6, mayo-agosto de 1995, pág. 227 y sigs.
- ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.^a ed.

SAN SEGUNDO MANUEL, «Preterición por omisión del legitimario», en *RCDI*, 2007, págs. 700, 824 y sigs.

VALLET DE GOYTISOLO, «Comentarios a la Sección 5.^a, De las legítimas, a la Sección 9.^a, De la desheredación, artículos 806 a 857 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1.

RESUMEN

HERENCIA Y LEGÍTIMA PRETERICIÓN EN LA PARTICIÓN

La preterición, como relego u omisión, tiene su ámbito propio en el testamento, y en la legítima, específicamente, en su intangibilidad cuantitativa. La institución, que encuentra sus orígenes cuando menos de forma nominal en el Derecho romano, sufrió un trascendental cambio en el año 1981. El propósito principal de esta Ley 11/1981, de 13 de mayo, consistía en la adaptación de las previsiones del Código Civil a la Constitución. En su virtud y por lo que se refiere a la preterición, supuso la igualación de los hijos e hijas no matrimoniales a los que sí lo fuesen. Al tiempo, la nueva redacción del artículo 814 incorpora la preterición intencional y la errónea, caracterizada por los diferentes efectos que despliega la primera, circunscrita a los herederos forzosos y a la detracción de la legítima del heredero, de la segunda, limitada a los descendientes y capaz de anular las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial e, incluso, la institución de heredero. En síntesis, antes y después de esta reforma, la preterición consiste en la falta de mención de uno o de todos los legitimarios en el testamento. Sobre estos fundamentos conceptuales y normativos, en estas líneas se revisará la jurisprudencia pronunciada en las cuestiones más litigiosas referidas a su calificación, momento y efectos, así como a la retroactividad de las previsiones del artículo 814 para los hijos

ABSTRACT

LEGACY AND RESERVED PORTION PRETERITION IN ESTATE PARTITION

Preterition, like relegation and omission, has its own sphere in matters of wills and reserved portions, specifically, in its quantitative intangibility. The institution of preterition, whose origins lie at least nominally in Roman law, underwent a most significant change in 1981. The main purpose of Act 11/1981 of 13 May was to adapt the terms of the Civil Code to the Constitution. By virtue of that act, as far as preterition was concerned, issue not of a marriage were placed on an equal footing with issue of the marriage. At the same time, the new wording of article 814 incorporated intentional preterition and erroneous preterition. These two concepts are characterised by the different effects they have. The effects of the former are restricted to the forced heirs and withdrawal of an heir's reserved portion. Those of the latter are limited to the descendants and are capable of annulling testamentary provisions concerning assets and even the naming of heirs. In short, before and after this reform, preterition consisted in failure to mention in the will one or all of the persons entitled to a reserved portion. This paper examines these conceptual and legislative foundations and reviews case law on the most litigious issues concerning the definition, time and effects of preterition. The paper also discusses the

no matrimoniales preteridos en testamentos otorgados antes de la entrega en vigor de la Constitución.

retroactive nature of article 814 for non-matrimonial issue pretermitted in wills made before the Constitution took force.

1.5. Obligaciones y Contratos

DOBLE VENTA: LOS EFECTOS DE LA DEFINITIVA TOMA DE PARTIDO DEL TRIBUNAL SUPREMO

por

MATILDE CUENA CASAS
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS DISTINTAS POSICIONES JURISPRUDENCIALES RESPECTO AL ALCANCE DEL ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL.—3. LA DOBLE VENTA Y LAS ADQUISICIONES A *NON DOMINO*: 3.1. LA CATEGORÍA DE LA *INOPONIBILIDAD* COMO FUNDAMENTO DE LA PREFERENCIA DEL COMPRADOR QUE INSCRIBE. 3.2. LA NECESIDAD DE QUE LA PRIMERA VENTA NO HAYA SIDO CONSUMADA COMO REQUISITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL.—4. LA REGULACIÓN DE LA DOBLE VENTA NO CONSTITUYE UN REFLEJO DE LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO: LA DOBLE VENTA Y LA VENTA DE COSA AJENA.—5. EL REQUISITO DE LA BUENA FE.—6. LOS EFECTOS DE LA DOCTRINA PLENARIA SOBRE LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR.—7. LA CONTRADICTORIA DOCTRINA RESPECTO A LA VENTA DE COSA COMÚN.—8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Muchas y muy profundas habían sido las sentencias que daban respuestas diferentes a casos idénticos, y también muy diversas las opiniones doctrinales acerca de unos asuntos tan absolutamente básicos en el sistema como son los que se dan cita en el artículo 1.473 del Código Civil. Tantas que, por muy celebrada que haya sido y siga siéndolo la iniciativa de los miembros de la Sala primera de optar por la fórmula de las sentencias plenarios para tratar de unificar criterios en materias conflictivas —iniciativa comenzada a finales de 2005—, conviene llevar a cabo una revisión de las consecuencias que esa jurisprudencia plenaria haya podido tener, y conviene todavía más hacerlo en el seno de una revista como la *Crítica de Derecho Inmobiliario*, pues, al fin y al cabo, nos hallamos ante un precepto que, debidamente combinado con aquellos otros que conforman las bases del sistema de transmisión de la propiedad, constituye la labor diaria de los más de 3.000 profesionales de la fe pública notarial con que cuenta nuestro país. Debo adelantar que, al menos en lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las trascendentales sentencias plenarios de 5 de marzo de 2007 (*RJ* 2007/723) y 7 de septiembre de