

Comentario a «vuela pluma» de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados 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*

A mi maestro, Luis Díez Picazo, como adelanto, por si nunca llego a escribir el libro que él prefiere que le dedique.

De los seis artículos que comprende la Ley, deliberadamente me concentraré en el 4.º y en el 5.º, orillando algunos «flecós» de Derecho sucesorio que cuelgan de preceptos del Código modificados por los tres primeros de aquélla. Es una forma arbitraria, pero cómoda, de acotar la materia que se me ha adjudicado.

(*) NOTA DEL AUTOR: El presente trabajo constituye una parte del informe que, dentro de la distribución temática convenida, correspondió presentar al autor en unas jornadas que, con motivo de la primera de las dos recientes reformas del Código Civil, celebramos en Reus durante algunos días del pasado junio los Notarios y Registradores de la provincia de Tarragona. Por supuesto que he tenido que darle forma publicable, adicionándole algunas notas y recogiendo muchas de las sugerencias que en las diversas sesiones se vertieron. Los presentes comentarios no son, pues, en su origen, sino un fragmento desarrollado y adecentado de apuntes o esquemas preparados para su discusión oral, pero al repasarlos he creído, más por el valor de las ideas ajenas que incorporo que por el de las mías propias, que había algunos elementos aprovechables que convenía someter a una mayor difusión, a fin de suscitar polémicas y rectificaciones que nos ayuden a los aplica-

Empezando, pues, por el artículo 4.º de la Ley 11, el primer precepto claramente de contenido sucesorio de los que en él se modifican es el 179 del Código Civil, pero voy a posponer intencionadamente su comentario (1) por razones sistemáticas fácilmente perceptibles, de modo que lo abordaré, en su caso, inmediatamente antes del artículo 180 del Código, dentro ya del 5.º de la Ley.

Comenzaré, por lo tanto, en realidad, con el artículo 741 del Código Civil, utilizando una técnica que procuraré extender a todos los demás, consistente en desvelar en una primera parte las vicisitudes parlamentarias que ha atravesado la norma (2) y en glosar, en un segundo momento, el texto definitivo con las ideas, más o menos aprovechables, que el mismo me sugiere.

ARTÍCULO 741

«El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere.»

En el Proyecto (3) decía simplemente:

«El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo.»

Fue la Ponencia (4) de la Comisión de Justicia del Congreso la que

dores de la norma, tras las «sacudidas» jurídicas (terremotos más bien) que estamos sufriendo a volver a sentirnos mínimamente seguros en el conocimiento del derecho privado. Sirva también la celeridad de la confección de estos comentarios y su carácter de pioneros como disculpa para los posibles errores o inexactitudes en que haya podido incurrir. Yo mismo he filtrado los que he percibido, deshaciendo, en más de una ocasión, páginas enteras al percatarme del verdadero sentido de algún precepto nuevo o retocado con el que hasta ese momento no había contado. Finalmente advierto que aquí va la glosa de sólo siete artículos que han agotado las fuerzas de un primer impulso (desarrollado durante la pausa veraniega); si consigo recuperarlas y si todavía plumas más capaces no me exoneran con su anticipación de la tarea, procuraré continuar en meses sucesivos, aunque no formulo aquí promesa pública en firme.

(1) A salvo lo que sobre él digo en la nota 36.

(2) En la medida en que son cognoscibles para un ciudadano «de a pie», pues sabido es que el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* no publica el texto de las enmiendas formuladas por los Diputados ni los *Diarios de Sesiones* del Congreso y del Senado las discusiones habidas en las Comisiones de Justicia y de Justicia e Interior, respectivamente.

(3) «Proyecto de Ley. Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* —Congreso de los Diputados—, I legislatura, Serie A, número 71-I, correspondiente al día 14 de septiembre de 1979. Por su manejabilidad utilizo la reproducción aparecida en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al número 1.181.

(4) Integrada por los señores Diputados don JOSÉ LUIS ALVAREZ ALVAREZ, doña MARÍA DOLORES PELAYO DUQUE, don JOSÉ L. RUIZ NAVARRO Y JIMENO, don ANTONIO SOTILLO MARTÍ, don JAVIER SÁENZ COSCULLUELA, don JOSÉ SOLÉ BARBERÁ,

en su Informe (5) explica que: «Al artículo 741 se ha presentado como única la enmienda 230 (Socialistas de Cataluña) (6), que podría ser aceptada. En tal caso el texto sería el siguiente: '...', y le dio la redacción que se ha convertido en Ley, al no experimentar ya ningún otro retoque parlamentario.

Su antecedente se encuentra en el artículo 741 del Código, versión hasta ahora vigente, que rezaba así: «El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo.»

Es evidente que la supresión de la categoría jurídica de los hijos ilegítimos imponía la rectificación de su referencia a ellos en el artículo que comento, pero las Cortes aprovecharon para añadir dos hipótesis más en que el reconocimiento mantiene «su fuerza legal».

Para la exégesis de la versión anterior, y fiel a mi propósito de ceñirme al comentario de las novedades de la reforma, me remito a los manuales al uso (7). Por ello aquí me limito a afirmar que:

1.º Por reconocimiento hay que entender ahora no sólo el de los hijos no matrimoniales, sino también el de un hijo matrimonial nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio (cf. nuevo art. 117, proposición segunda) o no cubierto tampoco con la presunción de paternidad del marido por estarse en el caso del artículo 118 actual, donde en el consentimiento para la inscripción de la

don JOSÉ VERDE I ALDEA, don JOSÉ A. MATURANA PLAZA, don JUAN CARLOS AGUILAR MORENO, don JUAN L. DE LA VALLINA VELARDE, don MIGUEL ROCA JUNYENT, don MARCOS VIZCAYA RETANA y don FERNANDO SAGASETA CABRERA.

(5) Informe de la Ponencia. Publicado en el *B. O. C. G.* —Congreso de los Diputados—, I legislatura, Serie A, núm. 71-I 3, correspondiente al 22 de mayo de 1980.

(6) Cuyo tenor y motivación ya he dicho que resultan incognoscibles por los cauces ordinarios.

(7) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Sucesiones*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1971, págs. 522 y 523, y ed. 1976, páginas 342-3; también págs. 240-1. JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. II, Bosch, Barcelona, 1977, págs. 213-4. También págs. 11 a 14; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. II, 7.ª ed. revisada y puesta al día en la materia de referencia por JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, Reus, S. A., Madrid, 1973, págs. 418-9; LUIS DíEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1978, páginas 513 a 515; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, vol. V, 3.ª ed., Ed. R. D. P., Madrid, 1970, págs. 229 a 231 y 379-80; JAIME SANTOS BRIZ: *Derecho civil. Teoría y práctica*, tomo VI, Edersa, 1979, págs. 230 a 233 y 379; JUAN OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos (hoy Centro de Estudios Constitucionales), Madrid, 1957, págs. 28 a 30 y 487-8; FERNANDO BADOSA COLL en notas de actualización de las de ROCA SASTRE al *Derecho de Sucesiones* de THEODOR KIPP, tomo V, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1976, página 291. Vide además los trabajos monográficos que citaré en el texto.

filiación como matrimonial va implícito un reconocimiento (8). Rara vez se canalizarán a través de un testamento esos reconocimientos de prole matrimonial, pero la posibilidad es indudable.

2.º El segundo supuesto del precepto («... o éste no contenga otras disposiciones...») confirma la posibilidad, ya aceptada por la doctrina y jurisprudencia anteriores, de un testamento sin contenido patrimonial, a pesar de la definición del artículo 667 y de la afirmación del primer párrafo del artículo 668 del Código Civil. Claro que se podrá seguir diciendo que tal testamento lo es sólo en un sentido formal o amplio, pero lo que es indudable es que el legislador califica de testamento (cf. «... o éste...») a un instrumento de semejante contenido único.

Mas aparte la cuestión general de si es posible un testamento —cualquiera que sea el alcance de esta voz— apatrimonial, la concreta hipótesis ahora prevista por el artículo 741 de que el testamento contuviera sólo un reconocimiento de filiación había suscitado encontradas opiniones doctrinales, en especial al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1964, a la que en cierto sentido muy lejano sirvieron de antecedente las de 16 de octubre de 1918 y 12 de marzo de 1958 y a la que siguió la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de agosto de 1970:

— JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA, apoyado en la ambigua Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940, había negado validez a tal reconocimiento, pues no podía decirse que estuviera contenido en un auténtico testamento, ya que, a diferencia de los típicos negocios *mortis causa*, desplegaría sus únicos efectos inmediatamente (cf. art. 254 del Reglamento notarial) y con carácter irrevocable, en contra del principio general del párrafo primero del artículo 737 del Código Civil. En otras palabras, para él, testar sólo para reconocer era querer reconocer y no testar. Por consiguiente —concluía—, si el reconocimiento se hace en un pseudotestamento, «la sanción no puede ser otra sino la máxima de nulidad absoluta o de pleno derecho que determina el artículo 4.º del Código Civil, en cuanto que va en contra de lo dispuesto en la Ley, concretamente los artículos 131 y 133» (9).

ALBALADEJO sostuvo parecida opinión (10).

(8) Cfr. también artículo 138 actual.

(9) JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: «Reconocimiento de hijo natural en testamento», *R. D. P.*, 1965, págs. 183 y ss.

(10) MANUEL ALBALADEJO GARCÍA: *El reconocimiento de la filiación natural*, Bosch, Barcelona, 1954, donde afirma —pág. 218— que la cuestión del reconocimiento hecho en testamento que no contenga disposición de bienes «se resuelve con base en el presupuesto de que no es posible un testamento sin disposición de bienes, ya que el artículo 667 define el testamento como “acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”».

— En cambio, MARTÍNEZ CALCERRADA se adhirió a la solución de la sentencia citada de 1964 y defendió que «el reconocimiento de hijo natural verificado en testamento notarial —y en los secretos cuando su publicidad *a posteriori* lo permita— siempre es válido, ya se incluya con otras disposiciones patrimoniales o no en el mismo, ya represente el único contenido testamentario, por cuanto ese reconocimiento tiene pública consistencia al amparo de los artículos 131 y 133 del Código Civil y el acto que lo acoge es un auténtico testamento, aunque se abra la sucesión intestada conforme a los artículos 912, 1.º, y 764 del Código Civil» (11).

En la misma línea se situó GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, para quien era válido el reconocimiento hecho en testamento, «aunque no haya especial declaración respecto a los bienes y derechos del testador, bien porque carezca de ellos, bien porque no pretende disponer de manera diferente a la sucesión legítima, y sí descargarse de ciertos deberes de conciencia siempre que efectivamente haya voluntad de testar» (12).

Y también PORRAS IBÁÑEZ escribió que «con extremado respeto para las opiniones de nuestros discrepantes rechazamos que, en Derecho español, la patrimonialidad sea característica indispensable que nutra el concepto del testamento, porque ella aparece negada de los artículos 45, número 3; 126 y 204 del Código Civil, entre otros varios» (13).

Es evidente que la nueva redacción dada al artículo 741 ha querido zanjar la discusión, confirmando, a mi juicio con muy buen criterio, la solución de la sentencia de 1964 y de los autores que la secundaron, mucho más pragmática que la defendida por la corriente contraria (14).

3.º En cambio, el legislador no ha aprovechado la reforma para despejar otros aspectos discutidos del precepto.

A) Así, en primer lugar, la cuestión de en qué tipo de testamento cabe verificar un reconocimiento con las consecuencias del artículo 741.

El estado de la polémica bajo la regulación anterior lo resumió GÓMEZ-FERRER (15), según el cual:

(11) LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA: «El testamento y su pretendida patrimonialidad», *R. D. P.*, 1966, págs. 463 y ss.

(12) RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA: «Reconocimiento de hijos naturales en testamento», *R. D. N.*, núms. 61-62, julio-diciembre 1968, pág. 119.

(13) PEDRO PORRAS IBÁÑEZ: «Testar y reconocer», *R. D. P.*, 1969, pág. 354.

(14) Y estableciendo de paso para nuestro ordenamiento una solución al problema similar (en sus efectos) a la italiana, pues según el párrafo segundo del artículo 587 del Codice Civile: «Le disposizioni di carattere non patrimoniale che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale».

(15) *Op. cit.*, págs. 112 a 116.

— defendían que el reconocimiento podía canalizarse en cualquier tipo de testamento: MARTÍNEZ CALCERRADA, PUIG PEÑA, DE LA OLIVA, ALBALADEJO, BONET y CASTÁN, basados en el principio «*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*»;

— y, en cambio, reducían su posibilidad a sólo el testamento abierto notarial BELTRÁN DE HEREDIA y él mismo (16), aunque con posturas muy matizadas (17).

La solución correcta quizá siga siendo la mayoritaria, hoy con mayor razón, porque aunque el artículo 120, 1.º, continúa usando la ambigua expresión «otro documento público», los escrúpulos acerca de la preclusión del plazo de ejercicio de la acción de impugnación deben desvanecerse ante la más precisa regulación de la misma en los artículos 136 y siguientes, ya que o es imprescriptible (art. 140, 1, interpretado simétricamente respecto de los artículos 132, 1, y 133, 1) o los términos sólo empiezan a correr desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil (artículo 140, 2, inciso segundo: «... una vez inscrita la filiación...»).

En consecuencia, normalmente se reconocerá en testamento abierto notarial y sólo en ese caso se podrá dar cumplimiento en vida al artículo 254 del Reglamento notarial, pero en los demás tipos de testamento (me refiero ahora fundamentalmente al notarial cerrado y al oló-

(16) Basados en diversos argumentos:

1.º El artículo 131 antiguo hablaba tras del reconocimiento hecho en testamento, del efectuado en *otro* documento público, expresión que sería incoherente de no presuponer que el testamento a que se acaba de aludir es sólo el calificable de documento público.

2.º Con certeza, sólo podría el reconocimiento desplegar sus efectos de forma inmediata si se canaliza a través del testamento abierto notarial; y

3.º Si no fuera ése el único cauce del reconocimiento, sino también testamentos de contenido ignoto hasta la apertura de la sucesión «ocurriría que sería en ocasiones imposible el ejercicio de la acción de impugnación del reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad del menor, ya que puede el padre morir cuando el hijo tenga veintiséis años, por ejemplo, y la acción ya caducó».

(17) BELTRÁN DE HEREDIA (*op. cit.*, pág. 199) precisaba «que no se trata de que el reconocimiento de hijo natural sólo tenga efectividad cuando está comprendido en un testamento público otorgado ante Notario. Su inclusión en cualquier otra clase de testamento es perfectamente posible al no estar prohibida de modo directo por la ley. Lo que ocurre es que sólo el primero está en condiciones de acogerse al régimen especial establecido en el artículo 131 del Código Civil y es el único, por tanto, a que afectan los problemas que se trata de resolver en estas páginas». Por su parte, GÓMEZ-FERRER (*op. cit.*, pág. 116) sugería que la fórmula adecuada «para solucionar los intereses en juego es dar validez a estos reconocimientos realizados en las restantes formas testamentarias, pero en condiciones especiales, entre las que se cuentan la de empezar el cómputo del tiempo de caducidad de la acción de impugnación a partir del momento en que se tiene conocimiento de haberse realizado dicho reconocimiento, pero los efectos deben retrotraerse al momento de realización del mismo, a fin de que no quede burlada la ley y desatendidos los especiales deberes que con respecto a sus hijos naturales reconocidos tienen sus progenitores que los reconocen».

grafo), aunque en un orden normal de acontecimientos no se desvelará su contenido hasta la muerte del causante, no cabe afirmar que los reconocimientos que contengan no son válidos, ni que no mantienen su fuerza legal, aunque su envoltura sea revocada, ni que no están dispensados de los requisitos a que se refiere el artículo 124, 2, del Código Civil, etcétera.

B) Y en segundo lugar tampoco se ha despejado la cuestión de si el reconocimiento testamentario, en los casos en que el contenido de la última voluntad sea cognoscible por persona distinta del testamentador, surte efectos inmediatamente o sólo tras la muerte del causante.

Con anterioridad a la reforma, las principales posiciones creo que podían esquematizarse así:

— LACRUZ BERDEJO, basado en que el reconocimiento testamentario no iba a gozar de requisitos menos severos que el vehiculizado en escritura pública (en particular, por lo que hace a la necesidad de aprobación judicial: cf. art. 133, 2, del Código Civil, versión anterior), concluía que un tal reconocimiento, como cláusula única o acompañado de otras —eso ahora no importa—, no podía desplegar sus efectos antes del fallecimiento del testador, salvo que se cumpliese voluntariamente con el artículo 133, 2, citado, y pese a la orden del artículo 254 del Reglamento notarial que por su inferior rango normativo no puede vulnerar principios legales (18).

Parecidas razones adujeron CALDERÓN (19), MARTÍNEZ CALCERRADA (20), PORRAS IBÁÑEZ (21) y DÍEZ PICAZO (21 bis).

— En cambio, la postura contraria fue mantenida por GÓMEZ-FERRER (22), apoyado:

a) en que el reconocimiento es un acto *inter vivos* no susceptible de determinaciones accesorias de la voluntad como el plazo;

(18) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Sucesiones*, cit., págs. 357-8.

(19) MANUEL CALDERÓN: «Reconocimiento de hijos naturales por testamento», en *R. G. L. y J.*, 1905, tomo 106, págs. 299 a 304.

(20) *Op. cit.*, pág. 741.

(21) *Op. cit.*, págs. 354 y ss.

(21 bis) LUIS DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, vol. III, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1976, págs. 188 a 190, comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 1964, aunque parece distinguir entre verdadero reconocimiento *post mortem*, cuya eficacia quedaría diferida hasta la muerte del causante, y reconocimiento *inter vivos* con forma testamentaria, que, aunque de efecto inmediato, debe sujetarse a los requisitos legales de garantía, como son la audiencia del Ministerio Fiscal y la aprobación judicial.

(22) *Op. cit.*, págs. 122 y ss., donde cita como autores de la misma opinión a VALVERDE, BONET, DE RUGGIERO y BELTRÁN DE HEREDIA.

- b) en el artículo 254 del Reglamento notarial;
- c) en que de no producir efectos inmediatos sería un poco extraña la irrevocabilidad del reconocimiento que decreta el artículo 741; y
- d) en que de ser la eficacia del reconocimiento *post mortem*, se haría imposible en la mayor parte de los casos el ejercicio de la acción impugnatoria, ya que podría darse el caso de que al morir el testador y conocerse el contenido del testamento el hijo hubiera sobrepasado la edad de los veinticinco años (cf. el antiguo art. 133, 3, del Código Civil).

SANTOS BRIZ también aceptaba la eficacia *ex nunc* del reconocimiento testamentario, pero con la cautela de que «ha de prevenirse cualquier fraude de la Ley, puesto que al amparo de los artículos 131 y 741 no podrá obtenerse un reconocimiento prohibido (arg., art. 6.º, apartado 4, del Código Civil). De ahí la necesidad de que se compruebe la legalidad del reconocimiento efectuado, en cualquier caso, mediante el expediente referido (alude al del art. 49 de la Ley del Registro Civil), tramitado en el Registro civil o, en su caso, a través del juicio de mayor cuantía», y en nota 13, tras resumir la evolución histórica que ha desembocado en el artículo 254 del Reglamento notarial, afirma que «debe entenderse, y así viene siendo práctica frecuente, admisible el criterio de extender la nota marginal, pero debe ir precedida de expediente que compruebe la legalidad del reconocimiento para evitar fraudes de Ley» (23).

La cuestión, como decía, sigue hoy lamentablemente irresuelta (24), pero se me hace difícil adherirme a la autorizada postura de los que, como LACRUZ, parten de una presunción de fraude en los reconocimientos *in testamento* —que parece imaginar como hechos, en principio, para dar un rodeo al art. 133, 2, antiguo— y que precisa descalificar un precepto reglamentario de rancio abolengo.

(23) JAIME SANTOS BRIZ: *Derecho Civil. Teoría y práctica*, cit., pág. 232.

(24) Aunque una lectura precipitada del artículo 124, párrafo segundo actual, pudiera hacer pensar lo contrario. En efecto, cuando la proposición segunda de ese segundo párrafo habla de que «la inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse», etc., se está refiriendo con toda seguridad a la efectuada «dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento» y no a la realizada en virtud de un reconocimiento testamentario desvelado vía 254 R. not., porque no tendría sentido que esta hipotética inscripción pudiera ser suspendida a petición de la madre sólo durante el año siguiente al nacimiento, siendo así que el reconocimiento desvelado se puede producir cuando el reconocido tenga más de un año de vida y estadísticamente es más fácil que así sea. Con lo cual el último inciso del artículo 124, 2, que imagina un padre *vivo* confirmante de la inscripción no se refiere tampoco a la inscripción de un reconocimiento testamentario cuya única alusión sería entonces la de la proposición primera de ese párrafo segundo (y, claro está, la del art. 120-1.º, por lo que prácticamente estamos ante unas referencias igual de anodinas en orden a nuestro problema que las antiguas de los arts. 131 y 133, 2).

Podría pensarse que una solución más ponderada sería aquella que, partiendo del acatamiento del artículo 254 del Reglamento notarial y de la constancia del reconocimiento en el Registro Civil, aun en vida del testador, negase la plenitud de efectos a la filiación así determinada e inscrita, hasta el fallecimiento del reconocedor testamentario (25), por lo menos cuando el reconocido fuese menor (ahora también incapaz) o si, siendo mayor, no hubiese transcurrido el plazo del año del artículo 140, 3, que permita deducir su consentimiento tácito similar al que para los reconocimientos ordinarios exige el artículo 123 (26).

Pero parece preferible prescindir de una vez por todas de los escrúpulos de LACRUZ y de los autores de su misma orientación y admitir la eficacia *ex nunc* del reconocimiento en testamento, sobre la base de que la posible impugnación por parte del Ministerio Fiscal en todo caso (además de por la madre, en cuanto representante legal y heredera forzosa, y por el propio reconocido en su día) (cf. arts. 129 y 140) de una paternidad determinada contra el interés del hijo menor o incapacitado, cumple una función similar a la aprobación judicial *a limine* del artículo 124, 1, aunque no se me escapan las ligeras diferencias entre ambos tipos de control. Pero incluso desde este último planteamiento sería conveniente que el reconocimiento testamentario no aprobado por el Juez *a priori*, en caso de que no se considere viable que pueda dejar de surtir efecto hasta transcurridos los cuatro años a que se refiere el artículo 140, 2, si, por lo menos, no provoque ningún efecto en caso de impugnación, o lo que es lo mismo, sería harto conveniente que se reconociese a la impugnación total efecto retroactivo, aunque no sea más que por paralelismo con el fenómeno contrario: la determinación de la filiación (artículo 112, 1) (27).

4.º En la alternativa tercera de nuestro artículo («o sean nulas las

(25) Fallecimiento que de esta manera funcionaría como una *conditio iuris* del reconocimiento, al igual que lo es de su envoltura testamentaria.

(26) En qué medida es compatible esta hipotética solución —que apunto, pero no comparto— con los principios que inspiran la regulación del Registro Civil, no merece la pena abordarlo aquí, pero el que un «status» inscrito a través del asiento que proceda se halle legalmente pendiente de una *conditio iuris* debiera ser tan factible como lo es reflejar una transmisión de bienes sujeta a tal vicisitud en el Registro de la Propiedad: cfr. artículo 80, 2, del Reglamento Hipotecario.

(27) Lo que preconizo respecto del reconocimiento *ex testamento* de un menor o incapaz es cabalmente predicable del reconocimiento de un mayor capaz: surte efectos inmediatamente, vía 254 R. not., pero para cubrir el evento de que el reconocimiento sea falso o de que, aun siendo verdadero, perjudique al reconocido, éste cuenta con el plazo del artículo 140, 2, o incluso —si falta el *status familiar*— con el del 140, 1 —que lo extiende a aquellos a quienes perjudique el reconocimiento—, y caso de prosperar la impugnación, su eficacia retroactiva debe interpretarse también con generosidad, como, por otra parte, es lógico. Ahora bien, para facilitar la reacción del perjudicado (o siendo menor o incapaz la de quien

demás —disposiciones— que contuviere») quizá debió emplearse el predicado «ineficaces», mejor que el de «nulas», a fin de abarcar también la hipótesis de nulidad relativa o anulabilidad que viene admitiendo para el negocio testamentario un sector creciente de la doctrina, aunque sea con un sentido distinto al que se le atribuye en los negocios *inter vivos* (28). La deficiencia terminológica, de serlo realmente, no parece insalvable con una adecuada interpretación (29); y

5.º Parece, por último, que sí afecta al reconocimiento la nulidad total del testamento, v.gr., por defecto de forma (cf. arts. 687 y 715 del Código Civil), aunque, aun así, el instrumento invalidado en muchos casos podría valer como prueba por escrito a los fines del artículo 127, 2.º, actual (29 bis).

proceda, incluso del Ministerio Fiscal) parece conveniente participarle por el encargado el asiento practicado, si no en un expediente previo (como quería SANTOS BRIZ), si en trámite posterior. La futura remodelación de la legislación del Registro Civil habrá de resolver todos estos aspectos.

(28) *Vide ad exemplum*, LACRUZ: *Op. cit.*, págs. 527 a 530. También JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, cit., V-II, págs. 192 a 196.

(29) Antes de la actual versión del artículo que comento, ALBALADEJO (*op. cit.*, página 122) había escrito que si el «artículo 741 sólo declara que la revocación del testamento no hace perder su fuerza legal al reconocimiento, es porque las otras causas de invalidez le afectan, ya que la sección 10 del capítulo I del título III del libro III (donde se encuentra ese artículo 741) se titula: «De la revocación e ineficacia de los testamentos». Así, pues, la única causa de invalidez que no afectaría al reconocimiento sería la que proviene exclusivamente de la mera voluntad del testador, pues las demás provienen de una disposición del legislador, que no excluye de la invalidez ninguna de las cláusulas que el testamento contenga». Pues bien, de la misma manera que la alternativa segunda de nuestro artículo («o éste —el testamento— no contenga otras disposiciones») ha servido para decantar las opiniones doctrinales en el sentido de la Sentencia de 1964, así también la alternativa tercera («o sean nulas las demás que contuviere») sirve para impedir que pueda seguir sustentándose opinión tan irreproachable en la forma como inadmisible en el fondo, cual la del aludido ilustre catedrático.

(29 bis) En fase de corrección de pruebas de este trabajo, me voy percatando de que, como era de esperar, dejo en el tintero otros muchos problemas; así, por ejemplo, el que apunta FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ (en el libro colectivo *El nuevo régimen de la familia. II. Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pág. 65), según el cual si el reconocimiento testamentario lo realiza un menor de edad (no emancipado, preciso yo) o un incapaz, si se necesita aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, por imperativo del nuevo artículo 121. En efecto, este precepto, que no distingue especies de reconocimiento, se presenta como una contraexcepción a la del artículo 124, 2, pero fundada no en la protección al reconocido, sino en la que conviene dispensar al precoz o disminuido reconocedor. La misma observación se encuentra hecha por RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA en «Código Civil: aproximación notarial a la reforma del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (Comentario de urgencia a algunos aspectos de la Ley de 13 de mayo de 1981)», en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 2.ª época, núm. 8, agosto de 1981, pág. 1468; también el mismo trabajo se ha publicado en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, número 171, correspondiente a septiembre de 1981, págs. 803 a 821, y, por lo que aquí se cita, pág. 812. En este último opúsculo (págs. 1472-3 y 815-6, respectivamente)

ARTÍCULO 761

«Si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes adquirirán éstos su derecho a la legítima.»

Esa redacción proviene del Proyecto, sin que el artículo experimentara retoque alguno en su periplo parlamentario.

Su antecedente se encuentra en el propio artículo 761, versión anterior, al que simplemente se le ha quitado su párrafo segundo.

La supresión de ese segundo párrafo en lo que se refiere al usufructo de los bienes heredados por los hijos del indigno es lógica desde el punto y hora en que se ha suprimido en la reforma el antiguo usufructo legal del titular de la patria potestad (cf. art. 165 actual y párrafos octavo y vigesimosegundo de la Exposición de Motivos que preludiaba al Proyecto). En cambio, esa supresión, en cuanto concernía a la administración de tales bienes, dejaba un vacío que ha sido convenientemente cubierto, en sede más apropiada y con fórmula común a la hipótesis gemela de la desheredación, por el artículo 164, 2.º (30), cuyo comentario excede mi actual propósito.

La reforma no se ha aprovechado para despejar la duda, no completamente resuelta a nivel doctrinal, de si todas las causas de indignidad, y no sólo la del número 2.º del artículo 756, privan de su legítima al indigno (31). Aun presupuesta la contestación afirmativa, que goza cada vez de mayor predicamento entre los autores, y considerada innecesaria esa aclaración, ¿hubiera sido un acierto, en otro orden de cosas, sustituir

se abordan las mismas (y otras) cuestiones que he resumido en el texto, pero las ligeras discrepancias con respecto a alguna de las opiniones del docto compañero no creo oportuno abordarlas en esta nota extemporánea; únicamente me permito recordar que el texto del antiguo artículo 131 también hablaba de «otro documento público» y no de «otro instrumento público», como él dice, por lo que no advierto variación alguna en la locución (cf. art. 120, 1, actual) y, por consiguiente, en el problema que trato en el punto 3.º-A).

(30) «... Se exceptúan de la administración paterna: ... 2.º Los (bienes) adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un Administrador judicial especialmente nombrado...» La expresión «... o no hubieran podido heredar por causa de indignidad...» no creo que desvirtúe el alcance que a esa incapacidad relativa atribuye tradicionalmente la doctrina conforme al cual el indigno *potest capere sed non potest retinere* (vide LACRUZ: *Op. cit.*, I, págs. 111 a 113). Hay que interpretarla como si dijese «... o no hubieran podido heredar o mantener su condición de herederos por causa de indignidad...» Lo contrario significaría contradecir con base en un giro gramatical de un precepto marginal los sólidos razonamientos de LACRUZ, apoyados, entre otros, en los artículos 760 y 762.

(31) El mismo reproche cabe hacerle a la Ley de 26 de mayo de 1978 de despenalización de los delitos de adulterio y amancebamiento.

la palabra «testador» por «causante», dado que la indignidad opera igual en la sucesión testada que en la intestada (art. 914)?

Aunque a primera vista pudiese pensarse que sí, creo que el acierto hubiese sido mínimo, y no sólo porque la inadecuada voz «testador» se mantuviese en otros artículos no reformados (756, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º; 757), con la consiguiente desarmonía interna dentro del Código, sino porque quizá sea éste, el 761 (junto con la primera alternativa del 757 y acaso con el actual número 5 del 756), donde más adecuadamente cabe presuponer un testador, de entre todos los dedicados a normar la indignidad y sus efectos. Ciertamente; el precepto articula una representación en la legítima (¿o en la condición de legitimario?: pronto lo veremos) y ésta es institución propia de la sucesión testada (32). Si el causante respecto del cual el hijo o descendiente es indigno fallece intestado, los hijos o descendientes de este último entiendo que representan al incapaz en toda la porción intestada que le hubiera correspondido a él de no serlo (artículo 929), y no sólo en una fracción de ella equivalente a la que por legítima procedería de ser la sucesión testada (33). El artículo 766 no parece que sea obstáculo para esta conclusión, puesto que se refiere a la institución *voluntaria* de heredero y no a la sucesión intestada, donde la representación actuará de acuerdo con las reglas ordinarias. Lo que parece querer ordenar ese artículo 766 es que en caso de institución voluntaria de un descendiente que deviene indigno *post testamentum* (y la analogía exige lo mismo en caso de designársele legatario), los descendientes de ese descendiente, en tal evento, no le sustituyen más que en la legítima (¿porción?, ¿cualidad?: en seguida), pero no en lo que de ella exceda la atribución. Viene a vedar que se interprete existente una sustitución vulgar tácita en favor de la progenie del incapaz.

¿Por qué esa diferencia entre la sucesión testada y la intestada? Aparentemente, no parece tener explicación y se manifiesta como una de tantas inconsecuencias de nuestro legislador, pero si el 766 no pasa de

(32) Porque es a la libertad de testar a la que sirve de freno. No ignoro que la legítima puede seguir teniendo alguna virtualidad en la sucesión intestada: así, por ejemplo, a propósito de la legítima viudal en concurso con descendientes o ascendientes, o en el caso de que al haber el causante agotado gran parte de su caudal vía donaciones, la porción que abintestato reciba algún legitimario sea insuficiente para ver satisfecho su derecho. Pero, en este segundo caso, la legítima actúa más bien —permitiendo la reducción— como freno a la facultad de disponer mediante donaciones, siendo indiferente que el *de cuius* hubiese fallecido con testamento o sin él; y el primero es hoy ya casi el único supuesto en que la legítima tiene que actuar rectificando ligeramente los llamamientos legales (así lo deduciré en su momento del art. 807 y de la tradición, a pesar de la supresión accidental del artículo 953, donde pienso ocuparme de la cuestión). Pero, en definitiva, *exceptio confirmat regulam*, y existe un asenso generalizado de considerar la legítima como institución propia de la sucesión testada, dentro de la cual la estudian la práctica totalidad de los tratadistas.

(33) Así también parece entenderlo LACRUZ: *Op. cit.*, pág. 107, «a contrario».

ser más que un artículo que ordena algo tan natural como una interpretación contra las sustituciones vulgares implícitas en favor de los descendientes, basado en una estadísticamente probable malquerencia contra la estirpe, pero en modo alguno impide el juego de una sustitución vulgar expresa, la incoherente discriminación entre sucesión testada e intestada se aminora o desaparece por completo. Pero que a los descendientes del indigno les corresponde en la intestada toda su porción viril me lo refuerza la consideración del caso en que el luego incapaz recibió su parte en el caudal vía donaciones colacionables: sólo en la medida en que la causa de indignidad lo fuere también de ingratitud (y el paralelismo entre el art. 648 y el 756 no es ni mucho menos total), podrían revocarse por el donante y muy limitadamente (art. 653, 1.º) por los herederos; pero, obsérvese, ¡nunca contra la estirpe, como tal, del donatario! (art. 653, 2.º, y aunque «heredero» no sea exactamente «descendiente»).

No es inoportuno, pues, que el artículo 761 siga hablando de testador, como tampoco lo es demasiado que siga aludiendo al género —incapacidad— y no a la especie —indignidad— (34), aunque sea ésta una terminología a superar (35).

Las nociones de hijo o descendiente en los dos escalones imaginados por el precepto, es decir, en el del indigno y en el de su progenie, comprenden hoy todas las clases igualadas por los artículos 108, 2.º; 176, 2.º, y 179 (36), a saber, los matrimoniales, los no matrimoniales y los adop-

(34) Unica a la que resulta aplicable el precepto.

(35) No se olvide que según el penúltimo párrafo de la Exposición de Motivos del Proyecto cometido principal de la Ley que parcialmente comento, «no era corregir todas las deficiencias de nuestro sistema, por evidentes que pudieran parecer».

(36) Es aconsejable que dedique ahora un excursus todo lo extenso que sea menester para demostrar dos premisas en las que se basan algunas afirmaciones del texto no sólo aquí, sino en otros lugares posteriores, a saber:

1.ª Que el artículo 176 sigue vigente; y

2.ª Que el artículo 176, 2, al establecer parentesco entre el adoptado y sus descendientes, de un lado, y la familia del adoptante, de otro, se halla en aparente contradicción con el artículo 179, que por una parte equipara el hijo adoptivo al legítimo sólo en la sucesión del adoptante (y no, aparentemente, en la de cualquier otro familiar de éste), y, por otra, en la sucesión del propio hijo adoptivo parece circunscribir a los adoptantes la equiparación con los ascendientes en general. La contradicción para el caso de adopción plena debe resolverse a favor de la prevalencia del artículo 176, 2, sobre el 179, mientras que, en cambio, la también existente entre el artículo 176, 2, y el 180, 3 y 4, debe disiparse en provecho del último de esos preceptos.

Véamoslo:

A) En cuanto a la primera cuestión, una lectura precipitada del artículo segundo de la Ley 30/1981, de 7 de julio —*Boletín Oficial del Estado* del 20 siguiente—, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y

divorcio, podría hacer pensar que el artículo 176 ha sido suprimido *del Código*. Pero se trataría de una interpretación literal y a lo sumo sistemática (sistemática porque el participio «suprimido» que se emplea a continuación, con referencia al párrafo último del artículo 195, sí significa la expulsión de dicho párrafo de nuestro primer cuerpo de derecho privado).

Yo, en cambio, sostengo que la palabra «suprimido» referida al artículo 176 del Código, en el artículo segundo de la Ley 30/81 significa tan sólo que aquel precepto ha sido borrado del propósito reformista de esa Ley, es decir, que, a pesar de la frase inicial de dicho artículo segundo («Los artículos del Código Civil que a continuación se indican quedan modificados en la forma que se expresa»), lo que realmente quiso el legislador fue abstenerse de rectificar innecesariamente y por segunda vez un artículo que ya rezaba como él quería: por eso el artículo 176 sigue teniendo el mismo tenor que le dio la Ley 11/81 y su supresión fue sólo del proyecto de ley llamada, inadecuada pero brevemente, de divorcio.

Avala mi aserto:

1.º La interpretación de los antecedentes legislativos (cf. art. 3.1 Código Civil).

Ciertamente, el Proyecto de Ley de modificación del matrimonio en el Código Civil comenzaba diciendo en su artículo segundo (*vide B.O.C.G.* —Congreso de los Diputados—, I Legislatura, Serie A, núm. 123-I, correspondiente al 13 de marzo de 1980):

«Los artículos del Código Civil que a continuación se indican quedan modificados en la forma que se expresa.

Artículo 176.

El párrafo segundo queda redactado así:

‘La adopción causa parentesco entre adoptante y adoptado y los descendientes de éste, pero no entre el adoptado y la familia del adoptante. El matrimonio produce también afinidad con los parientes por adopción...’»

Pero al llegar el Proyecto a la fase de Ponencia —integrada para esta Ley 30 por muchos de los Diputados que formaron la que informó la Ley 11, en concreto, por los mismos que ésta (véase nota 4), salvo los señores Álvarez Álvarez, Ruiz Navarro, Sáenz Cosculluela, Maturana Plaza y Sagasetta Cabrera, y además por los señores don Javier Moscoso del Prado, don José Antonio Escartín Ipiens, don Virgilio Zapatero Gómez, don Enrique Múgica Herzog y don Josep Pi-Sunyer i Cuberta—, la misma en su Informe —*B.O.C.G. cit.*, núm. 123-II, correspondiente al 6 de diciembre de 1980— recomendó:

«El artículo 176 puede ser eliminado tal como proponen las enmiendas números 290 (Socialistas de Cataluña) y 329 (Grupo Socialista), *porque se refieren —sic— a materia regulada en el Proyecto de Ley sobre Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio*» (así, con mayúsculas, en el original; el subrayado, en cambio, es mío).

Pero su recomendación no acertó a expresarse con fórmula feliz y unívoca, de modo que desde el Dictamen de la Comisión de Justicia hasta la aprobación definitiva —tras volver del Senado— por el Congreso de los Diputados, en todos los textos aparecía, a continuación del artículo 176, el participio «suprimido», sin duda denotando la voluntad de Sus Señorías de no volver a ocuparse allí de un artículo sobre el que se estaban pronunciando en otra sede, pero nunca la de hacerlo desaparecer del ordenamiento positivo, pues de haberlo querido suprimir, ¿qué sentido habría tenido seguir enmendándolo y contraenmendándolo en otra ley paralela?

La voluntad del Legislativo de no sólo no suprimir el artículo 176, sino, por el contrario, de potenciarlo, se evidenciará mejor al seguirle la pista a propósito de la segunda cuestión, la de su posible colisión con los artículos 179 y 180.

2.º Una interpretación lógica: Pues absurdo sería suprimir un precepto que especifique los efectos de la adopción sin sustituirlo por otro, sino simplemente provocando un vacío jurídico que sólo se podría integrar acudiendo al hábito que generó la regulación anterior, con lo que estaríamos en las mismas.

3.º Una interpretación teleológica ajustada al tiempo presente: pues en nues-

tros días, en toda clase de trabajos, debates e intervenciones (y de estas últimas en el Parlamento ofreceré una significativa muestra), se sostiene la necesidad de potenciar la adopción, especialmente la que hoy se acoge a la vestimenta de «plena», y chocaría contra ese propósito generalizado el que un simple error de expresión de la Ley 30/81 hiciese decaer uno de los artículos más importantes de la regulación de aquel instituto.

Concluyo, pues, por las razones dichas, afirmando que el artículo 176 sigue vigente y así es de esperar que se refleje en las reediciones públicas y privadas que del Código reformado se efectúen.

Mi deseo casi no se ha visto cumplido. Tanto la edición de Editorial Civitas, Sociedad Anónima (sexta, actualizada, Madrid, 1981, pág. 94), como las más tardías del B. O. E. (Colección Textos Legales, Madrid, 1981, pág. 131) y de Editorial Aranzadi (Colección Lex Aranzadi, Pamplona, 1981, pág. 99), dan por suprimido el artículo 176, sin formular siquiera mediante nota ninguna duda sobre su posible vigencia. Dígase lo mismo de las ediciones preparadas por LUIS MORENO QUE-SADA: *Código Civil. Leyes civiles* (tomo I), Editorial Hesperia, 1981, pág. 90, y por ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Editorial Nomos, Valencia, 1981. Afortunadamente, la edición del Código Civil efectuada por Tecnos, S. A., preparada por CÉSAR SEMPERE RODRÍGUEZ, bajo la dirección de RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Madrid, 1981, en su página 124 reproduce el artículo 176 en letra bastardilla y de acuerdo con el texto de la Ley 11/1981, y al pie inserta esta impecable nota, con la que coincide plenamente:

«Art. 176. Redactado con arreglo a la Ley 11/1981 y suprimido posteriormente por la 30/1981.

Se incluye, no obstante (aunque sea en letra bastardilla), por entender, de acuerdo con la tramitación de la Ley 30/1981 en las Cortes, que nuestros parlamentarios no quisieron en realidad derogar el artículo, sino únicamente suprimir la modificación que el correspondiente Proyecto del Gobierno pretendía introducir en el mismo. Con semejante interpretación correctora (de un auténtico *lapsus* de nuestros parlamentarios), acorde con la voluntad del legislador, cabe salvar la vigencia del artículo y evitar, consecuentemente, una laguna legal imposible de integrar. Esta es la solución menos mala que cabe dar al tema.»

Sólo me cabe desear que cunda el ejemplo de esta edición privada (la más cuidada, como descubre ese y otros detalles, v.gr., la nota al art. 913, aunque, en cambio, quepa hacerle el reproche de no recoger las versiones anteriores de los artículos) y que, dando un paso más, se prescinda en el futuro de la letra bastardilla.

En la doctrina se apunta alguna opinión en dirección parecida a la mía. En concreto, ANDRÉS TORTOSA MUÑOZ, en «Adopción: Nota a la supresión del artículo 176 por la Reforma del Código Civil de 7 de julio de 1981», *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 2.ª época, núm. 10, octubre 1981, páginas 1864-5, sugiere varias soluciones: la de que se trata de una errata; la de distinguir entre «derogación», que afectaría a preceptos antitéticos, y «supresión», que afectaría a preceptos superfluos, que es lo que —según él— le ha sucedido al artículo 176, y, finalmente, la de minimizar el alcance del error legislativo a base de hacer decir a otros preceptos lo que claramente resumía el artículo 176, para el que con buen humor y remedando una conocida tonadilla reserva como conclusión la siguiente frase: «se siente, se siente..., su texto está vigente».

B) En cuanto a la segunda cuestión, es imprescindible exponer la evolución del artículo 176 en las Cortes, dentro del Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

En efecto, en el Proyecto de la Ley 11 —publicado, como dije en la nota 3, el 14 de septiembre de 1979—, se remodelaba el artículo 176, a fin de ajustarlo a las finalidades de esa ley: así, se suprimían las alusiones a las diversas clases de hijos, hoy superadas; se establecía una patria potestad conjunta para el caso

de adopción sucesiva por un cónyuge de los hijos del otro, y se introducían otras rectificaciones de menor importancia.

En concreto, decía así el artículo 176, según el Proyecto gubernamental:

«Corresponden al hijo adoptivo los mismos derechos y obligaciones que al habido de matrimonio, salvo cuando la ley disponga otra cosa.

La adopción causa parentesco entre el adoptante y el adoptado y descendientes de éste, pero no entre el adoptado y la familia del adoptante.

La adopción confiere al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad. Cuando un cónyuge adopte al hijo del otro, la potestad se atribuirá a ambos.

Extinguida la patria potestad del adoptante o adoptantes, se aplicarán, en su caso, las normas de la tutela, excluyendo de los llamamientos legales a los parientes por naturaleza.»

La Ponencia del Congreso en su Informe —publicado el 22 de mayo de 1980, es decir, después de publicarse el Proyecto de Ley llamado de Divorcio— mantuvo el texto del Gobierno.

(A modo de inciso, diré que, sin duda, estando la Ley, luego 11/81, en esta fase, lo que pretendía el nuevo retoque que se intentaba para el artículo 176, a través del Proyecto de la Ley que luego fue 30/81, no era sino atar un cabo suelto que se relacionaba con la materia de esta última, a saber, precisar que «el matrimonio produce también afinidad con los parientes por adopción»; precisión, dicho sea de paso, mucho menos importante y fácilmente sobreentendible, que el trastorno que ha originado el posterior «suprimido», que antes analicé.)

La Comisión de Justicia del Congreso en su Dictamen, publicado el 1 de diciembre de 1980 (o sea, cinco días antes de que lo fuese el Informe de la Ponencia de Divorcio, en el que ésta se abstenía —como expliqué— de volver a ocuparse del art. 176, a pesar del interesante aspecto sobre afinidad que se le ofrecía, pero por la razón poderosa de que no podía acoger ni sugerir enmiendas sobre el segundo párrafo de un artículo que estaba todo él pendiente de modificación por las Cámaras), mantuvo casi el texto de la Ponencia correspondiente, con sólo un leve retoque en su primer párrafo (en lugar de equiparar el hijo adoptivo con el «habido de matrimonio», lo igualó a los «hijos por naturaleza», si bien manteniendo siempre la salvedad de que la ley dispusiese otra cosa.

Pero al llegar el texto al Pleno del Congreso se produjo, a mi modo de ver, uno de los giros verdaderamente importantes de la Reforma. Dos grupos parlamentarios se habían reservado el derecho de defender en el Pleno sendas enmiendas no acogidas en Comisión, a propósito de nuestro artículo 176: el Grupo Parlamentario Comunista (enmienda núm. 125) y el Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana (enmienda núm. 384), Grupo éste erigido en verdadero adalid de la equiparación total de los hijos adoptivos plenos y los matrimoniales, a todo lo largo de la discusión parlamentaria, como se apreciará.

La defensa de la primera corrió a cargo del Diputado señor Solé Barberá (D. S. núm. 140, de 18 de diciembre de 1980, págs. 9027 y 9028), y aunque, como veremos, no prosperó, merece la pena recoger su discurso, como muestra de la filosofía que se respiraba en determinados sectores de la Cámara Baja:

«... Nosotros entendemos —dijo— que en el artículo 176 corresponde una nueva redacción, porque no nos gusta la que contiene el Proyecto, en la cual observamos defectos fundamentales que no son más que una reiteración de los muchos que ya hemos venido explicando a vuestras señorías.

Nosotros entendemos que en este artículo se insiste en considerar a los hijos consecuencia de la adopción con un *status* especial, que si no es otra vez de una manera clara, una forma de distinción entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales, se le parece mucho.

Nosotros pensamos que la asimilación rotunda de los hijos por naturaleza con los hijos por adopción es la que realmente corresponde a los criterios que significamos y señalamos en materia de adopción. Consideramos que los hijos adoptados lo son en unas condiciones y deben reunir una naturaleza tales, que la adopción

debe traer unas consecuencias en virtud de las cuales éstas se reflejen en el terreno puramente civil.

Otra cosa es que tengáis reservas en materia económica, *otra cosa es que tengáis reservas en materia de herencias* —el subrayado es mío— y otra cosa es que en este campo adoptemos determinadas cautelas; pero para nosotros, la adopción significa una asimilación rotunda y clara entre el hijo que tenga su procedencia en la adopción y el que lo es exclusivamente por naturaleza.

Ello nos lleva, además, a solicitar que en este artículo 176 tengáis en cuenta que, por la forma en que está redactado, hay una modificación de los criterios generales sobre patria potestad, siendo así que los criterios generales sobre patria potestad deben mantenerse incluso dentro del terreno de la adopción. Por ello hemos establecido, en materia de patria potestad, unos criterios de coparticipación entre el marido y la mujer que debemos mantener de una manera estricta dentro de la figura que estamos contemplando en este momento.

Se desarrolla en este mismo artículo, en el 176, al mismo tiempo, unos ciertos criterios sobre problemas de filiación. Los problemas de filiación serán siempre una cuestión delicada, pero pensamos que no debemos marcar ya aquí con problemas de filiación unos criterios que signifiquen una forma distinta de tratar al hijo normal, al hijo matrimonial, con el adoptivo. Por tanto, nosotros pensamos que la filiación de ninguna manera pueda afectar a la adopción. La adopción comporta unos criterios jurídicos, de los pocos que quedan con autenticidad y viveza en nuestra herencia del Derecho romano, cuya situación hoy en día debemos contemplarla con el mismo respeto, aunque la situación social sea diametralmente distinta, con que la contemplaron nuestros maestros.

Este es el criterio que nosotros mantenemos en la enmienda 125. Rogamos una reflexión acerca de la misma para ver si entre todos somos capaces de crear un Código con un cierto sentido novedoso y, al mismo tiempo, con un criterio de respeto a lo que representa en nuestras leyes civiles la adopción.»

Hasta aquí la parte que nos interesa de la intervención del representante comunista en defensa de la enmienda 125 de su Grupo. El sentido de dicha enmienda (cuyo tenor —repito una vez más— no conozco) se entrevera un poco a través de su discurso, que además contiene unos reproches, injustos unas veces, ininteligibles otras, al texto del artículo 176, tal y como venía de la Comisión. Si lo he reproducido parcialmente, a pesar de que la enmienda fue rechazada por 22 votos a favor, 211 en contra y cuatro abstenciones, es porque en él se trasluce la idea de que es compatible la equiparación «rotunda y clara» entre el hijo adoptivo y el matrimonial con el mantenimiento de ciertas «reservas» en materia de herencia, en perjuicio del primero (aunque me sospecho que esas reservas estaban pensadas más bien para los casos de fraude). De no haber sido rechazada la enmienda podría pensarse que no eran incompatibles los actuales artículos 176, 2, y 179, que circunscriben a los adoptantes el derecho de suceder al hijo adoptivo pleno, sin extenderlo al resto de su familia artificial y viceversa. Espero demostrar que no es así.

La otra enmienda, la 384, del Grupo Minoría Catalana, fue defendida por el Diputado señor Trías de Bes Serra, cuyas son estas palabras (D. S. últimamente citado, pág. 9029):

«Señor Presidente, señoras y señores Diputados, nosotros volvemos a insistir, también con machacona insistencia, como decía el Diputado que me ha precedido en el uso de la palabra —se refería al citado señor Solé Barberá—, en la equiparación de los hijos adoptivos con los hijos por naturaleza. Por ello nuestra enmienda al artículo 176 propone la supresión en el primer párrafo de la frase: ‘... salvo cuando la ley disponga otra cosa’. Es decir, ‘corresponden al hijo adoptivo los mismos derechos y las mismas obligaciones que a los hijos por naturaleza’, suprimiendo el final del párrafo, que dice: ‘... salvo cuando la ley disponga otra cosa’. Ello en congruencia con lo ya aprobado por esta Cámara en el artículo 108 de la modificación del Código Civil que se está debatiendo.

En cuanto al segundo párrafo del mismo artículo, que dice lo siguiente: ‘La

adopción causa parentesco entre adoptante y adoptado y descendientes de éste, pero no entre el adoptado y la familia del adoptante', nuestra enmienda propone que se diga: 'La adopción causa parentesco pleno entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante'. Porque si se mantuviera el texto del proyecto, podría resultar que EL ABUELO ADOPTIVO NO FUESE ABUELO Y QUE, ASIMISMO, LOS PRIMOS HERMANOS DEL ADOPTIVO TAMPOCO FUESEN PRIMOS HERMANOS. Y aquí sí que estamos discriminando al hijo adoptado, puesto que se daría esta incongruencia terrible y se darían supuestos, como los que se dan, en un matrimonio que adopta un niño y después tiene hijos por naturaleza. ENTONCES RESULTA QUE EL ABUELO ES ABUELO DE ESOS SEGUNDOS HIJOS, PERO NO ES ABUELO DEL PRIMERO (las mayúsculas de antes y las de ahora son mías).

Para evitar esta incongruencia y esta discriminación tan terrible, nosotros proponemos que la adopción cause parentesco pleno entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante.»

Hasta aquí el señor Trías.

A continuación tomó la palabra, en representación del Grupo del Gobierno, el señor Ruiz Navarro: «Sí, señor Presidente —dijo—, vamos a aceptar la enmienda 384 de la Minoría Catalana, salvo en la palabra 'pleno'. Creemos que se producen los mismos efectos, *pero no con la misma plenitud en que la Minoría Catalana propone* (el subrayado siempre es mío aquí y en adelante). O sea, aceptaríamos íntegramente la enmienda, exceptuando la palabra 'pleno'...».

Más tarde manifestó su acuerdo el señor Trías (D. S. cit., pág. 9030): «Señor Presidente, señoras y señores Diputados, aceptamos la sugerencia del Grupo Parlamentario Centrista en cuanto que ha manifestado la aceptación de nuestra enmienda con la única salvedad de excluir la palabra 'pleno'. Estamos totalmente de acuerdo, puesto que *ése es el sentido de nuestra enmienda, y lo que vale aquí es lo que queremos que sea*. Por tanto, el texto supone también un gran avance en nuestra legislación».

A continuación se votó la enmienda al primer párrafo (203 votos a favor, 12 en contra, 20 abstenciones), luego la enmienda al segundo (206 a favor, 25 en contra, cuatro abstenciones) y, por último, se votó el resto del artículo 176 no enmendado (207 a favor, 12 en contra y 17 abstenciones).

Finalmente, me interesa recoger la intervención del Diputado del PSOE, señor Sotillo, cuando, a modo de explicación de voto, dijo (D. S. cit., pág. 9031):

«Este debate que ha habido es otro de los debates importantes en relación con este proyecto. Se trataba con él de dos problemas de fondo: Primero, ¿deben los hijos adoptivos tener los mismos derechos, la misma situación jurídica que los demás hijos habidos en el matrimonio? ¿Debe igualarse su situación? En esta posición, nosotros somos absolutamente favorables, y *por eso hemos votado en este tema a favor de la posición de la Minoría Catalana*.

Segundo tema de fondo: ¿Debe la adopción suponer una ruptura a efectos legales respecto a la familia natural del hijo adoptivo y una incorporación plena, en consecuencia, a la familia que lo ha adoptado? Nuestra posición es absolutamente favorable a la ruptura con una familia que no ha podido mantener relaciones paterno-filiales con su hijo, que lo ha abandonado o ha concedido una adopción precisamente porque no puede educarle, formarle, conforme a los mínimos requisitos familiares, y debe incorporarse plenamente a la nueva familia, rompiendo las relaciones anteriores, porque, de lo contrario, nadie adoptará si se encuentra pendiente sobre él la espada de Damocles por la cual siempre puede aparecer una primitiva familia, muy lejana en el tiempo, que no ha tenido ninguna relación afectiva, en la mayoría de los casos, con el hijo y pretende determinados derechos.

Por eso, nosotros no hemos podido coincidir con las tesis del Grupo Comunista en este punto y sí con las tesis mantenidas por la Minoría Catalana. Muchas gracias.»

En el velado reproche al Grupo Comunista, digámoslo de paso, Sotillo no se muestra muy justo, por cuanto también aquel Grupo, en su enmienda 127, sostenía

la ruptura del hijo adoptivo con su familia por naturaleza, salvo en el —justificadísimo— caso de adopción por un cónyuge del hijo del otro cónyuge (excepción que se habría obrado muy cuerdamente recogiéndola de modo expreso, aunque apurando la interpretación del art. 176, 3, se puede llegar a idénticos resultados). Pero ése es otro tema.

Continuando con el examen de los antecedentes legislativos del artículo 176 del Código Civil, debo añadir que ni este precepto ni los muy próximos (en contenido y los dos primeros también en colocación dentro del Proyecto) 177, 179 y 180 fueron objeto de enmiendas por los Senadores, no obstante lo cual, la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior de la Cámara Alta, cuya composición destacaré en el texto (*vide* nota 42), propuso en su informe (*B.O.C.G. —Senado—*, I leg. núm. 154 (d), correspondiente al 24 de marzo de 1981, pág. 138) que los artículos 176, 177 y 179 presentasen otro numeral de acuerdo con un nuevo artículo, el 7.º del Proyecto que introducía la Ponencia.

En efecto, ésta, tras el sexto y último de los preceptos con que definitivamente contó la Ley 11/81, sugirió la inclusión de otro más, el 7.º (y también de un 8.º), justificándolo con las siguientes palabras (*B.O. cit.*, págs. 141-2):

«La Ponencia considera que las modificaciones operadas en los anteriores artículos afectan al régimen jurídico de la adopción. En consecuencia, propone, por mayoría, nueva redacción de los artículos comprendidos en el capítulo V del título VII del libro I del Código Civil (arts. 172 a 180), capítulo en el que se suprimirían las secciones y cuyos artículos quedarían redactados en los siguientes términos (pueden verse en el *B.O.C.G. cit.*, págs. 142 a 144).

En resumen, la regulación propuesta suprimía la distinción entre adopción plena y simple, elevando los actuales requisitos de aquélla a generales de toda adopción; reproducía los artículos de la versión de 1970 con leves y útiles retoques (alguno proveniente del Congreso, como el acortamiento del plazo para presumir el abandono de un menor desde seis meses a treinta días —lo que se ha convertido en ley a través del art. 5.º de la misma—); dejaba sin contenido el artículo 180; pero en lo que aquí interesa, no resolvía —entiendo que por inadvertido descuido— la aparente contradicción entre el artículo 176, que seguía declarando un parentesco ilimitado entre la familia del adoptante y el adoptado, y el artículo 179, que parece limitarse a reconocer sólo a los adoptantes, en la sucesión del hijo adoptivo y sus descendientes, la posición de los ascendientes y viceversa (véase, además, la disposición transitoria duodécima que proponía el Senado: *B.O. cit.*, pág. 179).

La Comisión de Justicia e Interior, en su Dictamen (*B.O.C.G. —Senado—*, I leg., número 154 (e), correspondiente al 27 de marzo de 1981), aceptó dar una nueva redacción al capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, mediante la adición de ese nuevo artículo, el 7.º, al Proyecto de ley, aunque eso sí, introdujo ciertos retoques en la regulación que le sugería la Ponencia; así:

- suprimió la exigencia, cuando se adopten hijos del cónyuge, de una concreta diferencia de edad entre adoptante y adoptado, bastando sólo que aquél tuviese más edad que éste;
- suprimió la prohibición de adoptar afectante a las personas cuyo estatuto religioso prohíbe el matrimonio, y
- refirió la disposición transitoria duodécima a todas las adopciones y no sólo a las simples.

Pero tampoco reparó en la contradicción —si es que se entiende que la hay— entre los artículos 176, 2 (allí, 177, 2), y 179; también mantenía parecida contradicción en la nueva redacción que se daba, a través del otro artículo, el 8.º y último, al artículo 47 del Código, desde el momento que la licencia —hoy suprimida— para el matrimonio del adoptado menor se había de pedir al adoptante y, en su defecto, ya al Consejo de Familia, sin intercalar ningún otro ascendiente: ¿qué clase de parentesco es el que imaginaba la Comisión entre el adoptado y la familia del adoptante si después de afirmar rotundamente que es pleno, se niegan a la segunda (o respecto de ella) derechos sucesorios o la función de prestar licencia *ad nuptias*?

Lo cierto es que al volver el Proyecto al Congreso para debate definitivo, tanto el representante socialista, señor Sotillo, como el del Grupo Parlamentario de UCD, el Diputado y Notario señor Escartín Ipiens, destacaron los inconvenientes de una remodelación del instituto de la adopción hecha precipitadamente y con indudables defectos técnicos, aunque también reconocieron el esfuerzo del Senado y las virtudes de su propuesta que deseaban se incorporasen a una no lejana regulación meditada de la figura (pueden leerse sus atinadas intervenciones en el D.S. —Congreso—, núm. 163, de 28 de abril de 1981, págs. 10017 a 10020, aunque luego las reproduciré fragmentariamente). En definitiva, la Cámara Baja acordó, por 253 votos en contra, 16 favorables y una abstención, diferir para mejor ocasión el replanteamiento total del instituto de la adopción y se inclinó, en este punto, sólo por las rectificaciones que ella misma había introducido en su día.

Ahora bien, y ése es el punto clave, ¿cuál fue la *voluntas legislatoris* del Congreso al retocar el artículo 176, párrafos primero y segundo? ¿El propósito de Minoría Catalana, en su enmienda 384, al extender el parentesco hacia la familia del adoptante, fue sólo el de establecer unos lazos puramente sentimentales entre esos nuevos parientes (a lo sumo, extensibles a la obligación alimenticia y poco más, ya que los impedimentos matrimoniales tienen también regulación propia, por cierto no discriminatoria: cf. nuevo art. 47, 1.º), o era el de introducir al hijo adoptivo en la familia de su adoptante o adoptantes, con todas sus consecuencias? ¿La intención del Grupo de la mayoría relativa, al transigir con dicha enmienda, fue rebajar la potencial carga revolucionaria de ésta, al suprimirle el adjetivo «pleno»? ¿Qué significaba esa cabalística y mal construida frase: «creemos que se producen los mismos efectos, pero no con la misma *plenitud* en que la Minoría Catalana propone»? ¿Acaso el mantenimiento del aparentemente restrictivo tenor literal del artículo 179 fue intencional, precisamente porque el parentesco, en el sentir de los Diputados de UCD, no era tan pleno como pretendía el Grupo catalán? ¿Hasta dónde quisieron llegar en este punto los votos del PSOE?

La cuestión es delicada y difícil de contestar; cualquier interpretación puede mantenerse, pero en fin, tomando partido, creo que pueden efectuarse las siguientes consideraciones y afirmaciones:

1.ª La *voluntas legislatoris* es muy difícil de precisar en un Parlamento compuesto de muchas instancias, en el que coexisten diversas tendencias y cuyas actuaciones (*vide* nota 1) no se publican íntegramente. De ahí que la doctrina postule indagar más bien la *voluntas legis*, aunque con ello quizá en lo que se derive, en definitiva, es en dar prevalencia a la voluntad del intérprete, que acaso no cuenta con una legitimación similar a la que teóricamente deben ostentar los «padres de la Patria».

2.ª Apurando entonces la indagación del propósito del poder legislativo sobre nuestro problema, creo poder afirmar que *directamente* no tuvo ninguno. Sencillamente, la cuestión se le pasó por alto al Congreso y casi también al Senado. Tan absorto estaba en la equiparación de filiaciones, que no reparó en si quería llevarla realmente, sin demagogia, hasta sus últimas consecuencias.

3.ª Puestos a integrar una voluntad no desenvuelta de los legisladores (no de la ley ni, por tanto, mía), parece lícito repasar algunas intervenciones de Diputados y Senadores que contribuyan a adivinar qué es lo que habrían decidido si el concreto problema de la sucesión prole adoptiva-familia del adoptante se les hubiese planteado con toda claridad:

A) A propósito del debate sobre el artículo 108:

a) Intervención del Diputado señor Trías de Bes Serra, en defensa de las enmiendas 375 y 376 (D.S. —Congreso—, núm. 138, correspondiente al 16 de diciembre de 1980, págs. 8827 a 8828):

«Señor Presidente, señoras y señores Diputados, las enmiendas que voy a defender en nombre de mi grupo, la 375 y la 376, hacen referencia a un tema en el que nuestro Grupo Parlamentario ha insistido a lo largo de todo este Proyecto de ley, y es el de la equiparación de los hijos.

Como muy bien ha dicho el Ministro de Justicia, este Proyecto supone un

avance legislativo importante para nuestro país, supone una adaptación del Derecho de familia con un aire totalmente moderno; se produce un cambio sustancial en las relaciones de la familia, pero tiene, a nuestro juicio, un olvido, falta algo para que el Proyecto de ley sea absolutamente redondo, que es equiparar los hijos adoptivos *plenos* a los hijos matrimoniales o extramatrimoniales. La equiparación de los hijos sin distinción alguna pasa también, a nuestro juicio, por la equiparación de los hijos adoptivos *plenos*.

Se me dirá seguramente que la institución de la adopción merece, cuando menos, una modificación exclusiva, una modificación global, aparte de que no tiene nada que ver con las modificaciones que introduce este Proyecto de ley. Sin embargo, nuestro Grupo Parlamentario mantiene, no sólo con esta enmienda, sino con todas las enmiendas que presentamos a lo largo del Proyecto de filiación, la tesis de que, precisamente en lo que hace referencia a la filiación dentro de la adopción, es éste quizá el momento oportuno para afrontar una reforma, aunque luego, desde luego y por supuesto nos condicione a una modificación de la adopción en todos sus aspectos; repito que es un momento oportunísimo, es un momento que no podemos dejar pasar, puesto que cometeríamos un verdadero error al no proceder a la inmediata equiparación y dejaríamos a los hijos adoptivos *plenos* en una situación de franca discriminación.

Esta es la filosofía de nuestras enmiendas, ésta es la idea motriz de todas las enmiendas que hemos ido presentando, introduciendo precisamente esa equiparación de los hijos adoptivos a los hijos matrimoniales. No queremos que quede el Proyecto cojo, siendo un Proyecto bueno, un Proyecto progresivo, y que se diga que la institución de la adopción no es, en este caso, una situación del Derecho de familia y, sin embargo, se crea una situación similar al Derecho de familia. Parece que olvidándose de los hijos adoptivos *plenos* estemos equiparándolos en cierto modo, pero olvidamos que forman parte de esa familia a la cual se han integrado.

Nuestra solución —y éste es el texto de las enmiendas que estoy defendiendo en nombre de mi Grupo— modifica los párrafos segundo y tercero del artículo 108 en el sentido siguiente: El Proyecto dice que 'los hijos por naturaleza pueden ser matrimoniales o no matrimoniales'. Nosotros añadimos, modificando los párrafos segundo y tercero, que 'son matrimoniales los hijos de padre y madre casados entre sí. Los adoptados *plenamente* por ambos cónyuges, transcurrido el plazo dentro del cual la madre o la familia natural pudiese impugnar la adopción, tendrán la consideración de hijos matrimoniales siempre que los padres adoptantes soliciten y obtengan la declaración judicial de tales hijos como matrimoniales'.

'La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva *plena*, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.'

Esta es sencillamente nuestra enmienda: la inclusión en este artículo de los hijos adoptivos *plenos*, para equiparlos absoluta y totalmente. No citaré ahora otras equiparaciones que introducimos a través de otras enmiendas en este mismo Proyecto, como son la eliminación de todas aquellas trabas, de todos aquellos supuestos de discriminación, como el parentesco que causen el adoptante y el adoptado, como la no concesión de derechos legitimarios a los hijos adoptivos, etc. Eso lo iremos tratando a través de otras enmiendas. Yo quería solamente, en este caso, dar una visión global de nuestra filosofía, que concretamente se introduce en este artículo. Naturalmente, después, en el artículo 115, debatiremos muy probablemente, a raíz de una enmienda de nuestro Grupo, un tema muy delicado, que es el de la inserción del niño adoptado *plenamente* en la familia que lo adopta. Entonces trataremos de argumentar la necesidad de no distinguir entre la paternidad biológica y la paternidad jurídica, introduciendo el concepto discutible y discutido de los antecedentes del Registro Civil en cuanto a la filiación, para que así se rompa —lo que, en definitiva, causará un gran beneficio al niño adoptado— la vinculación con la antigua familia, con todo lo que esto puede sonar de grave atentado contra otros derechos que recoge el propio Proyecto de ley y la misma Constitución, y a los que me referiré cuando lleguemos al artículo en cuestión.

Nuestra petición consiste en que se incluya ahora esa parte del Derecho de

familia que es la adopción, que no es una institución aparte, sino que es Derecho de familia, puesto que los padres que adoptan a un niño *plenamente lo integran totalmente en la familia*, le dan sus apellidos y *forma parte de la familia biológica desde aquel momento*, y éste está plenamente acorde con el nuevo Derecho de familia de los países más avanzados. Luego cuando hablemos del hecho concreto de los antecedentes registrales, de la vinculación del niño adoptado *plenamente* con la familia biológica o con los padres naturales y la destrucción, la desaparición o la cancelación, o como se quiera llamar, de esos antecedentes registrales, para que luego ese niño no tenga un trauma en su vida cuando se entere, por cualquier procedimiento, sin quererlo él, sin quererlo nadie, de que forma parte de otra familia; cuando hablemos de eso haremos una referencia al Derecho comparado, que ahora simplemente sólo quiero mencionar.

Con esta exposición breve, para no cansar a SS.SS., creo haber expuesto la filosofía global de nuestras enmiendas, y muy en especial de las enmiendas números 375 y 376 al artículo 108, que proponen la modificación de los párrafos segundo y tercero del mismo, tal como viene en el texto del Proyecto, con la redacción a la que antes me he referido, y que se concreta en *la integración plena del hijo adoptivo en la familia que lo adopta*.

Nada más y muchas gracias.»

b) Ante esta intervención del Diputado catalán pidió la palabra, en nombre del Grupo Parlamentario Centrista, el Diputado señor Ruiz Monrabal, quien tras justificar el que en la ley no se abordase plenamente la regulación de la adopción, añadió (*D.S. cit.*, pág. 8829):

«Pero para que Minoría Catalana comprenda bien la posición de mi Grupo, tenemos que adelantar que aceptamos y vamos a votar favorablemente la enmienda 376, porque esta enmienda tiene un alcance de las consecuencias y de la equiparación de los efectos con la filiación matrimonial y no matrimonial y no entra de momento en ninguna consideración de la naturaleza jurídica, de las características, de la especificidad jurídica de la institución de la adopción.

En este sentido queremos decir que nuestro Grupo votará en contra de la enmienda 375 por esas razones técnicas ya apuntadas, dejando aplazado el problema para un Proyecto de ley que englobe totalmente la institución de la adopción, Proyecto de ley que está en estudio y que se presentará a esta Cámara por parte del Gobierno, y aceptará y votará afirmativamente la enmienda 376, *en cuanto equi-para en plenitud de efectos a la adopción plena*.

Muchas gracias.»

B) A propósito del debate sobre el artículo 176:

Recuérdese la significativa intervención del señor Trías y el esclarecedor ejemplo que propuso: «... porque si se mantuviera el texto del Proyecto, podría resultar que el *abuelo adoptivo* no fuese abuelo, y que asimismo los primos hermanos del adoptivo tampoco fuesen primos hermanos..., y se darían supuestos como los que se dan en un matrimonio que adopta un niño y después tienen hijos por naturaleza. Entonces resulta que el abuelo es abuelo de esos segundos hijos, pero no es abuelo del primero».

C) A propósito de la aceptación o no de la regulación completa que de la adopción había hecho el Senado. De las intervenciones de los señores Sotillo y Escartín son estas ilustrativas frases:

a) Sotillo, refiriéndose a la futura regulación de la adopción (*D.S.*, núm. 163, de 28 de abril de 1981, pág. 10018):

«Nosotros ofrecemos, desde este momento, cuatro criterios para esa reforma, y lo queremos decir públicamente a la hora en que se preparen los textos legislativos.

Hay que igualar al máximo los hijos adoptivos respecto a los hijos matrimoniales en la nueva redacción..., es decir, incorporarlos al máximo a la familia que los ha adoptado y romper los lazos de una familia que no los ha aceptado y, por tanto, que debe perder su relación afectiva y jurídica respecto a ellos...

En tercer lugar, podría pensarse en un régimen de custodia de hecho, de guar-

da de hecho o de acogimiento similar al de la adopción, que no fuera equiparable totalmente al sistema de adopción, pero que tampoco fuera el sistema de adopción simple que en este momento se contempla en nuestro Derecho...

b) Escartín Ipiens (*D.S. cit.*, pág. 10019):

«La adopción ha sido objeto de modificación en España en dos ocasiones recientes en los últimos veinticinco años y, por supuesto, la tercera modificación requiere quizá una elaboración con un conocimiento más amplio de todas las fuerzas políticas y sociales.

El tratamiento que ha hecho el Senado, dentro de un trabajo realmente importante de este Proyecto y que ha supuesto una mejora del texto que inicialmente se le aportó y que salió de esta Cámara, en materia de adopción planteaba, sin embargo, ya una definición que creo que es, en cierto modo, prematura y que, sin perjuicio de lo que pueda suceder, no podíamos asumir en un primer momento: era la supresión de la figura de la adopción simple y la incorporación a la adopción plena.

En este momento, nuestro Grupo no quiere tomar una posición porque cree que este tema requiere un debate mucho más amplio y reposado, dado que, por una parte, están las exigencias constitucionales de equiparación de toda clase de hijos, y otra cosa es que la filiación no matrimonial o no por naturaleza, sino la filiación legal, pueda naturalmente definirse en cuanto a sus consecuencias en la propia ley.

Ciertamente, la adopción simple y la adopción plena recogían dos formas de incorporación a la familia completa y sustancialmente distintas. Mientras que la adopción plena generaba un *status* familiar pleno, equiparado —como hemos visto en este texto— de forma contundente al de la filiación matrimonial, sin embargo, la adopción simple significaba aquellos supuestos de acogimientos familiares de hecho que realmente no comportan un estado de filiación con la misma asimilación que la filiación matrimonial o con las consecuencias de una filiación por naturaleza. Piénsese, por ejemplo, lo que significaría acogimiento de hecho de personas ya mayores que tuvieran que cambiar, a una edad ya madura, sus apellidos, como exige la adopción plena, o vincularan, por nuestro sistema de legítimas, nada menos que dos tercios de la herencia a favor del adoptado, cuando lo que se pretendía simplemente era un sistema de acogimiento familiar...

D) En el Senado, a propósito del debate general y preliminar:

a) Intervención del Senador Ruiz Risueño (*D.S. núm. 98*, correspondiente al 31 de marzo de 1981, pág. 5029):

«Quedan, pues, dos clases de filiación, la filiación por naturaleza y la filiación por adopción, y dentro de la filiación por naturaleza, se distingue entre filiación matrimonial y filiación no matrimonial.

Sobre esta distinción importante, y que recoge el espíritu de la Constitución, todos los hijos, tanto por naturaleza o por adopción, tienen los mismos derechos y tienen los mismos deberes. Y aquí, en segundo lugar, viene el avance importante, a juicio de la Comisión, que ha introducido el Senado en el Proyecto de ley remitido por el Congreso de los Diputados.

En efecto, esta equiparación, a la que he hecho referencia en cuanto a los hijos, se extiende, además, a los hermanos, suprimiéndose toda diferencia de trato entre los mismos. Los hijos no solamente poseen el *status filii*, esto es, el estado de hijos, sino que también deben tener y poseer ese '*status familiae*' al que anteriormente me refería; son miembros de la familia de pleno derecho y, por consiguiente, no solamente la relación de padres e hijos o de hijos y padres, sino entre los hermanos, sean o no matrimoniales, debe dárseles el mismo tratamiento.

Otra de las innovaciones importantes del Senado ha sido la supresión de la figura de la adopción simple. A partir de ahora —y sin entrar en un estudio detallado de la figura de la adopción, que se dejará para un momento posterior— sólo hay una forma de adopción, que produce —como dije y puse de manifiesto anteriormente— los mismos efectos que la filiación por naturaleza. Y era lógica esta modificación del Senado, puesto que si los hijos adoptivos de manera simple

tienen los derechos reconocidos por la ley a los hijos naturales reconocidos, y se ha suprimido la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y, por consiguiente, entre hijos naturales reconocidos o no, parecía lógico —y de ahí el avance importante del Senado— suprimir la distinción entre adopción plena y adopción simple...»

b) Por último, la intervención más significativa para mi propósito, la que me ha hecho afirmar que al Senado «casi» le pasó inadvertido el problema, fue la del Senador y Notario don Alberto Ballarín Marcial. En su brillante alocución dijo algo tan esclarecedor y al mismo tiempo sorprendente como esto (*D.S. últimamente cit.*, págs. 5039-5040):

«... El hijo que vive con la madre soltera constituye también una familia, y ahí se produce también esa estabilización psíquica y vital a que nos referíamos al principio. Tenemos, pues, una concepción amplia de la familia, como la que sostiene el letrado Gálvez, precisamente el letrado de la Comisión, en un comentario constitucional al artículo 39. Una concepción amplia que precisamente nos ha permitido aquí, en el Senado —y ello es preciso que no escape a la percepción—, el dotar a los hijos ilegítimos y a los adoptivos (a los llamados antes hijos ilegítimos, porque ahora ya no se les podrá llamar de esta forma); dotarles no sólo de un *status filii*, sino de un *status familiae*, y HEMOS LLEGADO A ESTABLECER LA SUCESION ENTRE LOS HERMANOS ADOPTIVOS, la sucesión abintestato, porque hemos considerado que el hijo adoptivo había entrado plenamente en una familia. INCLUSO LA SUCESION ENTRE EL HIJO ADOPTIVO Y EL ABUELO, o ¿es que no hay comunidad de afectos, es que no hay comunidad de vida? ¿Es que la causa de la sucesión no es, en definitiva, proceder del mismo padre al que está ligado uno por vínculo de sangre, otro por vínculo de adopción, pero según el artículo 39 identificados totalmente esos dos hijos?

He aquí, señores, un cambio fundamental realizado por el Senado, un cambio progresivo, un cambio hacia adelante...»

Me interesa destacar de esta última intervención lo siguiente:

1.º Que sorprende, como decía, el que atribuya al Senado innovación en la cuestión de la sucesión entre prole adoptiva y familia del adoptante, siendo así que los preceptos seguían siendo los mismos en ese extremo que los que provenían del Congreso, especialmente el artículo 179.

2.º Que, sin embargo, la interpretación que él efectúa en orden a nuestro problema es especialmente representativa, primero por su condición de especialista en Derecho privado, que le ha permitido imaginar el tantas veces aludido caso de sucesión, y segundo, por su condición de ponente —dentro de una Ponencia muy reducida— de la Comisión de Justicia e Interior de la Cámara Alta.

3.º Que cuando pronuncia esas palabras sobre el *status familiae* del hijo adoptivo con sus secuelas sucesorias, había sido suprimida la adopción simple, por lo que sólo podía referirse a la plena.

4.º Que aun cuando toda la reforma que el Senado elaboró para la adopción fue rechazada en última instancia por el Congreso, ya he destacado que los artículos sobre los que Ballarín pudo basar su afirmación presentaban idéntica redacción que los que había retocado el Congreso y luego se convirtieron en ley; por lo que la suya es una opinión perfectamente sustentable hoy.

Del conjunto de todas las intervenciones hasta aquí reproducidas, total o fragmentariamente, creo que se deduce:

1.º El propósito de las Cortes de no remodelar por ahora de modo completo el instituto de la adopción, cometido que requiere una mayor meditación y reposo.

2.º La aceptación de ciertas reformas parciales, algunas de indudable trascendencia, como la que comento aquí.

3.º Subyace en el ánimo de los representantes intervinientes que los hijos adoptivos que se quiere equiparar totalmente a los hijos por naturaleza son los adoptivos plenos; se imagina como prototipo de ellos al abandonado recién nacido que se integra absolutamente en la familia de una pareja no fértil o fértil a destiempo.

4.º La adopción simple para ellos es otra cosa, aunque en sus intervenciones no cuiden siempre el subrayar que se refieren a los adoptados en forma plena. Aquella es o debe ser el cauce por el que se canalizan ciertos «acogimientos de hecho», de personas ya mayores que han convivido períodos más o menos largos de tiempo con sus adoptantes, con los que se han comportado solícitamente, pero sin que sus lazos con ellos signifiquen la ruptura total de los que conservan con su familia por naturaleza.

5.º Todas esas ideas primarias han querido plasmarlas fragmentariamente en los retoques de algunos de los preceptos de la adopción y les ha salido un resultado contradictorio o confuso, pero que con ayuda del pretexto y del contexto se puede quizá desentrañar, como intento yo.

Analicemos ahora, a mayor abundamiento, los datos legislativos ciertos, los plasmados en el texto de la ley (en otras palabras, lo que antes llamé *voluntas legis*), y veamos cómo pueden cohonestarse con mi tesis:

— El artículo 108, 2, no es del todo significativo porque su inciso final, «conforme a las disposiciones de este Código», atenúa bastante la rotundidad de la declaración anterior: «La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos...». Con todo, aquella apostilla podrá modalizar, pero no desvirtuar el principio al que califica. Medítese, por lo que se refiere a la adopción, la distancia que se advierte entre este párrafo y el primero del artículo 176, en su versión anterior a la reforma: la remisión a la regulación posterior por el Código o la ley no se imagina como una posible excepción limitada al criterio de equiparación, sino más bien como una ejemplificación o por menorización de ese criterio.

— El artículo 176, párrafo primero, sí que resulta diáfano: «Corresponden al hijo adoptivo los mismos derechos y obligaciones que a los hijos por naturaleza»; no se olvide que se le suprimió intencionadamente aquel apéndice que decía «salvo cuando la ley disponga otra cosa». Obsérvese: 1) que, a diferencia del artículo 108, 2, este precepto no alude expresamente al hijo adoptivo pleno, sino al hijo adoptivo sin más, y 2) que el artículo 176 sigue incardinado en una sección dedicada a las disposiciones generales sobre ambos tipos de adopción. Una postura coherente, pero falta de fundamento, sería la que razonase así: cierto, los artículos 108, 2, y 176, 1, desarrollando el principio contenido en el artículo 39, 2, de la Constitución, equiparan los hijos adoptivos plenos y simples a los hijos por naturaleza; es así que, sin embargo, los artículos 179 y 180 contemplan todavía algunos aspectos discriminatorios (para los simples no sólo en relación con la familia del adoptante, sino con relación también al propio adoptante); *ergo*, se da una contradicción irreductible (similar a la que puede mediar entre los arts. 759 y 799), que debe resolverse bien prescindiendo de los preceptos codificados y decidiendo de acuerdo con los principios generales (en su variedad de principios constitucionales), bien dando prevalencia a aquéllos —los 108, 2, y 176, 1— que se sitúan en la línea de esos principios. Pues bien, ese razonamiento lógico y contundente yo me atrevo a secundarlo a propósito de los hijos adoptivos plenos, pero recelo antes de aventurarme en idéntica conclusión para los hijos adoptivos simples. Las razones que me inducen a ello son algo arbitrarias, lo sé, pero presiento que no estuvieron pensando en la adopción simple ni el legislador constitucional (al redactar el artículo 39, 2) ni el legislador ordinario (al retocar el art. 176, 1). No se me ocurre que puedan equipararse a un hijo biológico personas adoptadas después de los catorce años, no unidas al adoptante por lazos familiares o afectivos que hubiesen hecho posible su adopción plena y que en caso de falta de pacto en la escritura de adopción conservan sus propios apellidos (arts. 178 y 180, 2). La expansión de los principios igualatorios debe frenarse ante los que en el ánimo de la conciencia popular (e incluso en el de sus representantes) no son sociológicamente hijos.

Aun admitiendo que la igualdad constitucional y legal deba ceñirse al adoptado pleno, también podría argüírseme que lo que el legislador quería era equiparar a los hijos, pero no a los nietos, biznietos, sobrinos, primos, etc. Es decir, que

respecto de los padres se ha uniformado la situación de los hijos por naturaleza y de los hijos legales en su variedad de adopción plena, pero que el legislador no ha querido llevar esa ecuación a las relaciones con los demás parientes del adoptante.

Algo de verdad hay en ese razonamiento y por eso yo al principio remarcaba que la contradicción no se da exactamente entre el artículo 179, de un lado, y los artículos 108, 2, y 176, 1, de otro, sino más bien entre aquel precepto y el 176, 2. Y vamos con este último precepto.

— El artículo 176, 2, afirma revolucionariamente que «la adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante». De nuevo interpreto que este párrafo piensa más en la adopción plena que en la simple, aunque no lo diga expresamente. Pues bien, si ése es el haz, el envés debe ser el de que se rompen los lazos de parentesco con la familia por naturaleza, so pena de poder tener una misma persona hasta cuatro padres, ocho abuelos, etc. (Recuérdese, además, la intervención de Sotillo, tras la votación del art. 176). Así lo decreta, a efectos sucesorios, el artículo 179, 2, aunque no se me oculta que algunos autores en la regulación anterior sostenían que el hijo adoptivo sí conservaba derechos por ministerio de la ley en la herencia de sus parientes por naturaleza, bien que no viceversa. Hoy esa postura minoritaria me parece menos sostenible para la adopción plena, si partimos de que se ha potenciado, a través del artículo 176, 2, la integración en la familia de adopción. Y si, además, se concluye, cual yo, que la integración es total, es decir, alcanza a la familia del adoptante, no podrá siquiera alegarse que en teoría tenga el hijo adoptivo pleno menos parientes a quien poder suceder.

Pero, en fin, la cuestión clave que ya anticipé antes es ésta: ¿Qué clase de parentesco ha establecido este artículo 176, 2, si no lo extendemos al ámbito sucesorio? Se trataría de los primeros parientes que, sin causa de indignidad y sin motivo justificado, son excluidos de los llamamientos sucesorios legales. ¿Es un parentesco circunscrito sólo a aspectos personales: v. gr., llamamiento a la tutela (confróntese el significativo giro que supone el art. 176, 4, actual respecto del anterior), a la representación del ausente, prestación de alimentos, etc.? Podría ser, pero ya vimos que no era el propósito de la enmienda de Minoría Catalana ni concuerda con la interpretación del Senador Ballarín, y además aquí sí interesa aducir el *ubi lex non distinguit...*, y es evidente que el artículo 176, 2, no diferencia aspectos parentales personales y sucesorios. Y no se me diga que la ley sí distingue, a través precisamente del artículo 179, 1, porque eso me lleva, por último, a abordar también ese precepto en relación con mi problema.

— Artículo 179. Decía que tampoco se puede afirmar rotundamente que el legislador haya querido establecer con este artículo una clara excepción en materia sucesoria, a los efectos del parentesco general decretado en el artículo 176, 2, porque si bien se mira, lo que se ha producido en este artículo es una laguna legal. Regula el mismo las relaciones sucesorias entre las personas a las que enlazaba el parentesco de adopción según la normativa del Proyecto; pero he aquí que se amplía en el Pleno de la Cámara Baja el ámbito subjetivo del parentesco legal y se olvida abordar sus repercusiones sucesorias. El vacío se me antoja entonces lícito integrarlo con los principios generales. Y no parece acertado aplicar al artículo 179, 1, la regla del *inclusio unius* (adoptante), *exclusio alterius* (demás ascendientes), porque no fue ésa la voluntad expresa del poder legislativo en ningún momento.

— Todavía pueden aducirse otros muchos preceptos en apoyo de mi interpretación. Así, y principalmente, el artículo 931, cuando dice: «Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes, sin distinción de sexo, edad o filiación», pero también todos los artículos relativos a las legítimas o a la sucesión intestada que aluden a parientes sin efectuar discriminación alguna (entre los reformados, 807; 837, 1; 841, 1; 842; 843; 847; 853; 854 —y la rectificación de estos dos últimos en relación con su versión 1978 es especialmente elocuente—; 857; 913; 935; 938; 940; 943; 946; 954, etc.), como asimismo todos los que establecen consecuencias del parentesco, sin distinguir la índole del mismo y por aplicación del principio *cuius est commodum eius est incommodum* (así, de nuevo sólo

entre los reformados: arts. 143, 144, 184, 211, 220, 227; en otro sentido, el 692, 1, etcétera).

En resumen, y para terminar esta larguísima nota sobre los artículos 176, 179 y concordantes, me atrevo a sentar las siguientes conclusiones, que desearía ver confirmadas (o rechazadas, pero, por lo menos, despejadas) por la jurisprudencia o por una próxima disposición legal:

1.^a El artículo 176 del Código SIGUE VIGENTE en la versión dada por la Ley 11/81.

2.^a El hijo adoptivo *pleno* ocupa UNA POSICION IDENTICA a la del matrimonial en cualesquiera aspectos del Derecho civil, en especial, que es lo que ahora me preocupa, en su POSICION SUCESORIA RESPECTO DE LA FAMILIA DEL ADOPTANTE (y VICEVERSA, dada la reciprocidad que ha inspirado siempre esta materia).

3.^a El hijo adoptado simple NO ha querido ser objeto de una equiparación similar por el legislador de 1981 y SU POSICION SUCESORIA ES ESCUETAMENTE LA QUE SE CONDENSE EN EL ARTICULO 180, 3 y 4, a cuyo comentario me remito.

A modo de apostilla final, diré que la tesis que patrocino para la potenciación de la adopción plena debe entenderse referida al momento de la entrada en vigor de la ley 11/81 (cf. disposición transitoria primera de la misma), aunque en su aspecto sucesorio, sólo para las sucesiones abiertas después de dicho momento (disposición transitoria octava) (*).

(*) También en espera de la impresión de este trabajo se han producido, en relación con el contenido de la precedente nota (36) —que quizá debió constituir un opúsculo independiente—, dos circunstancias que cabe reseñar:

1.^a En primer lugar, la ocurrencia de un nuevo argumento en apoyo de la interpretación en ella defendida.

2.^a Y en segundo lugar, la aparición de las primeras opiniones doctrinales sobre el problema.

I. En cuanto al primer extremo, el nuevo argumento lo aduje en una pequeña charla o conferencia que tuve el honor de dar en el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Barcelona y creo conveniente reproducirlo aquí ahora. El mismo deriva de un orden jurídico al que debemos ir acostumbrándonos los privatistas: en concreto, me refiero al que resulta de la Sentencia de 13 de junio de 1979, dictada por el Plenario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con motivo del llamado caso Marckx. En dicho fallo se afirma, entre otras cosas, que el Alto Tribunal no encontraba ninguna justificación objetiva y razonable para que la legislación belga no reconociera ningún derecho de sucesión abintestato a una hija adoptiva en relación con la familia de su madre adoptante, lo cual constituye, a su juicio, una violación del artículo 14, combinado con el 8, de la Convención europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecha en Roma el 4 de noviembre de 1950, en tanto en cuanto restringe sus derechos sucesorios en relación con sus parientes próximos por la línea materna (párrafo sexto del apartado II, c), de las consideraciones de derecho, y punto 10, apartado IV, del fallo: puede verse toda la sentencia, dirigida más bien a anular las discriminaciones de la legislación belga en relación con los hijos naturales reconocidos, en el libro *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, de ENRIQUE LINDE, LUIS IGNACIO ORTEGA y MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, coordinado y prologado por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, Ed. Civitas, Madrid, 1979, páginas 405 a 421).

Y ya se sabe que estos pronunciamientos, hasta hace poco más o menos retóricos o angelicales, han adquirido en nuestro Derecho interno una importancia capital, por cuanto España no sólo ha firmado el citado Convenio o Convención el 24 de noviembre de 1977, sino que ha depositado su instrumento de ratificación el 4 de octubre de 1979, desde cuyo momento entró en vigor para nuestro Estado, si bien su incorporación al Derecho positivo patrio —de conformidad con el artículo 96, 1, de la Constitución, y 1, 5, del Código Civil— no se produjo para los ciudadanos hasta el 10 de octubre siguiente, fecha en que tuvo lugar la publica-

ción oficial en el B. O. E. del texto de la Convención. Por si fuera poco, el artículo 25 de la misma dispone que:

«La Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el presente Convenio, en el caso en que la Alta Parte Contratante acusada haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia.»

Pues bien, como es sabido, por haber sido noticia periodística no lejana, el *Boletín Oficial del Estado* del 30 de junio de 1981 publicaba la Declaración de fecha 11 anterior, por la que el Estado español reconoce por un período de dos años, a partir del primero de julio de ese año, dicha competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos para conocer de las demandas individuales contra violaciones, incluidas las legales, de los derechos protegidos por la Convención. De modo que, como nos enseña GARCÍA DE ENTERRÍA en el prólogo del libro citado, la Convención de 1950, y de acuerdo con su artículo 46, su interpretación por el Tribunal europeo, tendrá una triple virtualidad:

1.ª Será invocable ante los Tribunales y las autoridades españolas como inmediatamente aplicable.

2.ª Será invocable ante el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incluso (hasta el 1 de julio de 1983, cuando menos) por cualquier particular afectado por la discriminación, eso sí, previo agotamiento de los recursos internos y de la preceptiva conciliación por la Comisión.

3.ª Que es la que más interesa ahora, deberá servir de pauta para la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (art. 10 de la misma), entre los cuales puede situarse sin esfuerzo el derecho a la equiparación de los hijos, consagrado en el artículo 39, 2, de nuestra Ley Fundamental (situado dentro del título I) y desenvuelto por la reciente reforma del Código Civil, que comento (cf. art. 53, 3, de la Constitución; y aunque la infracción de ese principio de igualdad de los hijos, insito en el art. 39, 2, no podría fundamentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional —art. 161, b), en relación con el 53, 2, de la Constitución, y art. 41, 1, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, de regulación del Tribunal Constitucional—, sí podría producirse por violación del art. 14 de la tan citada norma suprema).

En definitiva, los textos constitucionales e internacionales vigentes, nos obligan a interpretar la colisión artículo 176, 2-artículo 179, en el sentido que queda expuesto, y así deberán entenderlo los tribunales y autoridades españolas (incluido el Tribunal Constitucional) o, en otro caso, el Tribunal Europeo, reiterando el precedente Marckx.

II. En cuanto al otro aspecto que quería abordar en este añadido, a saber, el de las primeras opiniones que van surgiendo, me limitaré a resumirlas:

1. ALBALADEJO (en *Curso de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982 —sic—, págs. 407 a 410) llega a conclusiones diametralmente opuestas a las mías:

a) Considera derogado y bien derogado el artículo 176.

b) Da prevalencia sobre él, incluso durante el corto período en que, en su opinión, estuvo vigente, el artículo 179, de modo que el adoptado pleno gozaría de un simple *status filii*, no de un *status familiae*, por lo menos a efectos sucesorios.

c) Lúcidamente, se percata de que su construcción llega a extrañas consecuencias, en concreto, a las siguientes:

— «La de que a los descendientes del adoptado les sucede el adoptante, y si éste tenía, a su vez, padre adoptivo, también éste, mientras que no les sucede el padre de sangre del adoptante. Por raro que parezca, esa conclusión impone que el adoptante herede al adoptado y a sus descendientes, y no sólo a los de sangre, sino también a los adoptivos...»

— «Otra consecuencia que habrá que admitir es la de que entre sí los descen-

dientes de sangre del adoptante y el adoptado y sus descendientes carecen de derechos sucesorios. De modo que el hijo de sangre del adoptante y el hijo que éste adopta, que son hermanos adoptivos, no se heredan como se heredarían dos hermanos de sangre.»

— «Y, por último, en esa línea está también que dos personas que sean adoptadas por los mismos padres y que se convierten en hermanos por la adopción, tampoco se heredan entre sí.»

Estas aporías en que desemboca la interpretación de ALBALADEJO, según él mismo honradamente descubre y reconoce, son la mejor demostración de que la hermenéutica correcta no es la que el docto profesor ha utilizado en esta ocasión, sin que parezca oportuno insistir aquí en mis anteriores razonamientos, ni menos extenderme a otros pormenores en los que también discrepo (v.gr., en el reconocimiento que él hace de derechos sucesorios al hijo adoptivo respecto de su familia de sangre —aunque no viceversa—, fuera del único caso en que yo lo creo posible: adopción por un cónyuge de los hijos del otro). Véase también la página 378 de la obra citada, donde insiste en las mismas conclusiones a propósito de la legítima.

2. LACRUZ BERDEJO, en su obra conjunta con SANCHEZ REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, mantiene una posición no muy definida en torno al problema de esta desmesurada nota:

— Por un lado, parece haber escrito la nueva versión de su densa e importante obra bajo el imperio de la Ley 11/1981 y antes de la aparición de la Ley 30, puesto que no hace ninguna alusión a la posible derogación del artículo 176 del Código Civil, de cuya incontestable vigencia parte.

— Por otro lado, en sede de legítimas (pág. 473), y después de reproducir el actual artículo 179, 1, del Código Civil, afirma: «Pero este precepto... no hace ningún llamamiento a los ascendientes del adoptante, por lo que cabría sostener que pese al parentesco que proclama el artículo 176, ni el hijo adoptivo hereda directamente a los padres de su padre, ni estos 'abuelos adoptantes' al 'nieto adoptado'. Así se desprendería del hecho de que el texto ahora transcrito hable de 'la sucesión del adoptante' y no de la de sus ascendientes, mientras los que ocupan 'la posición de ascendientes' en 'la sucesión del hijo adoptivo' son 'los adoptantes', y no los progenitores de éstos». Y la única atenuación que encuentra dicho tratadista a tan literalista interpretación es la que enuncia a renglón seguido y con estas palabras: «Ahora bien: puesto que el hijo adoptivo es plena y absolutamente igual que uno consanguíneo en la relación con su padre, debería suceder (para lo que ahora nos interesa: en cuanto legitimario) al abuelo, padre del adoptante, por derecho de representación, lo cual estaría de acuerdo con la finalidad de este instituto de paliar las consecuencias sucesorias de la muerte prematura del padre cuando éste no ha heredado todavía a los suyos».

— Pero, finalmente, a propósito del orden de suceder *abintestato* (págs. 560-1), LACRUZ se muestra aún más dubitativo y algo contradictorio, porque tras insistir, a la vista del artículo 179, en que «no parece que deba deferirse la sucesión de los parientes del adoptante al adoptado cuando no está llamado por la ley (pienso que intencionadamente —dice—) y hay parientes que lo están», destaca luego el inconveniente de lo fácilmente que será llamado en tal caso el Estado a la sucesión intestada del adoptado pleno, y concluye con este párrafo, paradójico, pero certero, que acaso podría sostenerse que contiene su último pensamiento al respecto (si no fuera por la antigua tesis de GULLÓN que en letra pequeña recoge a seguido): «En mi opinión —escribe—, la desconexión definitiva con la familia natural, que establece el artículo 179, 2.º, es un importante argumento en favor de la interpretación amplia de su párrafo 1.º, que estaría de acuerdo con el artículo 176, y con arreglo a la cual el hijo adoptivo sucedería a los consanguíneos de su progenitor, y éstos a él».

tados plenos. Si el causante respecto del que se es indigno muere intestado, cabe defender que también pueden intervenir en alguno de los dos peldaños los hijos adoptivos simples a la vista del cuarto y último párrafo del artículo 180 reformado. Es decir, si el causante cuenta sólo con hijos adoptivos simples que le deban suceder con arreglo a dicho párrafo y alguno (o todos) incurre en indignidad, una vez declarada o reconocida ésta, la herencia intestada deferida al mismo pasa a serlo a sus descendientes —incluidos, en su caso, los hijos adoptivos simples que pudiera haber si son los únicos con que cuenta a su vez el indigno que sea viudo o soltero y huérfano; de haber otros, parece que éstos tendrían preferencia para representar al incapaz—. Dígase lo mismo si el indigno es hijo matrimonial, no matrimonial o adoptivo pleno y deja hijos adoptivos simples con derecho a sucederle *ab intestato* por no operar otros llamamientos preferentes. Con todo, la cuestión es dudosa.

El artículo 761, en su versión actual, idéntica al primer párrafo de la anterior, ¿sigue contemplando un caso excepcional de delación material de la legítima en favor de los descendientes del indigno más que una representación de aquellos en la condición de legitimario de éste?; ¿la omisión de esos descendientes sigue sin constituir preterición, de modo que lo único que sucede es que ante la falencia del llamamiento al indigno se les defiende a aquellos exclusivamente la porción legitimaria destinada a este último?

Sabido es que en la regulación anterior la cuestión era discutida, de modo que, valiéndome del exhaustivo resumen de VALLET, admitían para los descendientes del indigno la condición de sucesores en la cualidad de legitimarios y, por ende, admitían su preterición GIMÉNEZ ARNAU, CÁMARA, BONET y GARCÍA BERNARDO LANDETA (37); y, en cambio, patrocinaban la solución contraria un número quizá mayor de autores (38): NAVARRO AMANDI, ROCA SASTRE, FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, LACRUZ, PUIG BRUTAU y el propio VALLET.

Los argumentos de este segundo grupo doctrinal podrían resumirse así:

1.º El artículo 761, como su paralelo el 857, constituyen «normas innovadas, inspiradas en motivos de piedad que no deben interpretarse de modo extensivo» (VALLET).

Tampoco considero conveniente ir más allá en esta nota de una escueta exposición de la opinión de LACRUZ, sólo en determinados fragmentos coincidente con la mía.

(37) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I, «Las legítimas», vol. I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pág. 628, nota 150.

(38) *Ibidem*, nota 151.

2.º No parece que la situación de los descendientes del indigno o del justamente desheredado deba ser mejor que la del hijo injustamente desheredado» (VALLET).

3.º «En los supuestos de indignidad y desheredación el legitimario inicial ha sido mencionado y con él (si vive al tiempo de fallecer el testador) la estirpe de los legitimarios ulteriores ha quedado también aludida, no siendo razonable aplicar la sanción que el legislador no pensó para estos supuestos» (LACRUZ).

4.º Se anularía la voluntad del causante o parte de ella por circunstancias fortuitas y se multiplicarían las pretericiones (LACRUZ).

5.º Es más frecuente imaginar la actitud restrictiva del ascendiente en relación con la prole del desheredado o indigno (LACRUZ).

6.º Tal parece ser lo que se desprende del sentido restrictivo del artículo 766 (LACRUZ); y

7.º «Finalmente, si el legislador hubiera pensado en que los descendientes del desheredado sucedieran *ab intestato* (al anularse completamente la institución de heredero por preterición), hubiera excluido de la administración del ascendiente desheredado en el artículo 857 los bienes imputables en la parte libre» (LACRUZ).

Pues bien: cabe pensar que no pocos de esos argumentos han quedado desvirtuados con la nueva redacción dada, si no a los artículos 761 y 857 —en los que simplemente se ha suprimido un inciso—, sí al 814, donde, como veremos en su momento, se han alterado espectacularmente los efectos de la preterición, en especial los de su variedad acaso más frecuente, cual será la intencional.

En efecto, y con especial referencia a la indignidad, ¿se puede seguir diciendo que la situación del descendiente del indigno es siempre mejor que la del hijo injustamente desheredado? Sí, si la preterición de aquél —de admitir su posibilidad— fuera no intencional y sí también en el caso de que, siendo intencional, la representación que prescribe el artículo 761 lo fuera en toda la legítima —incluida la larga—, en tanto que el desheredado injustamente sólo recibe la corta (Sentencia de 23 de enero de 1959). Pero ¿es lícito comparar la suerte de una progenie inocente con la de un descendiente que, aun siéndolo también, ha despertado el encono del testador hasta el punto de que lo desheredó sin razón? Contra éste hay una voluntad expresa de dejarle lo mínimo que se pueda, en tanto que contra la prole del indigno cabe que exista, sí, una voluntad presunta también adversa —y entonces estaremos ante su preterición intencional con los efectos del 814, 1.º—, pero también puede haber una voluntad no formada, porque, por ejemplo, la estirpe del indigno conocido y preterido podía no existir al testar el causante, y en-

tonces parece más justo dejar actuar los principios generales (posible refutación del argumento núm. 2).

Item más: nada de lo que reciba el descendiente del indigno, sea su porción viril *ab intestato*, sea su cuota legitimaria —por delación directa o por el juego de la representación circunscrita a ella—, va a ser administrado por el propio indigno, aunque aquel descendiente esté bajo su patria potestad, pues bien claramente el artículo 164, 2.º, antes transcrito (*vide* nota 30), prevé una administración ajena para los bienes adquiridos por *sucesión*, es decir, para todos los heredados en sentido amplio (abrazando incluso los dejados voluntariamente al descendiente del indigno) y no sólo para los recibidos por legítima. Bien es verdad que LACRUZ aducía el obstáculo de la posible administración parcial paterna en relación con la desheredación sólo, pero ya entonces se le podía redargüir que en la indignidad operante en la intestada era difícilmente evitable aquella administración (39) y no había por qué rasgarse las vestiduras. Ahora para ambos institutos —indignidad y desheredación— se ha puesto remedio al desliz de las antiguas normas. Tampoco para los bienes que en caso de preterición no intencional de los hijos del indigno —en el limitado caso en que veremos que es posible—, reciban ellos, ex 814, 2.º, habrá administración paterna cualquiera que sea su cuantía (posible refutación del argumento núm. 6).

A la vista del nuevo artículo 814 la voluntad del causante ya no queda anulada por circunstancias fortuitas; si la preterición de los descendientes del indigno fue intencional: éstos se limitarían a recibir su legítima, reduciendo la institución de heredero, legados, etc., en la medida necesaria para ello. ¿Y si la omisión no fue intencional?; ¿no se anulará con frecuencia la voluntad del causante por mor de una indignidad que normalmente se declara después de abierta la sucesión y que incluso en algún caso (como el del núm. 4 del 756) sólo puede ser así?; ¿se incurre en preterición errónea si se omite sin querer a unos legitimarios —los descendientes del indigno— que han devenido legitimarios *per accidens*, es decir, por el decaimiento sorpresivo del llamamiento hecho al incapaz? Ya veremos como sí entiendo yo que se puede preterir erróneamente a legitimarios *per accidens*, pero ahora el argumento número 4 hubiera seguido teniendo contundencia de ser cierto que anulaba total o parcialmente la voluntad de un testador sorprendido por la indignidad de un descendiente. Pero ello no sucederá así, porque el párrafo tercero o antepenúltimo del artículo 814 dice también que:

(39) A no ser que se interpretase la frase del artículo 761, 2.º, «de los bienes que por esta *causa* hereden sus hijos», como referida no a los recibidos por la representación en la legítima ordenada en su primer párrafo, sino a los que por cualquier título, pero por *causa* de indignidad, le llegasen a la estirpe.

«Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.» Y es evidente que en la hipótesis de que partimos —indignidad sobrevinida *post testamentum*— el indigno no habrá sido preterido, por lo que tampoco lo será su stirpe, aunque ésta, en lugar de representarle totalmente en la herencia, ex artículo 814, 3.º, le representa sólo en la condición de legitimario, pero con el efecto de conducirlo únicamente a la legítima, en virtud de las normas más específicas de los artículos 766 y 761.

Ahora bien, si la indignidad era conocida del testador y por ello omite a su descendiente incapaz en su testamento hará muy bien en acordarse también de la prole del mismo, porque al no operar la sustitución tácita *ex lege* del 814, 3.º, se podría preterir voluntaria o involuntariamente a dicha prole. Mas aquí la indignidad no ha pillado desprevenido o por sorpresa al testador (posible refutación del argumento número 4).

En fin, los otros argumentos aducidos y que confieso que en la regulación anterior me convencían bastante no me parecen hoy insuperables:

— el que se trate de normas innovadas no exime de indagar hasta dónde ha querido el legislador llevar la piadosa innovación;

— estadísticamente no es seguro determinar cuál sería la voluntad del testador hacia la stirpe del indigno, tanto si no conocía la causa de indignidad como si la conocía, pero ignoraba la existencia o subsistencia de dicha stirpe;

— además, resulta muy medieval la transmisión hereditaria de la culpa en un sistema punitivo (penal y civil) absolutamente personalizado hoy;

— finalmente, de aceptarse mi interpretación, que ya antes contaba con mucho más insignes valedores, ya no quedarían hipótesis de delación material de legítima (salvo acaso la del viudo preterido o en la sucesión intestada); ésta se aparecería siempre como un simple freno a la libertad de testar, con la consiguiente ventaja para la coherencia del sistema.

ARTÍCULO 807

«Son herederos forzosos:

- 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
- 2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.

3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.»

Ya en el Proyecto remitido por el Gobierno presentaba este artículo un tenor idéntico al actual, pues fue respetado escrupulosamente en ambas Cámaras, aunque la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso tuviera para ello que rechazar dos enmiendas de la Diputada señora Pelayo Duque.

Es obvio que su antecedente se encuentra en el hasta hace poco vigente 807 (versión de 24 de abril de 1958), al que en sus dos primeros números se le ha suprimido el adjetivo «legítimos» y en el tercero la referencia a hijos y padres naturales y la remisión concreta o numérica a artículos por lo demás hoy con otro contenido.

Resulta evidente que cuestiones relativamente pacíficas en la doctrina no han querido ser abordadas por el legislador, con cautela elogiabile, a la vista del resultado de otras «aventuras». Tal, por ejemplo, la determinación del orden de atribución de la legítima a los descendientes —que continuará siendo por analogía y tradición el de la sucesión intestada: arts. 931 a 934—; tal igualmente la inteligencia de la expresión «a falta de los anteriores» con que comienza el número segundo, la cual habrá que seguir interpretándola con VALLET (40) como referida a los dos exclusivos casos de inexistencia o premoriencia y no a los de repudiación, desheredación o indignidad del conjunto de descendientes.

Sin duda, con las supresiones dichas y las coetáneas reformas de los artículos sobre filiación y adopción ha variado el elenco concreto de legitimarios, que hoy entiendo que son:

— como primer orden, los descendientes sin intermediación de persona capaz de suceder, ya sean matrimoniales, no matrimoniales o adoptados en forma plena y cualquiera que sea el escalón en que se produzca la variación filial: así lo sería, por ejemplo, un hijo no matrimonial surgido de otro matrimonial premuerto o uno adoptivo pleno adoptado por otro que lo fuera por naturaleza también premuerto (dando prevalencia, como vimos, al art. 176, párrafo segundo, sobre la letra del 179), etc.;

— como orden subsidiario, los ascendientes en la forma prevista en el artículo 809 y con la misma amplitud personal: ascendientes matrimoniales, no matrimoniales (téngase en cuenta para unos y otros lo dispuesto en el nuevo art. 111) o adoptantes plenos, con exclusión, eso sí, de los ascendientes por naturaleza de cualquier ascendiente (o causante) adoptivo (puesto que el parentesco de adopción excluye al de sangre);

(40) VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones...*, cit., vol. 1, pág. 113.

— y como orden concurrente, con variaciones de cuantía en función de esa concurrencia, el viudo o viuda.

ARTÍCULO 808

«Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

La tercera parte restante será de libre disposición.»

Inalterado en su paso por las Cortes.

Aquí sí se reduce la reforma a una doble supresión del adjetivo «legítimos», aunque ello traiga como consecuencias, enlazadas con las que hemos visto en el artículo anterior, de que toda clase de descendientes inmediatos pasen a participar de la legítima larga de dos tercios a que se refiere el primer párrafo de nuestro artículo, y de que todos ellos, aun los mediatos, se alineen entre los posibles destinatarios de uno de esos dos tercios en calidad de mejora.

De nuevo se ha prescindido de «retoques técnicos», como hubiera sido sustituir la expresión «haber hereditario» por otra más precisa, para lo que se contaba con modelo depurado en el artículo 119 de la Compilación aragonesa («caudal fijado conforme a lo dispuesto en el artículo 818 del Código Civil»).

ARTÍCULO 814

«La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que 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, 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.»

El texto era casi idéntico en el Proyecto, con la sola variación de que éste en el segundo párrafo hablaba de preterición errónea y ahora en la versión definitiva se usa la expresión «preterición no intencional».

El párrafo trigésimo de la notable Exposición de Motivos nos suministra la razón de la reforma de este precepto: «Finalmente, debe explicarse —dice— el porqué de la reforma en materia de preterición de herederos forzosos. La doctrina había puesto de relieve la insuficiencia de las reglas del Código. Pero esto, por sí, no era suficiente para justificar su modificación en una Ley cuyo cometido principal no era corregir todas las deficiencias de nuestro sistema, por evidentes que pudieran parecer. Ahora bien, resulta claro que, con la reforma que en esta Ley se hace, pasan a ser legitimarios algunos ascendientes y descendientes que antes no tenían esa calidad, y que, respecto de ellos, sobre todo tratándose del testamento del abuelo o del nieto, serán más frecuentes los supuestos de preterición. Por eso se ha hecho necesario sustituir las escasas reglas del Código Civil por otras que, al distinguir entre las diferentes hipótesis de preterición, se estiman más justas y completas.»

La Ponencia, en el Congreso, propuso en su Informe una redacción distinta para los dos primeros párrafos del artículo, lo que implicaba aceptación de las enmiendas 435 (señor Díaz Fuentes, centrista) y 500 (señor Alzaga Villamil, centrista), únicas formuladas al precepto, que, en consecuencia, comenzaría así:

«La preterición intencional de un heredero forzoso no perjudicará su legítima, que se le reconocerá respetando en lo posible los legados y demás disposiciones testamentarias.

Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes..., etcétera.»

Es en ese segundo párrafo de la versión de la Ponencia donde por primera vez se alude a preterición no intencional en lugar de errónea.

Lo cierto es que la Comisión de Justicia y el Pleno del Congreso aceptaron la rectificación efectuada por la Ponencia.

En el Senado la extensa enmienda 119, de la que hemos de volver a ocuparnos, presentada por el Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático y suscrita por su portavoz, don Francisco Villodres García, propuso, en relación con nuestro artículo, lo siguiente:

«Se debe modificar el primer párrafo y agregar un número 3.º al segundo. El primer párrafo deberá decir, en lugar de lo que dice:

‘La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se

reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.'

El número 3.º que debe añadirse al párrafo segundo dirá lo siguiente:

'3.º No obstante lo dispuesto en los dos apartados anteriores, la institución de heredero o los legados dispuestos a favor del cónyuge sólo se anularán en la medida en que sean inoficiosos.'

EXPLICACIÓN:

Respecto del primer párrafo, se considera preferible la redacción que el mismo tenía en el Proyecto del Gobierno y se sugiere, por consiguiente, volver a ella. Conforme al Proyecto (éste era también el criterio del —*sic*— CGC (41)), estaba muy claro que la preterición afectaba, en primer lugar, a la institución de heredero, mientras que según la versión aprobada por el Congreso, el orden de prelación se señalaba tan confusamente que se puede dudar si existe o no.

El número 3.º, cuya introducción se sugiere, tiene por objeto generalizar lo que dispone el último inciso del número 2.º del Proyecto, cuya finalidad es proteger al cónyuge de los efectos destructores de la preterición no intencional. No se ve, en efecto, razón alguna para que el trato privilegiado que en este orden de cosas se dispensa al cónyuge, se limite al supuesto en que la preterición sólo afecte a algunos hijos o descendientes, y, por otra parte, tampoco hay motivos suficientes que expliquen por qué subsiste la institución en su favor y no los legados. Recuérdese que es muy frecuente la cláusula testamentaria por la que se deja al cónyuge la cuota viudal usufructuaria y el tercio de libre disposición, que constituye el objeto de un legado de parte alícuota ordenado a favor del viudo o viuda. Con arreglo al texto del Proyecto, el legado de que se acaba de hacer mención (y salvo que se instituya heredero al cónyuge en el tercio libre, lo que no debe ser necesario a estos efectos y, en algún caso, puede resultar inconveniente) tendría que anularse.

(La CGC había adoptado en este punto la solución que ahora se propone.)»

La Ponencia (42) de la Comisión de Justicia e Interior del Senado

(41) Lo cual pone de manifiesto que el redactor material de la enmienda tuvo acceso al texto elaborado por la Comisión General de Codificación, que sirvió de base al Proyecto gubernamental, texto que desgraciadamente yo no he podido conseguir.

(42) Integrada por los Senadores don Alberto Ballarín Marcial, don Mario García-Oliva Pérez, don Antonio Ojeda Escobar, don José María Pardo Montero y don Francisco Ruiz Risueño.

recogió la enmienda que acabo de reproducir, pero con tan poca fortuna que el número 3.º propuesto como frase independiente tras el párrafo segundo, es decir, entre las palabras «inoficiosas» y «Los descendientes», lo adicionó al final del artículo, desvirtuando así su sentido (43).

Lo sorprendente es que ni la Comisión de Justicia e Interior ni el Pleno del Senado se percataran de la equivocación y aprobaran sin discusión en este punto la propuesta que les venía de la Ponencia.

Afortunadamente, al retornar el proyecto de ley al Congreso, en aplicación del artículo 90.2 de la Constitución, el Diputado (44) señor Sotillo Martí, que, sin duda, reparó en el desaguizado derivado de la colocación del número 3, propuso hábilmente votación separada de la enmienda del párrafo primero y de la del resto del precepto (45).

De suerte que la reforma del primer párrafo fue aprobada por 238 votos favorables, 9 negativos y tres abstenciones, y la introducción del

(43) En concreto, la Ponencia senatorial proponía esta curiosa versión del artículo:

«La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que 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, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas.

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.

3.º No obstante lo dispuesto en los dos apartados anteriores, la institución de heredero o los legados dispuestos a favor del cónyuge sólo se anularán en la medida en que sean inoficiosos».

BOCG —Senado—, serie II, núm. 154 (d), pág. 171.

(44) Del PSOE por Castellón y buen conocedor del Derecho privado, como evidencia su doble doctorado por las Universidades de Bolonia y Valencia.

(45) *Diario de Sesiones* del Congreso de los Diputados. Sesión Plenaria número 163, celebrada el 28 de abril de 1981, pág. 10013. Sabido es que en esta fase parlamentaria ya sólo cabe rechazar o admitir las enmiendas del Senado, no reabrir discusiones sobre ellas.

número 3.º fue rechazada (46) con 5 votos favorables, 241 negativos y tres abstenciones (47).

* * *

El comentario del artículo puede intentarse al hilo de su tenor. Así, comienza diciendo:

I. «*La preterición...*».

De nuevo el legislador, como ya hiciera en 1958, rehúye dar un concepto de la preterición, siendo así que no era ni es pacífico en la doctrina (48). Los casos dudosos en que se discutía si se daba o no preterición o si estábamos en presencia de una desheredación injusta (en su variante de sin expresión de causa) eran abundantes y controvertidos (49).

(46) *D. S., cit.*, págs. 100-14.

(47) Se evitaron así las no pequeñas dudas que hubiera engendrado la malhadada colocación del *non nato* núm. 3.

(48) Puede consultarse, a modo de muestreo nada exhaustivo y ciñéndome a tratamientos generales y actuales: JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo XI, Edersa, 1978, págs. 151 a 157; el mismo, en su actualización del tomo sexto, volumen segundo, del *Derecho civil español, común y foral*, de JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, Reus, S. A., Madrid, 1973, págs. 651 a 656; el mismo, en *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I, «Las legítimas», vol. 1.º, páginas 584 a 615; el mismo, en *Apuntes de derecho sucesorio*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1955, págs. 307 a 315; también JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1973, págs. 172 a 174; JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1977, tomo V, vol. III, págs. 211 a 216; LUIS DíEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1978, págs. 666 y 667; MANUEL ALBALADEJO GARCÍA: *Manual de derecho de familia y sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1974, págs. 314 y 315; JAIME SANTOS BRIZ: *Derecho civil. Teoría y práctica*, tomo VI, Edersa, 1979, págs. 685 a 690; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, vol. V, Ed. R. D. Pr., Madrid, 1970, págs. 484 a 487, etc.

(49) Extremando la síntesis y remitiéndome para su desarrollo a los autores citados en la nota anterior, podrían clasificarse así los supuestos polémicos:

1.º Casos en que no se mencionaba a un legitimario en el testamento, pero se le había favorecido por acto *inter vivos* (donación, designación como beneficiario en seguro de vida, etc.).

2.º Casos en que se mencionaba al legitimario en el testamento, pero no se le dejaba nada en él. Las variantes eran aquí muchas, pues varios podían ser la forma y motivos de la mención, y decidir si se estaba ante una preterición o ante una desheredación injusta era especialmente arduo. Cabía, en efecto, dentro de este grupo:

— Que la mención se hiciese en la parte expositiva y no en la dispositiva del testamento.

— Que la mención se hiciese *nominatim* (con los nombres y apellidos del excluido) o *inter ceteros* (v. gr., diciendo el testador al ampliar su filiación que de su matrimonio hubo tres hijos y distribuyendo luego los bienes sólo entre dos) o con frase genérica y de dudoso alcance (por ejemplo, dejando a salvo el derecho de

No voy a pormenorizar aquí las diversas posturas —a veces jurisprudenciales— mantenidas en torno a cada uno de dichos supuestos, y me limitaré a destacar que se advertía entre los autores más recientes cierta inclinación a resolver las dudas merced a un acercamiento de la preterición intencional a la desheredación injusta, reservando los efectos más demoledores de la preterición tradicional para la errónea (50).

Pero lo que ahora interesa subrayar —como decía— es que el legislador de 1981 no ha querido, una vez más, definir la preterición ni marcar la línea de diferenciación entre ésta y la desheredación injusta (51),

«cuantas personas pudieran pretender legítima en mis bienes», caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1966).

— Que la mención se hiciese sólo para aludir a las atribuciones hechas en vida al apartado y, en este caso, ordenando, prohibiendo o silenciando su impugnación.

— Y que la mención se hiciese para negar la condición familiar del excluido y, por ende, su carácter de legitimario.

3.º Casos en que se mencionaba al legitimario en el testamento y se le atribuía algo, pero tan singular como:

— una cosa ajena (incluso propia del discutible preterido),

— o metálico no existente en la herencia (lo que no deja de ser una cosa ajena).

4.º Casos en que se mencionaba al legitimario en el testamento, pero posteriormente se revocaba todo él o sólo en cuanto al legado (y por la vía del art. 869 del Código Civil) que se le había dejado al excluido.

(50) Así, MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: «El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos», *R. D. N.*, enero-marzo 1955, págs. 7 a 88, especialmente 67 y sigs., quien asimilaba sin ambages la preterición intencional a la *exheredatio* informal del 851. LACRUZ, menos audazmente y amparándose en la falta de un concepto legal de preterición, abogaba por definirla de modo que «su eficacia se produzca sólo como rectificación, ya de un error y olvido del causante, ya de una voluntad exheredatoria total que no se formuló, por lo que no puede valer ni siquiera como desheredación injusta» (*ob. y vol. cit.*, página 179). VALLET, sin salirse del derecho constituido y refiriéndose al intento de CÁMARA, afirma que «sólo podrá triunfar si la intencionalidad de la preterición puede deducirse o inferirse del tenor del testamento, aunque sea con el complemento de circunstancias extrínsecas» (*Comentarios...*, *cit.*, pág. 176, donde pueden verse resumidos otros intentos de corregir las posibles injusticias del antiguo artículo 814, párrafo primero, debidos a ROCA SASTRE, MANRESA-MAURA y, sobre todo, a ALBALADEJO, a cuya opinión me referiré luego, pues creo que ha tenido influencia en el último párrafo del actual texto legal).

(51) El reproche se me antoja tanto más imperdonable cuanto que de nuevo se contaba con un modelo foral muy perfilado: el del artículo 141 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, que aborda ambos cometidos en sus párrafos primero y último. Sin duda, el precepto se debió tener presente al remodelar el 814, pues también en aquél se distingue una preterición genérica, que simplemente deja a salvo la pretensión de legítima material y una preterición errónea de descendientes, de efectos más drásticos, pero no se supo o no se quiso aprovechar esas otras facetas definitorias del modelo. Lástima, porque aun contra corriente, me resisto a enterrar el viejo ideal unificador del Congreso de Derecho civil de Zaragoza de 1946, que no considero absolutamente incompatible con la Constitución y los Estatutos de Autonomía aprobados.

quizá porque ha pensado que las consecuencias eran, en todo caso, iguales: dejar a salvo las legítimas de los omitidos, lo mismo que quedan indemnes las de los desheredados sin causa.

Pero esa actitud inhibitoria no parece acertada:

1.º Porque aunque sólo sea para los descendientes, subsiste una preterición, la no intencional (52), cuyos efectos pueden ser tanto o más contundentes que los que surtía la preterición antigua y, por supuesto, que los de la desheredación injusta. Decidir qué sea preterición de esos descendientes parece cuestión previa a la de decidir si ha sido intencional o no. Imaginemos un testador que habiendo donado a su hijo un bien en concepto de legítima o imputable a ella, le omite por completo en el testamento. Previamente a especular sobre si esa omisión fue intencionada o no, será necesario discernir si estamos ante un caso de prete-

(52) Probablemente, la única preterición que cabrá conceptualizar de tal, si partimos de un concepto histórico de la misma. Ya para la preterición del viudo en el régimen anterior, se preguntaba VALLET (*Limitaciones...*, cit., 1, pág. 625) si era técnicamente un caso de preterición y contestaba: «Si los efectos de la preterición se diferencian del simple derecho a reclamar la legítima, porque los de aquélla dan lugar a la nulidad total de la institución de heredero, siendo estos efectos los que caracterizan esta institución, que es particularmente formal, podemos concluir que la omisión del viudo o viuda podrá ser gramaticalmente preterición, pero no lo es jurídicamente en sentido estricto y riguroso». Por su parte, XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ (en «La preterición en Cataluña», publicado en la R. J. C., y recogido después en el volumen colectivo «Estudios sobre la legítima catalana», Cátedra Durán i Bas, Universidad de Barcelona, 1973, págs. 289 a 328, de donde cito), comentando la preterición intencional del artículo 141 de la Compilación catalana, que, en definitiva, extendió con ciertos matices a toda Cataluña el Privilegio concedido a la ciudad de Barcelona en 1339 por Pedro III, afirma que «la Compilación rompe con este concepto —el histórico de preterición—; emplea la palabra 'preterición' por mor de la terminología usual, pero ya no tiene el mismo significado, sino uno muy distinto que corresponde al germano de privación de legítima...» (pág. 299), y más adelante, comentando los efectos de la preterición intencional catalana, sostiene que en ella «no hay verdadera preterición según su concepto jurídico (que es el romano, pues en Derecho germánico no existía el concepto y todo el Derecho posterior sigue el concepto romano de la preterición)...» (pág. 300), y que «su naturaleza jurídica, por tanto, no es de verdadera preterición, sino de simple protección al legitimario, a quien se concede el derecho de reclamar su legítima si ha sido privado de ella por el testador» (*ibidem*). Tras la reforma de 1981, similar a la experimentada en Cataluña con la Compilación de 1960, ¿debemos seguir negando que la omisión de cualquier legitimario y la intencional de descendientes es preterición o quizá haya que admitir que el legislador soberano ha acuñado un nuevo concepto, ahistórico, desde luego, de la misma? El problema me parece una *quaestio nominis* en la que no vale la pena detenerse: por mi parte, aunque sólo sea gramaticalmente, seguiré hablando de preterición para designar aquellos supuestos.

rición (53), y esa cuestión no la resuelve o no ha querido resolverla la ley, a pesar de que sus redactores, sin duda, conocían la discutible doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1908 (54).

2.º Porque respecto de cualquier legítimo no parece inocuo decidir si se ha cometido contra él una preterición intencional o una desheredación sin expresión de causa, ya que, aunque a primera vista las consecuencias puedan parecer idénticas, no es difícil encontrar algunas diferencias, ciertas o probables, entre ambos institutos. Así, sin ánimo exhaustivo y aunque con ello me vea obligado a anticipar comentarios de otras partes del artículo 814, cabe apuntar las siguientes:

a) La *exheredatio* del artículo 851 *anula* (55) la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; en el nuevo artículo 814 dicha institución se *reduce* (56) hasta la satisfacción de la legítima. Pues bien, la primera posible diferencia entre la desheredación injusta y la preteri-

(53) Se argüirá que habiendo donación en vida y, por consiguiente, conocimiento de la existencia y subsistencia del descendiente donatario, su omisión será probablemente intencional; mas aparte de que, en efecto, lo será sólo probablemente —piénsese que el donatario hubiese desaparecido y reaparezca luego tras la muerte del testador, o bien que su *status filii* se determine tras el testamento, etcétera—, tampoco resulta fútil decidir si en el supuesto del texto procede la acción de preterición intencional, que es ahora una acción de reducción que destruye por determinado orden las atribuciones testamentarias hasta la satisfacción de la legítima, probablemente de la corta, o la acción de suplemento, cuyo alcance puede interpretarse algo distinto, así en su funcionamiento como en la amplitud de su efecto —legítima larga—.

(54) Que declaró haberse incurrido en preterición de una hija natural que había otorgado con su padre escritura de anticipo de legítima y a la que silenció por completo en el testamento «por razones —aventura PUIG BRUTAU, *ob. y vol. cit.*, página 212, nota 127—, sin duda, comprensibles».

(55) VALLET describe la naturaleza de aquella anulación diciendo que «la desheredación injusta no origina una nulidad automática *ipso iure*, sino que es precisa la impugnación para quebrantar la desheredación y, en lo preciso, la institución de heredero, rescindiéndola por su inoficiosidad en cuanto perjudicare a la legítima del desheredado injustamente» (*Limitaciones...*, *cit.*, II, pág. 975; los subrayados son míos); más adelante añade que en el régimen del artículo 851 del Código Civil se anula la institución de herederos en cuanto perjudica a la legítima del desheredado injustamente y se abre parcialmente la sucesión intestada únicamente para dar paso a la cuota de éste en la parte equivalente a su legítima, y en la que participa sólo él mismo y no los otros posibles herederos abintestato de idéntico grado (*ibidem*, pág. 986).

(56) El mismo VALLET, a propósito de la reducción de legados, categoría a la que creo nos reconduce el actual 814, se limita a decir, desarrollando ideas de O'CALLAGHAN («La inoficiosidad legitimaria», *R. J. C.*, 2, XX, abril-junio 1971, páginas 284 y sigs., y también en los *Estudios...*, *cit.*, págs. 99 a 146), que implica

ción intencional consistiría en que en aquélla el legitimario recibe su legítima *casi* (57) siempre por vía intestada, pero tras una escueta *anulación* en lo menester de la institución (y, en su caso, de los legados y demás disposiciones testamentarias (58)), mientras que en ésta, el preterido parece que la recibirá *siempre* (59) abintestato, pero tras una *reducción* sujeta a reglas tan singulares como, por ejemplo, las de los artículos 821 y 822 del Código Civil (60).

b) La desheredación injusta sólo permite al legitimario recuperar su porción viril en la legítima corta, según declaró la Sentencia de 23 de enero de 1959, lo que implica una mejora tácita en favor de los otros descendientes que hubiesen sido instituidos; la preterición intencional no se sabe aún en qué medida deja a salvo la legítima del preterido. Podría pensarse, y así lo he apuntado ya (61) que la solución del Supremo para la desheredación del artículo 851 es cabalmente trasplantable al nuevo 814, pero también que la voluntad tácita de desigualar en todo lo posible, incluso en el segundo tercio, resulta más perceptible en la contundente desheredación que en la preterición, cuyo designio es más inescrutable.

c) Los plazos prescriptivos son muy controvertidos, tanto para la

una acción declarativa, de condena, personal, irrenunciable en vida del causante y transmisible, pero sin aclarar cómo se reconduce la sustancia reducida al legitimario: si testamentaria o extratestamentariamente (extremo en el que LACRUZ, *op. cit.*, II, págs. 148-9, es algo más explícito, mas no lo suficiente). Pienso que no se ha profundizado en la cuestión por imaginar que el legitimario en el caso de reducción de legados (y lo mismo cabe decir en la de donaciones) había sido ordinariamente instituido heredero —como residuo de cuando debía serlo de modo forzoso—, y era ese título universal el que justificaba y canalizaba la absorción de lo reducido; y opino también que en el supuesto de que hubiese sido designado únicamente legatario y no admitiendo un *tertium genus* de delación para la legítima, los bienes o valores reducidos no pueden llegarle al legitimario más que por vía de sucesión intestada, abierta al amparo del artículo 912, 2.º, del Código Civil (caso en que el testamento no contiene institución de heredero en parte de los bienes: y eso aunque la contenga y universal sin restricciones), y declarada en el mismo proceso, en su caso, de reducción sin necesidad inexcusable de jurisdicción voluntaria al respecto.

(57) «Casi», si se admite la discutida y discutible desheredación injusta parcial, y la porción insuficiente del desheredado se le deja por vía de institución universal, que entonces se expande hacia lo anulado.

(58) Aunque esos legados y demás disposiciones testamentarias, más que anularse parcialmente, como la institución, se reducen en cuanto inoficiosos.

(59) No es posible conceptualmente una preterición parcial.

(60) Aunque esta primera diferencia se atenúa si la tradicional solución de esos artículos la consideramos también aplicable por analogía a la anulación del artículo 851 del Código Civil.

(61) *Vide* nota 53.

acción de preterición ahora reformada (62), como para la de impugnación de la desheredación injusta (63), como, finalmente, para la de reducción de disposiciones inoficiosas (64). De prosperar tesis no idénticas para estas dos últimas tendríamos otro posible motivo diferenciador.

d) En la desheredación injusta, a diferencia de en la preterición, si no se desea litigar acerca de la justicia de la causa desheredatoria siempre se puede acudir, para excluir sus efectos, al expediente de que hubo reconciliación ex artículo 856 del Código Civil (65).

e) El testador puede darle a la preterición intencional un alcance distinto del legal con tal que no atente contra las legítimas, posibilidad hasta ahora insólita para el exheredante vía artículo 851 y que contrasta con el tono imperativo de este último artículo (66).

A la vista de las anteriores posibles diferencias y de otras que cabría apuntar, así como de la primera razón aludida antes, creo, en suma, que el legislador de 1981 debió perfilar el concepto de preterición en lugar de darlo por supuesto, y además debió coordinar la reforma del artículo que comentamos con el texto y el contexto del artículo 851 del Código Civil.

No habiéndolo hecho así, y de admitirse la distinción entre preterición intencional y desheredación injusta en su variedad de sin expresión de causa (67), pienso que la misma ya no puede establecerse, como en la regulación anterior, sobre la base de la subsidiariedad de la preterición; antes —según la interpretación progresiva a que se alude en la nota 50— sólo cuando no se tratase de una desheredación manifiesta se «soportaban» los drásticos efectos de la preterición. Ahora, uniformados en buena medida sus efectos —aunque no sus mecanismos y otros detalles—, los dos institutos se hallan en pie de igualdad y habrá que

(62) Por todos, vide VALLET: *Limitaciones...*, cit., II, págs. 925 a 927. Se barajan los plazos de cuatro, cinco, seis, quince y treinta años.

(63) *Ibidem*, págs. 978 a 980, donde se relaciona idéntico abanico de posibilidades que en el caso anterior.

(64) *Ibidem*, pág. 1108. Para la acción de reducción de legados se especula una duración de cuatro, quince o treinta años.

(65) Claro que esta cuarta diferencia se atenúa también si pensamos que en los casos de desheredación sin expresión de causa —que es propiamente la que estoy comparando con la preterición intencional— es difícil precisar el alcance de la reconciliación, al no haberse manifestado el motivo del enfado.

(66) Sin embargo, no parece inviable que, *salva semper legitima*, pueda el desheredante imaginar unos efectos distintos para la impugnación de la desheredación ordenada por él: por ejemplo, si no está realmente indispuesto con el desheredado, como sucede en la *exheredatio bona mente*, de que nos habla la doctrina (v. gr., PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, cit., V-III, pág. 225).

(67) Distinción que también podría negarse hoy con buenos argumentos, pues no debe perderse de vista la afirmación de GONZÁLEZ PALOMINO: «en Derecho, cuando no hay diferencia de efectos, no hay diferencia», y es más, por esta línea imagino que discurrirá la interpretación doctrinal.

buscar nuevos derroteros para el distingo: ¿Acaso mientras no se utilice la voz, un tanto peyorativa, «desheredado» —u otra gramaticalmente equivalente— habrá que entender que estamos ante una preterición intencional?

Desde luego, ése es el criterio acogido implícitamente por el artículo 141 de la Compilación catalana y el que resulta más sencillo y clarificador. De modo que desaparecida la vertiente de vicio formal que ofrecía la preterición, la intencional será una desheredación hecha de modo tácito, y la *exheredatio sine causa* del artículo 851, la formulada de modo expreso.

También pienso que a la vista del nuevo alcance de la preterición ex artículo 814 reformado, el silencio definitorio que le acabo de imputar debe salvarse acudiendo por analogía, o mejor, por transposición uniformizadora, al párrafo primero del susodicho artículo 141, aunque ello signifique desvirtua la doctrina de alguna sentencia como la citada de 17 de junio de 1908.

II. Siguiendo con la glosa pormenorizada del nuevo artículo 814, el precepto sigue diciendo: «La preterición *de un heredero forzoso...*».

¿Quiénes pueden ser preteridos en la nueva regulación? Pues, a diferencia de en la anterior, donde la preterición propia se reservaba para los herederos forzosos en línea recta, en tanto que el cónyuge se limitaba a «conservar» sus derechos, ahora el artículo 814 no distingue, de modo que se puede preterir a cualquiera de los legitimarios, cuya relación expuse al comentar el artículo 807. Ya no se individualiza la preterición del cónyuge, sino que tanto él como los ascendientes y descendientes en sus diversas clases, pueden ser preteridos con las mismas consecuencias. El único régimen excepcional lo reserva la legislación para la preterición no intencional de descendientes. Para todos los demás herederos forzosos, incluso para los propios descendientes omitidos intencionadamente, se articula una preterición que recuerda la del cónyuge en el régimen anterior. Hasta, como vimos, el Congreso propuso para este primer párrafo una redacción en que se hablaba de que al preterido se le «reconocería» su legítima, fórmula no muy distinta de la del «conservará», que el anterior artículo 814 preveía para el viudo (68).

En la actual versión del artículo 814 puede, pues, preterirse a cualquier legitimario vivo, póstumo o cuasipóstumo, y ya no tiene sentido

(68) En cierta medida, lo que se ha hecho ha sido aproximar los efectos de la preterición de todos los herederos forzosos (salvo la no intencional de descendientes) a los de la del viudo en la normativa anterior. Se ha utilizado un mecanismo —la reducción— algo distinto en su funcionamiento del antiguo de la conservación de la legítima —lo que parecía implicar su delación material forzosa—, pero matices aparte, los resultados son los mismos.

especular sobre si puede preterirse a los padres y descendientes naturales (69), ya que hoy los ascendientes —y no sólo los padres— y descendientes no matrimoniales pueden indudablemente ser preteridos.

Los únicos legitimarios respecto de los cuales no se incurre en preterición, aunque se les omita en el testamento y en vida, son:

— El indigno, por los mismos argumentos que en la regulación derogada (70), sin que, probablemente, quepa decir lo mismo de sus descendientes por las razones que expuse a propósito del artículo 761.

— Los descendientes del desheredado, por estarse en el caso siguiente.

— Y los descendientes de otro descendiente que no hubiese sido preterido (art. 814, antepenúltimo párrafo), según hemos de ver.

III. Por último, la frase inicial del artículo 814 termina diciendo que «(la preterición de un heredero forzoso) *no perjudica la legítima*».

A primera vista esa afirmación legal parece innecesaria, dada la evidencia de la proposición y el anclaje en nuestra mente de nociones básicas, como el respeto sacrosanto a las legítimas. Incluso en charlas informales he oído reproches contra la inanidad de la frase.

Pero a poco que se medite, se advierte:

1.º Que si el artículo no comenzase dejando a salvo la legítima en los casos de preterición, realmente se produciría una cierta laguna sobre los efectos de ésta, que no sería cómodo integrar con otros preceptos, como el artículo 813, párrafo primero; el artículo 851, en cuanto se refiere a la desheredación hecha sin expresión de causa, o el artículo 817. Desde este prisma inicial parece preferible entonces que el legislador prevea específicamente que la preterición deja incólume la legítima.

2.º Que, además, y ante el arrastre histórico de la figura, esa frase con que comienza el artículo 814 resulta clave para comprender el nuevo alcance que se ha querido dar a la preterición. Esta, y prescindiendo de más remotos antecedentes (71), originaba desde 1889 la anulación de toda la institución de heredero (72) y se dejaban a salvo «las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas». En consecuencia, se abría la

(69) Ni distinguir —como no aceptó la Sentencia de 22 de mayo de 1950—, en orden a su preterición, si concurren con herederos voluntarios o viudo, o con herederos forzosos de mejor rango: con la reforma han desaparecido esos rangos.

(70) Vide, por ejemplo, VALLET: *Comentarios...*, cit., pág. 164.

(71) Para los que me remito a la documentadísima exposición de VALLET: *Limitaciones...*, cit., II, págs. 901 a 913; también LACRUZ, *op. cit.*, págs. 170 a 172, y O'CALLAGHAN: *La preterición...*, cit., págs. 290 a 295.

(72) Salvo, como entendía la mejor doctrina, la fracción de ella conceptuable como mejora expresa o tácita.

sucesión abintestato para el caudal deferido vía institución anulada, si había tal institución y en la medida en que la hubiera: lo que evidenciaba el carácter todavía, en alguna medida, formal de la preterición, si bien, de resultar insuficiente la institución anulada entraba en juego su faceta material, reduciéndose hasta la satisfacción de la legítima las demás disposiciones patrimoniales testamentarias.

Ahora nada de esto sucede en la nueva regulación, por lo menos en la que parece ser categoría general, la preterición del primer párrafo, a la cual, por contraposición a la del segundo, cabe calificar de preterición intencional. Ahora, en esta última, no se anula institución alguna, suficiente o insuficiente, sino que simplemente se deja a salvo la legítima del preterido (73). La infracción del primitivo deber formal de mencionar a los legitimarios carece hoy de verdadera trascendencia. Tras el Ordenamiento de Alcalá se excluyó la necesidad de instituir heredero al legítimo; ahora, en 1981, en un nuevo y definitivo paso, se ha minimizado en verdad las consecuencias de su omisión —salvo tratándose de la no intencional de descendientes—, pues el legislador en tal evento se limita a dejar a salvo su legítima.

Lo mismo había decretado para el viudo/a desde 1889, y lo mismo había postulado, en lo posible, la doctrina, merced al acercamiento de la preterición intencional a la desheredación sin expresión de causa, para la omisión de los legitimarios en línea recta. Hoy se ha consumado esa aproximación y se presume que toda preterición es intencional: *iuris et de iure*, si se trata de cónyuge y ascendientes, y *iuris tantum*, si de descendientes (salvo en determinados casos, que hemos de ver).

La novedad reside entonces en la preterición de ascendientes, que aun siendo involuntaria, se asimila a la intencional: quizá se ha pensado que las posibilidades de la preterición errónea (74) respecto de los

(73) Con fórmula («no perjudica la legítima») nada insólita en otros sectores del articulado: cf. arts. 831; 863, 2; 1.042; 1.075, etc.

(74) A propósito de esta denominación intencionadamente eludida en el texto legal, desde su rectificación por la Ponencia del Congreso, ya dijo FIGA FAURA, refiriéndose a la Compilación de Cataluña, donde sí se aceptó el nombre, que, con toda exactitud, «no se puede hablar verdaderamente de error, pues error o verdad sólo puede predicarse de hechos presentes o pasados, nunca de hechos futuros; no es problema de error, sino de alteración de circunstancias (*rebus sic stantibus*, presuposición, base del negocio y demás teorías acerca de la alteración de circunstancias), o más precisamente, imprevisión del cambio de circunstancias que da lugar a un supuesto de falta de voluntad que la Compilación ha elevado a la categoría de presunción *iuris et de iure*. FIGA FAURA: «Dos notas sobre la preterición errónea de descendientes», en *R. J. C.*, 1970, número extraordinario del 75 aniversario, pág. 107, citado por O'CALLAGHAN: *La preterición...*, cit., pág. 300. Sin perjuicio de volver sobre ello y aun reconociendo que no es una denominación absolutamente correcta, sigue siendo esta de «preterición errónea», más breve, cómoda y tradicional que la de «preterición no intencional», por lo que esporádicamente la seguiré usando aquí.

ascendientes son muy escasas (75), o quizá que la no desdeñable porción legitimaria del artículo 809 satisface con creces los derechos de la línea ascendente que, con carácter forzoso, no existen siquiera en otros ordenamientos (por ejemplo, sin ir más lejos, en el aragonés).

Por todo ello y por las demás razones que iremos viendo, la frase inicial del artículo 814 no sólo no es superflua o sobreentendible, sino que, en cuanto rectificación de un concepto histórico, resulta básica y decisiva. Ni siquiera cabe reprocharle el que no se circunscribiese a la preterición intencional de cualquier legítimo y a la involuntaria de cónyuge y ascendientes, porque así también se destaca el aspecto material de la preterición no intencional de descendientes: si las drásticas medidas del párrafo segundo son insuficientes, por existir copiosas donaciones computables, aun así ha de quedar salvaguardada, como mínimo, la legítima de esos descendientes.

Con el mismo énfasis que reproché al artículo su falta de definición de la preterición y de su deslinde con la desheredación sin expresión de causa, debo elogiar su acertada y escueta descripción de los efectos mínimos de toda preterición: dejar a salvo la legítima de los preteridos.

Pero ¿qué legítima? Ya he aludido antes al problema de qué debe entenderse por legítima en el único supuesto en que se plantean dudas, a saber, en el de preterición intencional de descendientes en concurrencia con otros —aun de la misma línea— no preteridos (76), si la corta o la larga, o sea, si se circunscribe a sólo la porción viril que al omitido corresponde en el primer tercio o alcanza también a la oportuna fracción del segundo tercio en la parte de éste no empleada en mejorar expresamente.

Aunque dejo abierto resquicio para la duda, creo que las razones que expuso VALLET a propósito de la mejora tácita (77) —de la que éste

(75) Aunque no cabe olvidar el caso del padre o madre a los que les sustrajeron el hijo que luego, ya mayor, reencuentran con testamento hecho, o el de los que reaparecen tras creerles el hijo muertos o desaparecidos, etc.

(76) Si se trata de preterición no intencional de descendientes no cubierta, por exceso de donaciones, con las medidas del 814, 2, me parece claro que la legítima que se les respeta es la larga, porque aquí no cabe inferir una voluntad tácita de desigualar en el segundo tercio, ya que la desigualación requiere dos términos en comparación, y en nuestro caso, por hipótesis, no se tuvo en la mente uno de ellos. Se dirá que entonces el término legítima del primer párrafo del 814 no es unívoco, pues unas veces designa la legítima corta (preterición intencional: *vide* texto) y otras la larga (preterición errónea); pero más que multívoca, la palabra es sencillamente ambivalente y el intérprete puede darle un alcance u otro según las necesidades del supuesto y la probable voluntad del legislador: tan legítima es, en principio, la corta como la larga y no era oportuno hacer farragosas distinciones en la frase liminar.

(77) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: «La mejora tácita», A. A. M. N., tomo VIII, páginas 16 y sigs.

sería un nuevo caso— y las de la Sentencia citada de 23 de enero de 1959, me hacen sospechar, y no me parece un desacierto, que prevalecerá la tesis de la legítima corta. También influirá la interpretación amplia o estricta que se dé a la categoría de la preterición no intencional de descendientes: si alguno de los supuestos que luego pretenderé incluir en ella no logran encajar en su ámbito, quizá por compensación, se tienda a ensanchar el derecho del omitido sin poderosas razones, máxime si se piensa que para dejarle sólo, con absoluta seguridad (a la vista de la Sentencia de 1959), su legítima corta, bastaba con desheredarle injustamente.

IV. El artículo 814 sigue diciendo que «... se reducirá la institución de heredero...».

Realmente constituye una novedad trasplantar la categoría de la reducción a la institución de heredero en sede de preterición. En la regulación anterior dicha reducción se reservaba implícitamente para las mandas y mejoras, las cuales sólo se salvaban en cuanto no fueran inoficiosas (con lo que siéndolo, se imponía el reducirlas), pero ahora el mismo efecto se predica de la institución de heredero.

Como ya he apuntado, entiendo que el régimen a aplicar a esa reducción será el de los artículos 817 y 820 a 822, y en algún aspecto (78), el de los artículos 654 a 656 (79).

Sobre la naturaleza y eficacia de la acción de reducción conviene repasar las enjundiosas consideraciones de LACRUZ BERDEJO (80), si bien

(78) Tal, por ejemplo, el de la irrenunciabilidad en vida a la hipotética acción de reducción que pudiera corresponder; tal, el de la legitimación para instarla que corresponderá al legitimario preterido y a sus herederos o causahabientes, con lo que sigo la opinión que, a propósito de la acción de reducción de legados ha defendido LACRUZ BERDEJO (*Derecho de sucesiones, cit.*, II, pág. 189) y VALLET (*Limitaciones...*, *cit.*, II, págs. 1107-8), si bien este último sostiene, un tanto inconsecuentemente y por razones más bien históricas, la transmisión sólo *iure sanguinis*, es decir, únicamente a los descendientes (y a los herederos voluntarios en caso de imposibilidad o interrupción del ejercicio personal), de la acción de anulación por preterición que hasta ahora concedía el artículo 814: postura —creo— en adelante indefendible, por lo menos para la acción de reducción por preterición intencional.

(79) Por el contrario, pasará a ser prioritaria la aplicación de los artículos sobre reducción de donaciones, respecto de los de reducción de legados, en el caso de que por abundancia de donaciones computables las medidas de este párrafo primero del 814 sean insuficientes para salvaguardar la legítima del preterido.

(80) LACRUZ, *op. cit.*, II, págs. 149-150. Me interesa reproducir para la cabal inteligencia del texto el párrafo en que nos enseña que: «La reducción de disposiciones testamentarias no es necesariamente una acción rescisoria, puesto que ni (cuando no se han entregado los legados o hecho la partición) rescinde un desplazamiento antecedente, ni siquiera ha de proponerse siempre en forma de acción, bastando al heredero legitimario, para negarse a la entrega de los bienes, oponer la excepción de perjuicio a su legítima cuando el legatario reclama un legado que no cabe en el tercio libre».

aquí, en sede de reducción del artículo 814, 1, no cabe oponerla por vía de excepción, ya que, por hipótesis, el preterido no ha podido ser instituido heredero.

Se precisa, pues, siempre el ejercicio de una pretensión (mejor que acción, la cual parece implicar necesariamente un proceso) de reducción, y además dirigida, en primer lugar, contra el instituido, sea *ex asse*, sea en cosa cierta (a menos que en este último caso deba considerársele legatario); el fenómeno no es muy dispar del que se producía hasta ahora a propósito de los legados (81), que, paralelamente, también podrían ser de cuota o de cosa determinada.

V. Continúa el artículo 814: «... antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias».

Acabo de afirmar que la reducción afecta, en primer término, a la institución y sólo subsidiariamente a las disposiciones que relaciona a seguido el artículo. Que se debe respetar ese orden resulta no sólo del tenor literal del precepto, lo que ya sería suficiente, y del paralelismo con el artículo 851, sino de la voluntad manifiesta del legislador, tal y como resulta de la aceptación de la primera parte de la enmienda senatorial 119, antes transcrita.

¿Por qué ese decaimiento prioritario de la institución? Estimo que no hay otra razón que el mimetismo con la desheredación injusta, donde esa prelación resulta, según nos explica VALLET (82), de la cristalización normativa de los mismos resultados a que doctrinalmente se había llegado antes, merced a la aplicación expresa o presunta de la cláusula codicilar o de la *omni meliori modo quo valere possit* en los testamentos *parentum inter liberos*.

La razón es, pues, histórica y artificial, y si no fuera porque se habría establecido una diferencia cierta, importante e injustificada entre

(81) Sorprende la escasa atención que en la regulación anterior dedicaba la doctrina a la reducción de la institución de heredero, posible al amparo del artículo 817: en general, se centraban los autores en la reducción de legados y en la de donaciones, probablemente por ser las categorías que contaban con preceptos específicos.

(82) «... el artículo 851 ordena directamente el mismo resultado práctico a que habían llegado los autores castellanos a través de los efectos de la cláusula codicilar o de la *quod omni meliori modo valere possit* expresas o tácitas en los testamentos *parentem inter liberos*. La diferencia radica en que el resultado que entonces se lograba oblicuamente sosteniéndose como legado o fideicomiso el exceso de la cuota de institución en cuanto no fuese inoficioso, hoy el artículo 851 lo resuelve directamente al declarar válida la institución que no perjudique la legítima del desheredado injustamente. La lucha para que la voluntad del testador se cumpla en todo aquello que no invada los límites de las legítimas, hoy se logra sin necesidad de recurrir a tales previsiones» (*Limitaciones...*, cit., II, pág. 980; también en *Comentarios...*, cit., pág. 528).

preterición intencional y desheredación injusta, hubiese sido deseable el que prosperara en este aspecto la versión del Congreso, pues no estimo que los legados obedezcan a una voluntad más específica (y, por tanto, más merecedora de salvación) del testador que la institución de heredero.

Ahora bien, entiendo que el orden de prelación se compone sólo de dos grados: institución, por un lado, y demás disposiciones testamentarias, por otro. Entre estas últimas no cabe interpretar que existe un orden jerárquico en el modo en que han sido enunciadas por el legislador: legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias; antes bien, todas decaen a prorrata, salvo disposición contraria del testador (art. 820, 2.º).

Las mejoras que se sitúan en el segundo estadio en orden a su reducción, entiendo con la más cualificada doctrina vertida a propósito de la regulación anterior (83) que son las canalizadas no sólo por vía de legado o mediante palabras vulgares (v. gr., *dejo*) asimilables al mismo, sino, sobre todo, por vía de institución o embebida en ella, pues sólo para las que se han servido de este segundo cauce resulta de interés destacar su posición secundaria *ad reducendum*. De lo contrario, hubiera bastado con referirse a los legados.

Por «demás disposiciones testamentarias» creo que no cabe entender las instituciones alternativas o en suborden (sustituciones), pues decaen en la misma medida que la institución principal; ni tampoco las *mortis causa capiones*, que son atribuciones *ex lege*, no voluntarias; ni menos las disposiciones sin contenido económico (reconocimiento de hijos, nombramiento de tutor, etc.), que no tienen por qué verse afectadas. Quizá la figura que más claramente encaje en dicha genérica expresión sea el modo, pero también la erección y dotación de una fundación, etc.

En fin, otras muchas cuestiones que podrían abordarse al socaire del primer párrafo del artículo 814 tienen fácil solución o, por lo menos, tratamiento con sólo trasplantar *mutatis mutandis* las suscitadas en sede de desheredación injusta, reducción de legados y aun de donaciones. Por eso me limito a enunciarlas, remitiéndome a obras más profundas para su cabal planteamiento y comentario:

1.ª Así, en primer lugar, conviene destacar que la reducción de la institución y de las demás disposiciones testamentarias encuentran su tope y, en consecuencia, debe desviarse hacia otras atribuciones, cuando

(83) CÁMARA, VALLET, ALBALADEJO, LACRUZ, etc. Por todos, *vide* este último, *op. cit.*, II, págs. 185-6.

el instituido o beneficiado es legitimario y se tropieza con el límite de la legítima de éste (84).

2.^a En el caso de que proceda reducir la institución o legado hechos a descendientes, ¿se imputan previamente esas atribuciones para ver si y en qué medida devienen mejora o procede practicar antes la reducción? (85). Entiendo que este problema es muy difícil que se suscite en la reducción decretada por el artículo 814, 1, si partimos de la base de que al preterido le corresponde siempre y, en todo caso, la legítima corta, en concurrencia con otros descendientes beneficiados con institución universal o legado global.

3.^a No cabe cuestionar tampoco si está sujeta a imputación previa a la reducción cualquier atribución hecha al propio reducente, pues, por hipótesis ha sido preterido: y no cabe ni siquiera plantearse respecto de donaciones entre vivos a su favor porque seguramente entonces no hay preterición, ni siquiera intencional, sino atribución insuficiente (86).

4.^a ¿Quid si se superpone una preterición particional a la previa testamentaria? Probablemente seguirán siendo anulables testamento y partición (87).

5.^a Parece evidente que el preterido puede ejercitar, en su caso y subsidiariamente (cf. art. 820-1.º) a la acción concedida por el artículo 814, 1, la de reducción de donaciones; si el texto legal lo olvida, no por ello dejan de entrar en juego las disposiciones específicas (arts. 654 y concordantes).

6.^a ¿Cuál será el suborden en la reducción de legados? ¿El del ar-

(84) VALLET: *Limitaciones...*, cit., II, pág. 986.

(85) LACRUZ: *Derecho de sucesiones*, II, págs. 151-2, donde expone así la cuestión: «La reducción plantea un problema de cálculo cuando entre los legados a reducir hay alguno hecho a un descendiente, pues entonces, imputado el legado en la legítima estricta y la porción libre, queda todavía, para salvar el resto, la posible imputación en el tercio de mejora, al amparo del artículo 828. Se duda entonces sobre si la imputación en la mejora es previa a la reducción, de modo que la masa a reducir se forme sólo con los legados a extraños y el resto del hecho al descendiente que tampoco cabe en el tercio de mejora, o bien si procede reducir primero todos los legados a prorrata e imputar en la mejora ulterior la parte del hecho al legitimario que, mediante la reducción, ha sido excluida del tercio libre». Véase también su exposición del ejemplo y postura de MANRESA —a la que se adhiere VALLET— y de la de SCAEVOLA —a la que se suma el propio LACRUZ—. Me parece mejor fundada, en sede de genuina reducción de legados, la opinión de los que anteponen el juego del 828 al del 820, pues el cálculo de la legítima larga —lo que exige averiguar en qué medida es o no es mejora el segundo tercio— es previo a la reducción, ya que de otro modo no se sabría hasta dónde debe llevarse ésta.

(86) Véase la cuestión para la reducción *stricto sensu* en VALLET: *Limitaciones...*, cit., II, págs. 988-9.

(87) VALLET, *ibidem*, págs. 989-90.

título 820-2.º o el del 887? La conciliación entre ambos preceptos no parece oportuno abordarla aquí (88).

7.^a También he afirmado la aplicación de los artículos 821 y 822 no sólo a los legados reducibles, sino también a la institución en cosa cierta que deba seguir la misma suerte y, en general, a cualquier atribución testamentaria específica (89).

8.^a Deliberadamente no abordo otras cuestiones de la acción de reducción ex artículo 814, como su naturaleza —probablemente rescisoria—, legitimación pasiva, prescripción, etc. (90).

9.^a Y tampoco me adentro, por estar ya tratado asimismo con acierto y hondura, en la eficacia de la reducción ex artículo 814 con respecto a quien haya adquirido del instituido, legatario o beneficiado en general, en el supuesto de que se hubiesen hecho cargo de la atribución y dispuesto de ella antes del ejercicio de aquella acción (91), etc.

VI. El artículo 814 continúa diciendo: «*sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos...*»:

El «sin embargo» inicial no arguye que en la hipótesis de este segundo párrafo no deba también quedar incólume, como mínimo, la legítima, tal y como he sostenido anteriormente. Esa conjunción adversativa lo que contrapone son los medios para conseguir aquella indemnidad. Normalmente, lo será una estricta reducción; aquí, en cambio, medidas, con toda probabilidad, de más largo alcance.

En fin, procede adentrarme ya en uno de los puntos clave de la nueva regulación: ¿qué debe entenderse por preterición no intencional?

El legislador, una vez más, no ha querido comprometerse, a pesar de contar aquí también con valioso modelo en el párrafo tercero del artículo 141 de la Compilación catalana.

Parece lícito entonces que, por lo menos, el intérprete acuda, como punto de partida, a dicho párrafo, de modo que, en principio, podría haber preterición errónea:

(88) Principales posiciones de nuevo en VALLET: *Limitaciones...*, cit., páginas 1098 a 1104; también véase LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 151, nota 8.

(89) Para los problemas que suscita esa aplicación, y para la prevalencia, en su caso, sobre esos artículos, del 829, me remito una vez más a VALLET: *Limitaciones...*, cit., págs. 1105 a 1107, y a LACRUZ, *op. cit.*, pág. 153.

(90) Para todas ellas, LACRUZ, *op. cit.*, pág. 149.

(91) Vide LACRUZ, *op. cit.*, pág. 149, nota 6, donde recoge la opinión de CÁMARA; también VALLET: *Limitaciones...*, cit., págs. 1110-1. Si por exceso de donaciones computables procede la reducción de éstas, la eficacia de esta acción respecto a terceros es muy otra. VALLET: *Limitaciones...*, cit., págs. 1172 a 1174; LACRUZ, *op. cit.*, II, pág. 162.

- 1.º Si el legitimario ha nacido después de otorgado el testamento.
- 2.º Si el legitimario ha llegado a serlo después de otorgado el testamento.
- 3.º Si la existencia del legitimario era ignorada por el causante al testar.

En esta tercera hipótesis cabe incluir con preferencia el supuesto de que lo que ignore el causante al testar no sea propiamente la existencia del legitimario (92), sino su subsistencia, o sea, su existencia coetánea con el otorgamiento del negocio *mortis causa* (por creerlo equivocadamente fallecido).

En relación con la segunda hipótesis, se me ocurre que pueden ser tres las posibilidades de surgimiento de esos legitimarios sobrevenidos (93):

a) Que se establezca posteriormente a testar la relación familiar que conlleva la condición de legitimario (reconocimiento o imposición (94) de filiación u otorgamiento de la escritura de adopción, como última fase de su *iter* constitutivo).

b) Que aun estando establecida previamente la relación familiar con la persona del legitimario, la condición de tal haya sido declarada posteriormente por la ley (95).

(92) Pues este caso, frecuentemente, aunque no siempre, se confunde con la primera de las hipótesis expuestas, a saber: «si el legitimario ha nacido después de otorgado el testamento», ya que entonces es seguro que su existencia la ignoraba el causante al testar (prescindo aquí de que conociera su existencia probable, es decir, su concepción, pues ya no se trataría, lógicamente, de una preterición errónea, aunque sí lo sea criticablemente en Cataluña, dada la rigidez del 141, 3, de la Compilación).

(93) Legitimarios que sean descendientes que son los únicos que interesan al Derecho común y al catalán, desde el momento en que sólo ellos pueden ser involuntariamente preteridos.

(94) Téngase en cuenta que en los casos de filiación (no necesariamente extramatrimonial) impuesta contra la voluntad u oposición del progenitor el nuevo artículo 111 niega a éste (¿también a los ascendientes de ulterior grado de su línea?) derechos *por ministerio de la ley* en las herencias del hijo impuesto o de sus descendientes. Lo mismo ocurre cuando el progenitor «haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme» (violación, estupro). Ahora bien, como la norma se refiere unilateralmente a los progenitores y no a los descendientes, tampoco me ocuparé de ella aquí.

(95) Siempre circunscribiéndome —insisto— a los legitimarios descendientes será el caso para los testamentos otorgados antes del 8 de junio de 1981, pero que rijan sucesiones abiertas después (cfr. disposición transitoria octava de la Ley 11/81 y duodécima del Código) de los descendientes no matrimoniales y (de prosperar la tesis que sostuve en la nota 36) adoptivos plenos en relación, no con sus padres —de los que antes también eran legitimarios, aunque no siempre en la misma cuantía que ahora—, sino con sus ascendientes de ulterior grado; de suerte que, por ejemplo, sería un legitimario preterible no intencionadamente, desde este enfoque, el hijo no matrimonial de otro matrimonial premuerto a la hora de testar, en la sucesión del padre de éste, que ahora es también abuelo, no sólo biológico, del primero.

c) Que estando establecida previamente la relación familiar y la potencial condición legal de legitimario, ésta no opera por la interferencia de otro legitimario de mejor grado cuya desaparición *post testamentum* convierte en actual aquella condición (96).

Finalmente, en relación con la primera hipótesis, cabe observar que abraza tanto al póstumo como al cuasipóstumo (97).

Pues bien, de las tres hipótesis de preterición errónea que acoge el artículo 141 de la Compilación catalana, pareceme fácilmente trasplantables al Derecho común la primera (nacimiento *post testamentum*) y la

(96) Así sucedería, tratándose de ascendientes en el caso de premoriencia de todos los descendientes, sobreviviendo alguno de aquéllos, o en el de premoriencia de un ascendiente de grado más próximo sobreviviéndole otro de grado ulterior, sobre el que no haya de prevalecer el de otra línea ex artículo 810 del Código Civil, pero ciñéndome, como es lógico, a los descendientes esta hipótesis de legitimario sobrevenido *per accidens*, parece muy difícil, desde el momento en que, según el antepenúltimo párrafo del 814, «los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos»; no obstante, no creo que sea imposible el caso de que habiendo preterido intencionadamente a un descendiente (lo que excluye la aplicación de dicho antepenúltimo párrafo), por premoriencia de éste *post testamentum*, pasen a ser, desde este enfoque, legitimarios preteribles inintencionadamente —v. gr., por postumidad— los hijos de aquél. No se arguya que entonces siempre serían de mejor condición —al poder ser preteridos involuntariamente— los descendientes de un preterido intencional que los de un no preterido, porque la representación de éstos, como veremos, se extiende a todo lo que en la *herencia* se hubiese dejado a su representado, por lo que en los casos normales es fácil que coincida lo que a aquellos corresponda en la intestada, con lo que a éstos les llegue por vía de representación.

(97) Se advierte una acusada influencia germana en este concreto aspecto (determinación de los supuestos de preterición errónea) en la Compilación catalana, pues el párrafo 2.079 del B. G. B. establece que «una disposición de última voluntad puede ser impugnada si el causante ha preterido a un titular de legítima existente al tiempo de la muerte del causante cuya existencia no era conocida para él al tiempo del otorgamiento de la disposición o el cual ha nacido o se ha convertido en titular de legítima sólo después del otorgamiento. La impugnación está excluida siempre que haya de entenderse que el causante habría adoptado la disposición incluso con conocimiento de la —verdadera— situación de hecho» (citado con arreglo a la traducción de CARLOS MELÓN INFANTE, apéndice del *Traado de Derecho Civil* de ENNECERUS-KIPP y WOLFF, Bosch, Barcelona, 1955; compulsada su inalterada redacción en la edición de la C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 97 völlig neubearbeitete Auflage nach dem Stand vom 1. Januar 1980, München, 1980). La influencia alemana en la Compilación en este punto, a través probablemente de RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, ponente en la comisión redactora del Proyecto definitivo de 1959 y anotador del Derecho de Sucesiones de THEODOR KIPP, ya fue destacada por O'CALLAGHAN, *op. cit.*, pág. 300. Obsérvese que los casos expuestos, prácticamente paralelos en los ordenamientos alemano-occidental y catalán, constituyen meros indicios de preterición errónea, con simple presunción *iuris tantum*, en el primero, en tanto que implican una presunción *iuris et de iure* (críticamente) de dicha preterición, en el segundo. Obsérvese igualmente que la legislación y doctrina alemanas tratan de esa especie de preterición errónea, no en sede de legítimas, sino dentro de las causas de impugnación de las disposiciones de última voluntad, lo que parece un acierto sistemático.

tercera (ignorancia de la existencia coetánea), puesto que en ambas, por no haber surgido o por creerla fallecida, no se tuvo presente la persona del legitimario al tiempo de otorgar la disposición de última voluntad.

No obstante, dentro de estas dos primeras hipótesis, creo que se impone distinguir dos casos:

- que el causante falleciese sin llegar a enterarse del nacimiento o de la reaparición de su descendiente legitimario,
- o que falleciese tras un lapso más o menos largo de tiempo desde que cualquiera de ambas noticias llegase a su conocimiento.

En el primer caso, la preterición no intencional resulta segura; en el segundo, sólo probable o posible, y se impone una indagación del porqué del comportamiento pasivo del causante en orden a otorgar un nuevo testamento en que recordase al cuasipóstumo, al póstumo noto (concebido) o al reaparecido a tiempo; dos factores considero indicia-rios: el período más o menos extenso de tiempo en que permanece inalterada, después de los nuevos datos, la voluntad testamentaria, y la índole de las relaciones (amistosas o no) entre el causante y el legitimario sobrevenido; pero tampoco se pueden despreciar otros, v. gr., hábito o facilidad de testar, cultura jurídica, etc.

En cambio, resulta de más difícil importación al derecho del Código la hipótesis segunda, especialmente en sus supuestos *b)* y *c)*, ya que tanto los neolegitimarios por modificación de la ley, como los devenidos legitimarios *per accidens* eran personas seguramente existentes y conocidas al tiempo de testar (98). El supuesto *a)* —establecimiento *post testamentum* de la relación familiar— se asemeja más a las hipótesis de nacimiento o reaparición sobrevenidos, pero con la peculiaridad de que muy difícilmente puede fallecer el testador sin enterarse de la existencia de esos nuevos familiares suyos, ya que o interviene en el establecimiento de la relación o lo hace un descendiente intermedio, que probablemente pondrá en juego el artículo 814, 3, del Código Civil. De nuevo habrá que valorar aquí el sentido de su pasividad testatoria, que acaso se complique por la interferencia de muy variadas consideraciones (99).

(98) Prescindo aquí de hipótesis marginales en que también resultasen desconocidas del testador (v. gr., si el abuelo testador ignoraba la existencia del hijo no matrimonial reconocido de su hijo preterido intencionadamente que conmuere —este último— con él), pues creo que hacen tránsito a las dos primeras hipótesis antes vistas, en su variedad de que el causante fallezca sin enterarse de la existencia de descendientes legitimarios.

(99) Por ejemplo: edad del adoptado y alcance que le daba el adoptante a la adopción; reconocimiento voluntario o impuesto; aprecio hacia el hijo no matrimonial en relación con los demás matrimoniales que pudiera tener el testador, etcétera.

De todas maneras, creo que también en los supuestos *b)* y *c)* (y, desde luego, en el *a)*), se produce un cambio de circunstancias que pueden haber alterado las bases sobre las que se otorgó el negocio testamentario: la prueba de esa alteración, como veremos, no estará apoyada en presunción alguna y será, por tanto, más difícil, pero en modo alguno imposible.

Un planteamiento mucho más estrecho de la preterición no intencional sería el que prescindiese de la contemplación de otros cuerpos legales y se ciñese a la comparación con el instituto paralelo que existe en el Código Civil, dentro de las donaciones, a saber, con la revocación por superveniencia o supervivencia de hijos (art. 644, por cierto, también modificado en la reforma que vengo comentando):

Resultaría, en efecto, muy sistemático y simplificador que sólo se considerasen casos de preterición involuntaria los en que:

- el causante tuviese después del testamento hijos, aunque fuesen póstumos,
- o resultase vivo el hijo del causante que éste reputaba muerto cuando hizo el testamento.

Pero a poco que se medite, se verá la dificultad de mantener un paralelismo a rajatabla entre preterición no intencional y revocación por superveniencia o sobrevivencia de hijos (paralelismo que tampoco ha intentado el legislador en su reforma simultánea de los arts. 644 y 814):

1.º Porque la revocación sólo opera si el donante al donar *no tenía hijos ni descendientes*, en tanto que la preterición errónea prescinde de esa exigencia.

2.º Porque la donación sólo se revoca si el donante tiene o le reaparecen hijos, pero no si ocurre lo propio con descendientes de ulterior grado (100), en tanto que la preterición no intencional también se puede cometer contra descendientes ulteriores que sean legitimarios.

Otras posibles diferencias dependen del concepto que se tenga de la preterición errónea e incurriría en petición de principio si las admitiera, puesto que de lo que se trataba en este segundo planteamiento es-

(100) Esa interpretación estricta del artículo 644, que reconozco no es la única posible, se apoya en que el legislador cuando ha querido acordarse de los descendientes lo ha hecho, como en el primer párrafo, y en que la revocación como atentatoria a la libertad y firmeza del dominio debe contemplarse restrictivamente. Al donante le puede nacer un descendiente de segundo (o ulterior) grado que sea legitimario suyo si tras la muerte de su unigénito varón efectúa una donación que, en estricta aplicación de la ley, no parece sea revocable porque luego su nuera que resultó encinta le proporcione un nieto.

tricto era determinar las hipótesis de aquélla mediante correspondencia con la revocación ex artículo 644 (101).

Las diferencias legales claras entre preterición no intencional y revocación por superveniencia o sobrevivencia, así como las menos claras que pudieran resultar de su aplicación jurisprudencial, e igualmente la estrechez de los supuestos del artículo 644, me inclinan a renunciar a la analogía con este último precepto, como único camino para integrar el concepto, legislativamente impreciso, de la preterición no voluntaria.

Me parece preferible entonces el recurso comparativo con la Compilación catalana y el B.G.B., que intenté al principio. Por eso creo, en definitiva, que en todas las hipótesis que he sistematizado antes al hilo del artículo 141, 3, de la primera (y del § 2.079 del segundo), puede darse en Derecho común preterición no intencional de descendientes (102).

Pero también opino que en cada una de ellas la prueba de que se ha producido un caso concreto de preterición errónea varía; así:

— En los supuestos en que el testador falleciese sin llegar a enterarse del nacimiento o de la reaparición de su descendiente legítimo, basta probar esos extremos para que se presuma, sin más, la preterición no intencional, puesto que entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1.253).

— En los supuestos en que el testador falleciese tras un lapso más o menos largo de tiempo desde el nacimiento o la reaparición de su descendiente legítimo, y también desde el establecimiento de la relación familiar con él (por reconocimiento o adopción), no debe actuar presunción alguna ni en favor ni en contra de la preterición involuntaria: aquel a quien interese su estimación deberá probar los hechos constitutivos de su pretensión, y el o los perjudicados, los extintivos de la misma, con admisión en ambos casos de alegaciones sobre circunstancias extrín-

(101) Así, por ejemplo, dentro del caso primero de revocación («que el donante *tenga*, después de la donación, hijos aunque sean póstumos») es dudoso si se comprende no sólo el supuesto de la adopción, sino también el del reconocimiento de hijo que acaso se hubiera tenido, biológicamente, antes de la donación, pero que sólo se reconoce después de la misma. Siendo dudoso si estos supuestos permiten actuar la revocación por superveniencia, ¿cómo decidir por trasposición si lo serían también de preterición errónea? De ahí la independencia relativa que se postula en el texto entre ambos institutos.

(102) Resulta criticable que el legislador no haya prefigurado un elenco flexible, abierto si se quiere, de supuestos en los que se presumiera la preterición errónea, dispensando así, claramente, de la carga de la prueba al que se acogiese a cualquiera de ellos, pero más lo hubiera sido reproducirlos con la misma rigidez con que los configura el precepto catalán, y a la que ya me he referido.

secas al testamento y, probablemente, aunque no tengan conexión con su tenor literal (103).

— Finalmente, en los supuestos que he bautizado de neolegitimarios (por cambio de la ley) y de legitimarios sobrevenidos *per accidens* (premorienza del intermedio omitido), en que el testador probablemente conoce las personas de los preteribles, aunque no su actual condición legal de legitimarios (104), existe casi una presunción contraria a la involuntariedad de la preterición, aunque todavía cabe probar que fue inintencionada y que no era propósito del causante olvidar en absoluto a los legitimarios advenedizos: por supuesto, con la misma amplitud de prueba a que acabo de aludir en el apartado anterior (105).

Dos consideraciones me sugieren las anteriores conclusiones:

La primera, de lamento, ya que en 1981 el legislador español parece incapaz de perfilar normas con similar perfección a como lo hiciera el ya octogenario Código de la época bismarkiana, al que todavía se puede acudir para suplir las insuficiencias o los silencios del nuestro. Incluso su sistemática en este punto, aunque disperse las dos tradicionales variedades de preterición, parece superior o más rigurosa.

Y la segunda, de sorpresa, y luego, de escepticismo, puesto que la flexibilidad que van a tener los tribunales para apreciar si se ha incidido o no en preterición no intencional de descendientes, recuerda la que tuvo en sus comienzos el Tribunal de los centumviros romano, en cuyas decisiones tanto influyeron, al parecer, las circunstancias personales y familiares del olvido de los «sui», hábilmente expuestas por retóricos y abogados (106): ¡cuántos siglos para acabar retornando a los orígenes!

VII. Continuando con el examen del artículo 814, el mismo dice a continuación:

(103) Ya que no se trata propiamente de desentrañar el significado de una cláusula del testamento, sino el de una omisión en él padecida, por lo que mal puede exigirse conexión con un silencio.

(104) Se dirá que en los supuestos del apartado anterior también el testador podía conocer las personas del luego reconocido o adoptado, pero no parece igual ignorar que eran legitimarios a ignorar que eran familiares o parientes (cualidades que pasa a tener el descendiente al que se reconoce o adopta): la condición de pariente pertenece al ámbito de lo sociológico; la de legitimario, al de lo jurídico.

(105) Creo que en este tercer grupo de supuestos en que existe una presunción contra la preterición errónea se incluye con más justeza el de que se establece *post testamentum* la relación familiar del descendiente legitimario, pero contra la voluntad del testador (imposición de la filiación).

(106) Vide VALLET: *Limitaciones...*, cit., II, págs. 902-3; también LUIGI DI LELLA: *Querela Inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Nápoles, 1972, citado por VALLET.

«1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas...».

Lo primero que llama la atención en esta regulación es la contraposición entre preterición no intencional total y preterición no intencional parcial o singular, según se refiera a todos los descendientes (preteribles, claro) o sólo a alguno o algunos. ¿Por qué esa distinción sin precedentes legislativos en el Derecho común?

En seguida se piensa en cierto deseo de aproximación al Derecho aragonés, donde los artículos 122 y 123 de su Compilación establecen una distinción semejante. Pero de ser exacto ese propósito no parece muy afortunado, porque en Aragón la preterición singular, que allí constituye una infracción puramente formal, viene impuesta por la inexistencia de una legítima material individual: el testador puede distribuir desigualmente todo su caudal computable entre sus descendientes, apartando a cualquiera de ellos, y si esto lo puede hacer expresamente, el que lo hiciera tácitamente, incluso sin querer, infringiendo tan sólo un deber formal de mencionar, no podía motivar consecuencias muy drásticas, y de ahí la solución del artículo 123 de la Compilación de 1967 (107).

Además, la regulación aragonesa resulta en este extremo artificial, al seguir sancionando omisiones formales, y algo caprichosas, pues un mismo comportamiento del testador puede incidir en las graves consecuencias del artículo 122 o en las menos graves del 123, en función del dato, puramente accidental, de que cuente sólo con un descendiente o con más de uno.

También puede pensarse en la influencia de la opinión de tratadista tan prestigioso como VALLET DE GOYTISOLO, quien, bajo la rúbrica «Propuestas de derecho constituyente», había escrito (108) que «la preterición errónea propiamente dicha, debida a sobrevivencia de hijos que se creían fallecidos o al ulterior nacimiento de otros hijos, en principio debería dar lugar a la invalidación no sólo de la institución de heredero, sino de las demás disposiciones de tipo patrimonial, a no ser que de la interpretación del testamento, conforme al artículo 675 del

(107) Si silenciara formalmente a todos sus legitimarios, la omisión, salvo en la hipótesis marginal de atribución de todo el caudal a un nieto de padre vivo, se identifica con la lesión de la legítima material colectiva y, por eso, el artículo 122 prevé para dicha omisión unos efectos de mayor alcance, subdistinguiendo, además, en su seno entre preterición errónea (circunscrita a la hipótesis inexistencia) y preterición intencional.

(108) *Limitaciones...*, cit., II, pág. 944.

Código Civil, resulte que la voluntad del testador fuese otra. Así, en caso de preterición de todos los hijos o del único, la nulidad de la institución de herederos y de los legados debe ser total; en cambio, en caso de tener el testador más hijos y de haberles instituido por igual, si hubiese otorgado alguna disposición a favor del cónyuge viudo en usufructo o de la totalidad de la parte libre, debería entenderse que su intención es mantener esta disposición, por no parecer presumible que en la intención del testador se hallara la de favorecer al hijo o hijos preteridos más que a los instituidos».

Obsérvese, empero, que aunque hay un evidente eco en la regulación actual de ésta (y de alguna otra opinión) de VALLET, su propuesta no ha sido fidedignamente reproducida. Para él, la preterición no intencional singular de sólo un descendiente no debe producir la anulación de todas las disposiciones patrimoniales del testamento, más que si los demás descendientes no preteridos han sido comparados (y postergados) al cónyuge viudo. El Código, aunque salva la institución a favor de éste, no adiciona este requisito de la comparación al de la omisión parcial; además, es poco probable, como hemos visto, que los supuestos de preterición no intencional sean sólo los de sobrevivencia o supervivencia de que parte VALLET.

Pues bien, sea cual fuere el origen o la fuente de la innovación de este aspecto del artículo 814, creo que pueden formularse serios reproches al texto definitivamente aprobado, según iremos viendo.

Ante todo, es imprescindible determinar el sentido de las dos alternativas que el mismo plantea, según que resulten preteridos todos los descendientes o no (ya que a esta negación equivale la fórmula inicial del núm. 2.º: «En otro caso...»):

Por mi parte, entiendo que el número 1.º entrará en funcionamiento:

— Si resultan preteridos inintencionadamente (109) el único o todos los descendientes,

(109) El que el participio «preteridos» del número 1.º se refiere sólo a los preteridos sin intención se desprende del hecho de que ese número desenvuelve los efectos que desencadena la preterición no intencional a que se refiere la frase anterior de la que es desarrollo, puesto que se separa de ella por dos puntos. Pero ¿quid, si se comete preterición intencional de un descendiente y no intencional de otro? Creo que si el primero de ellos acciona por la vía del número 1.º o del número 2.º, según que no haya o sí un tercer descendiente recordado, será inevitable que el segundo se beneficie de la anulación de todas las disposiciones patrimoniales testamentarias o de la invalidación de la institución de heredero, a menos que se haga prevalecer la voluntad implícita del causante al amparo del último párrafo del 814. Volveré sobre ello.

y el número 2.º:

- si habiendo más de un descendiente, se incurre en preterición no intencional de sólo alguno o algunos de ellos y, por lo menos, se recuerda a uno.

Ahora bien, imaginemos un padre que tenga un hijo al testar, al que prelega bienes e instituye heredero, y que poco después fallece dejando otro hijo preterido involuntariamente (v. gr., un póstumo): ¿Por qué en este caso simplemente se anula la institución de heredero, mientras que si el mismo padre no hubiese tenido más hijo que el que no llegó a conocer, se hubiesen anulado todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial? ¿Acaso comparó al hijo nacido con el otro, al que no contempló ni en hipótesis? ¿No es más probable en él una voluntad igualatoria, que sólo se hubiera conseguido por la vía del número 1.º (caso de preterición errónea total)?

Desde luego que sí, y de ahí lo criticable de una distinción que, ya sea trasplante inadecuado desde ordenamiento distinto, ya reproducción distorsionada de opinión certera, no conduce sino a consecuencias arbitrarias (110).

Pero pormenoricemos un poco más el comentario de estos efectos de la preterición errónea:

A) En cuanto al número 1.º, ya he apuntado que, a pesar de la gravedad de la medida —anulación de todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial—, la misma podría ser insuficiente para dejar cubierta la legítima material si no fuera porque su puesta a salvo,

(110) No me parece menos arbitrario el supuesto de que el beneficiado por el testamento no sea uno de los descendientes, sino persona distinta, por ejemplo, un extraño. Si es verdad que a éste lo ha preferido el testador a los descendientes que a la sazón tenía y no preterió, ¿cómo saber si la misma anteposición la hubiera mantenido en confrontación con un póstumo? Pero aun admitiendo que el legislador presuma que la preferencia al extraño habría persistido en el ánimo del causante, en presencia también del legitimario involuntariamente olvidado, ¿no ha reparado dicho legislador en que el mecanismo elegido por él —anulación de la institución de heredero— puede provocar un resultado contrario a la idea de que se parte? Por ejemplo, si a ese extraño se le había beneficiado con institución universal en tanto que se satisfizo con legado las legítimas de los descendientes no preteridos, pues mientras éstos conservan su atribución, aquél ve decaer totalmente la suya. En el artículo 644 del Código Civil, si el donante tenía descendientes y a pesar de ello donó a un extraño el advenimiento de un nuevo legitimario en línea recta descendente, no faculta para revocar la donación; el 814, 2.º, en cambio, en lugar de limitarse paralelamente a salvaguardar la legítima del preterido, y aun a costa de la de los otros descendientes no omitidos y postergados al extraño (comprimiéndola al aumentar el divisor), decreta una caprichosa anulación de la institución, que lo mismo puede perjudicar a dicho extraño, que a los demás descendientes, que a un tercero distinto de aquél y éstos.

gracias a la frase inicial del artículo 814, nos conduce a los artículos 636 y 654 a 656. Pero es que además, la reducción permitida por esos artículos será a veces innecesaria, puesto que en no pocos de los casos de preterición no intencional se podrá ejercitar también la acción de revocación de las donaciones, al amparo del artículo 644 y concordantes del Código Civil, con lo que decaen todas las donaciones en su totalidad y no sólo en lo menester y por orden inverso de fechas.

Al decir este número primero que se anulan las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, es evidente que se debe abrir la sucesión intestada en todo el caudal (111), que entonces corresponderá al preterido en concurrencia, en su caso, con el cónyuge viudo (112).

Las características de esta acción de anulación total (legitimación, prescripción, transmisibilidad, etc.) son las mismas que las de la de anulación de sólo la institución de heredero del número 2.º, las cuales, a su vez, son idénticas a las de la acción que concedía el artículo 814, 1, del Código Civil, versión anterior, y que ya han sido suficientemente estudiadas por la doctrina, a la que por enésima ocasión me remito.

Mas ¿qué se debe entender por disposiciones testamentarias de contenido patrimonial? Repasemos brevemente algunos casos dudosos:

1.º Desheredaciones justas: si es de un ascendiente *ad cautelam*, carece de importancia excesiva decidir si se entiende revocada o no su desheredación, puesto que, en todo caso, se le antepondrá en la intestada el descendiente preterido; pero ¿y si es de otro descendiente o del cónyuge?:

a) De otro descendiente: ¿opera en este caso el artículo 814, 2, 1.º? ¿No es presupuesto de ese número el que resulten preteridos y preteridos inintencionadamente (no desheredados) todos los descendientes? Literalmente así parece, pero creo que la desheredación equivale a la supresión del legitimario del campo sucesorio y que a estos efectos (113) es como

(111) ¿Al amparo del artículo 912-1.º —«cuando uno muere con testamento que haya perdido después su validez»— o del 912-2.º —«cuando el testamento... no dispone de todos (los bienes) que corresponden al testador»? Propiamente no es el testamento, sino sus disposiciones patrimoniales las que han perdido validez, por lo que no son éstas adecuadas para transmitir un caudal que permanece como si de él no se hubiese dispuesto. Pero la cuestión de cuál sea la puerta legal para la intestada no me parece demasiado trascendente.

(112) Si es que se resuelve en su favor y por los motivos que expondría en su lugar (si continúo el presente artículo), el olvido en que ha incurrido la reforma respecto del juego de la legítima viudal en la sucesión intestada (supresión del art. 953, a cuyo comentario, en su caso, me remito).

(113) Y a otros, por ejemplo, para el cálculo de la legítima individual en Derecho común, a diferencia de lo que sucede en Cataluña —art. 130 de la Compilación—.

si no existiera. Desde ese enfoque, si no salvamos de la anulación, como creo que procede, la cláusula de desheredación justa, interpretando que no tiene un contenido patrimonial directo, sino prioritariamente moral, se produciría la consecuencia poco equitativa de que, por rebote, podría el desheredado con causa ser llamado a la sucesión si su comportamiento no conllevara, como normalmente ocurrirá, su indignidad para suceder (y salvo que de nuevo acudiésemos a la discutible panacea del art. 814, *in fine*).

b) Del cónyuge: entiendo igualmente que para cubrir los pocos supuestos en que desheredación e indignidad no coinciden, conviene interpretar que la desheredación justa de un esposo no decae ex artículo 814, 2, 1.º, bajo el argumento de que el carácter patrimonial de la cláusula que la ordena es sólo indirecto y negativo.

2.º Desheredaciones injustas: las de ascendientes *ad cautelam*, no importa qué suerte corran, por lo ya dicho. ¿Y las de otros descendientes? Ante todo, creo que aquellas desheredaciones no deben evitar el juego de la nulidad total ex artículo 814, 2, 1.º, aunque el *Tatbestand* de éste sea sólo la preterición involuntaria total, porque no sería justo para, por ejemplo, el póstumo no beneficiarse de todo el as por el comportamiento subjetivamente (para el testador) incorrecto de otro descendiente, y sí, en cambio, si ese otro descendiente hubiese premuerto. Además, la coherencia con lo dicho en la nota 109, donde no evitaba el juego de la preterición errónea total la concurrencia de un preterido intencionalmente (114), me obliga aquí a defender lo mismo, o sea, que se puede preterir involuntariamente a un descendiente con la consecuencia del número 1.º del párrafo segundo del artículo 814, aunque exista otro u otros descendientes injustamente desheredados. Ahora bien, podría sostenerse, a diferencia de lo que en dicha nota resolví para el preterido intencionalmente, que el desheredado sin causa recibirá en la intestada sólo una porción equivalente a lo que sería su legítima corta en la testada, porque el aspecto moral-penal de la cláusula de desheredación injusta, que no se anula, permite evitar el juego ciego de los artículos 932 y 933 del Código Civil. Para el preterido con intención, al no existir cláusula que salvarse pueda resulta más difícil (si no es por la dudosa vía del art. 814, *in fine*) resolver lo mismo, aparte de que la voluntad del causante de apartarlo es siempre menos rotunda al silenciarlo, aun a propósito, que al desheredarlo inmotivadamente.

3.º Nombramiento de albacea y de contador partidor: el primero creo que no debe anularse ni siquiera en cuanto a su remuneración (ar-

(114) Sujeto en tantos aspectos equiparado, como vimos, al desheredado injustamente.

título 908 del Código Civil), que es más contraprestación que atribución gratuita; el del segundo opino que tampoco, aunque en algún caso (por ejemplo, preterición errónea de sólo un descendiente que en la intestada no concurre con nadie) carecerá de posibilidad de partir y haría muy bien en seguir el consejo ínsito en la cláusula palominiana de «no estorbar».

4.º Adjudicaciones para pago de deudas, legado de pago (art. 873), etcétera: creo que en la medida en que no envuelvan atribuciones gratuitas, sino medidas para cumplir obligaciones previas, deben salvarse.

B) En cuanto al número 2.º, puedo ser más breve porque su enunciado coincide casi totalmente con el del artículo 814, 1, en su versión acabada de reformar; cabe entonces efectuar, una vez más, remisión a los muchos y conspicuos autores que se han ocupado de la preterición antes de la Ley 11/81 (115).

Y como no voy a insistir en lo caprichoso que resulta este efecto, cuando, además, del preterido erróneamente existen otros descendientes legitimarios recordados, ni en la sinrazón de que decaiga primero la institución que los legados, me limitaré a subrayar que respecto de la versión anterior del artículo 814, 1, se ha introducido un inciso (el de «ordenadas por cualquier título») referido a las mejoras (116). Sin duda, se ha querido respaldar legislativamente con él, la opinión ya aludida de los que dejaban para la segunda fase de invalidaciones (por reducción) las mejoras embebidas en la institución o canalizadas expresamente a través de ella (interpretación que ya sostuve, al abrigo de la mejor doctrina, para el párrafo primero del actual art. 814). Y no se me diga que en esa otra sede no debe ser así, porque cuando el legislador ha querido postergar el decaimiento de mejoras «ordenadas por cualquier título», lo ha dicho expresamente, puesto que entonces desembocaríamos (117) en el absurdo de que el preterido intencionadamente sería de mejor condición, al ver reducida en su favor y de una sola vez (118) toda la institución, incluso en lo que fuera mejora, que el preterido de forma involuntaria. Además, el mejorado *ex institutione* se hallaría en primera o en segunda fila de invalidación, en función del dato indiferente para él de que tropiece con un preterido intencional o con un preterido erró-

(115) *Vide* nota 48.

(116) Aunque gramaticalmente sí, lógicamente no puede referirse también a las mandas.

(117) Merced al juego ciego del apotegma *inclusio unius, exclusio alterius*.

(118) Sin necesidad de tener acaso que dirigirse, por ser entonces suficiente la institución reducida para cubrir su legítima, contra legatarios y mejorados vía legado.

neo. Desde luego, lo lógico habría sido que el legislador hubiese hecho la misma salvedad en el artículo 814, 1, y en el 814, 2, 2.º

Como también lo habría sido, ¡ay!, que hubiese recordado las «demás disposiciones testamentarias» en esa segunda sede. A la vista de su omisión, para hacerlas decaer en cuanto inoficiosas, habrá que acudir entonces, en caso de preterición no intencional parcial, a las disposiciones generales (art. 817) o a la analogía (*de minore ad maius*) con el artículo 814, 1.

VIII. Sigue el artículo 814: «... *no obstante la institución de heredero a favor del cónyuge, sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas*».

El único problema que me suscita este párrafo es el de averiguar cuál fue la auténtica *voluntas legislatoris* al rechazar la segunda parte de la enmienda 119 del Senado. ¿Fue un verdadero propósito de que la institución a favor del cónyuge sólo se salvase en caso de preterición errónea parcial y cuando, precisamente, se tratase sólo de institución de heredero y no de legado? ¿O fue la suya una forzada aceptación del mal menor, dada la estrechez de movimientos que permite el Reglamento de la Cámara Baja, ante la desafortunada ubicación que se dio en la Ponencia del Senado a la segunda parte de la enmienda 119, como ya he referido?

Me inclino por lo primero y en verdad que fue acertada y coherente la no admisión de dicha parte de la enmienda. En efecto, y partiendo de que el párrafo que comento es un desenvolvimiento de la idea de VALLET (*vid.* ap. VII), si se ha instituido heredero al cónyuge habiendo descendientes legitimarios no preteridos, es fácil que la ley presuma que la voluntad del testador habría sido la misma aun en el caso de aparición de un nuevo descendiente preterido sin querer: de ahí que la deje a salvo. Pero si el causante no llegó a comparar a su cónyuge con la línea descendente de comportamiento normal (119), resulta lógico que el legislador deje actuar las reglas generales como supletorias de la voluntad de un ciudadano medio o patrón, y de ahí que decaiga la institución junto con las demás disposiciones patrimoniales del testamento.

Y en cuanto a que sólo se deje a salvo la atribución al cónyuge, si se canaliza a través de una institución de heredero, no puede ser más razonable, puesto que si se le beneficia con un legado, el mismo está ya a salvo hasta el límite de la inoficiosidad por el juego del artículo 814,

(119) Prescindo aquí de la desheredada justa y aun injustamente. En cambio, considero «normal» dentro de la filosofía de la ley tanto la matrimonial como la no matrimonial.

2, 2.º, dado que los legados todos, y no sólo el hecho al cónyuge, sólo se reducen en cuanto perjudiquen a las legítimas de los preteridos (legítimas aquí largas, no se olvide).

IX. Añade el artículo 814: «*los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos*».

También encuentro en este párrafo eco de otra de las propuestas de derecho constituyente formuladas por VALLET (120), concretamente de aquella en que, para el supuesto de preterición de descendientes de un hijo premuerto que no hubiese sido preterido, le parecía «preferible aplicar la sustitución vulgar tácita si no se probare que fue otra la intención del testador, en cuyo caso se trataría, evidentemente, de una preterición intencional».

Obsérvese, ante todo, que la ley no precisa que el descendiente representado ha de haber premuerto al causante, por lo que, en principio, esa representación se producirá también (cf. art. 929) en los casos de desheredación y de indignidad (cuando el indigno no ha sido omitido). Ahora bien, como ya anticipé para esta última incapacidad relativa en el comentario del artículo 761, en estos casos de desheredación e indignidad la representación de la stirpe se circunscribe a la cuota legitimaria que hubiera debido corresponder al desheredado o indigno (y, además, por la vía de la representación de esa stirpe en la condición de legitimario de su causante incapaz), en tanto que la representación que articula el artículo 814, 3, lo es en la «herencia» del ascendiente, sin, al parecer, limitarse sólo a aquella cuota legitimaria. Lo que quiero destacar no se aprecia en la hipótesis de desheredación, puesto que al desheredado, al que necesariamente ha recordado el testador (poniendo en movimiento respecto de su prole los efectos del art. 814, 3), nada se le ha debido dejar, o en todo caso, si se admite la desheredación parcial, se le ha dejado menos de su legítima. En cambio, el aparente contraste sí se percibe en los casos normales de indignidad, en los que ésta se declara *post testamentum* y, frecuentemente, *post mortem*: al indigno le habrá dejado el causante-testador una porción de bienes que, probablemente, desbordará su legítima; pues bien, si se desorbita la interpretación del artículo 814, 3, se podría concluir que los descendientes de ese indigno, le representarían en toda su porción hereditaria y no sólo en la legítima (vía previo reconocimiento de su condición de legitimarios, insisto). Pero tal conclusión iría contra reglas más específicas, como las de los artículos 761 y 766. ¿Quiere eso decir entonces que el artículo 814, 3, no

(120) VALLET: *Limitaciones...*, cit., II, pág. 944.

opera en los casos de indignidad? No tal; dicho párrafo articula una representación de los descendientes de otro descendiente no preterido, sin distinguir casos (por lo que, sin duda, abraza el de indignidad), pero tampoco *cuantía* de la porción a recibir por vía representacional. En las hipótesis normales de premoriencia, se tratará de una representación en toda la porción hereditaria del representado; en los de indignidad, la «herencia», de que habla el artículo 814, 3, se debe interpretar como la porción del caudal en que otros artículos del ordenamiento (761, 766 y, para la desheredación, 857) autorizan la representación y nada más. El artículo 814, 3, sienta el principio representacional, y el *quantum* de la representación es cuestión de otros preceptos. Más distinciones no hubieran sido posibles en tan escueto párrafo.

Así, pues, los casos en que se pueden cumplir las previsiones desencadenantes del artículo 814, 3, son los de premoriencia, indignidad y desheredación (121), aunque en estas dos últimas hipótesis, la representación se ciña a la condición de legitimario que ostentaba el representado y sólo pueda conducir a la porción legitimaria que teóricamente le hubiera correspondido.

Aclarado lo anterior, es hora de destacar que en este párrafo tercero del artículo 814 se zanja legislativamente una cuestión muy debatida en la doctrina (122), la de si es posible la representación en la sucesión testada.

Me atrevería a afirmar, sin aparato de citas por archiconocidas, que las posturas principales vertidas al respecto hasta la reforma (y dejando aparte los que negaban totalmente su posibilidad) podrían reducirse a:

— La que admitía la representación sólo en la porción de legítima estricta que se hubiese dejado al descendiente premuerto, y que encontró eco en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1952.

— La que admitía la representación en la línea descendente, pero no en porciones más o menos varias de legítima, sino en la condición de legitimario, con lo cual la premoriencia de un descendiente anterior, con omisión de los posteriores que de él proviniesen, constituía preterición de estos últimos, con decaimiento de la institución ex artículo 814 antiguo (criterio de las Resoluciones de 10 de mayo de 1950 y 14 de agosto

(121) No el de renuncia (arts. 923, 924 y 929 «a contrario» del Código Civil) y a diferencia de lo que decreta para Aragón el artículo 141 de su Compilación que, al admitir la representación aun en el *casus noluntatis*, origina unos problemas prácticos considerables, como sabemos todos los que hemos aplicado el dere-

cho en aquella región.

(122) Véase, por ejemplo, la que cita PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, cit., V-3.º, págs. 376-7; también, más concreta sobre nuestro punto, VALLET: *Limitaciones...*, cit., I, pág. 627, nota 149.

de 1959, a la vista de las cuales se hizo muy recomendable en los testamentos, hasta el punto de devenir casi cláusula de estilo, la sustitución vulgar en favor de las estirpes de los instituidos que fueran descendientes).

— Y la que postulaba indagar si en las instituciones a descendientes había o no datos suficientes para descubrir en el testamento una voluntad de sustitución vulgar tácita (ya que no de representación genuina) en favor de los de ulterior grado, a fin de evitar la preterición de los mismos (123).

Pues bien, lo que ha hecho el legislador ha sido aceptar parcialmente la idea de CÁMARA (124), pero presumiendo *iuris et de iure* la voluntad de sustituir y utilizando en lugar de ese verbo el de representar, con la ventaja de que así el supuesto legal nunca comprenderá el *casus noluntatis*.

La idea parece acertada porque la construcción de la representación en la condición de legitimario y subsiguiente preterición de la estirpe (postura segunda de las acabadas de exponer) podía reconducir a ésta más bienes de lo que probablemente era voluntad del testador. En efecto, éste, al contemplar al cabeza de aquélla, probablemente quería sólo que fuese para dicha estirpe, en un devenir normal de los acontecimientos y muertes, lo que dejaba al iniciador de la misma. Y esto es lo que va a ocurrir ahora en nuestro Derecho, por cuanto vuelvo a subrayar que la representación legal articulada se da no sólo en la legítima (a salvo lo dicho para la indignidad y la desheredación), como pudiera hacer pensar la ubicación del artículo 814, sino en cualquier porción de herencia que se hubiere canalizado al descendiente no preterido y premuerto, incluso por vía de legado.

Con la salvedad de no admitir el *casus noluntatis*, la solución es muy parecida a la que había sancionado el párrafo segundo del artículo 467 del Código Civil italiano, sólo que éste la refiere al instituido en general y no únicamente a los descendientes (125).

Precisamente, la relectura de ese precepto foráneo, me sugiere el problema de qué sucede si el testador ha previsto una sustitución en

(123) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: «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», *R. D. N.*, enero-marzo 1955, págs. 7 y ss.

(124) Que antes había sido apuntada también por ROCA SASTRE: «El derecho de representación en la sucesión testada», publicado en *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948, págs. 259 y ss., en especial págs. 276-7.

(125) «... Si ha rappresentazione nella successione testamentaria quando il testatore non ha provveduto per il caso in cui l'instituito non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato, e sempre che non si tratti di legato di usufrutto o di altro diritto di natura personale», citado de la edición de la CEDAM, Padova, 1977.

favor de personas distintas de los descendientes del no preterido, o si sólo ha dispuesto en favor de éste un derecho puramente personal que se deba extinguir con su muerte.

Creo que conviene distinguir:

1.º Que al aponer la sustitución (126) o atribuir el derecho personal, el testador tuviese presente la estirpe del descendiente porque ya existía, subsistía y gozaba de la condición familiar y potencialmente legitimaria correspondiente. Entonces me parece evidente que, a pesar de la letra del artículo 814, 3, los descendientes ulteriores no representan al recordado de forma tan singular, sino que ellos mismos pasan a estar preteridos intencionalmente, con las consecuencias del artículo 814, 1. De no estimarse así, los resultados serían parecidos, pues, al cumplirse la voluntad sustitutoria o al extinguirse *ex lege* o *ex voluntate* el derecho, los descendientes de ulterior grado nada reciben, y aunque no deban considerarse preteridos, es evidente que su legítima material no ha sido cubierta y, cuando menos, podrán ejercitar las acciones de reducción de disposiciones testamentarias y de donaciones.

2.º Que al ordenar la sustitución (126) o dejar el derecho personal, el testador no tuviese presente la estirpe del descendiente, porque a la sazón no existía, subsistía ni gozaba de la condición familiar o potencialmente legitimaria correspondiente. En estos casos, también se impone prescindir un tanto del sentido riguroso del término «preterido» en el artículo 814, 3, y considerar que los descendientes de ulterior grado han sido preteridos y probablemente, en función de los criterios generales expuestos en su lugar, preteridos inintencionadamente, con el consiguiente derrumbamiento de todas las atribuciones testamentarias gratuitas. Además, la coherencia con lo dicho en la nota 96 así lo exige, pues no es lógico que sean susceptibles de preterición errónea los descendientes de un preterido intencionalmente y premuerto, y no lo sean los de un no preterido también premuerto, pero recordado sólo en el testamento con una disposición inadecuada para satisfacer los derechos de la estirpe, en la que, en esta hipótesis, no pensó el testador (127).

(126) Que puede ser fideicomisaria (convertida en nuestro supuesto en vulgar implícita), vulgar expresa o ejemplar; la pupilar es biológicamente muy difícil que opere porque cesa al llegar el descendiente de primer grado a los catorce años, antes de los cuales es insólito tener prole.

(127) Imagínese el supuesto de que el abuelo en su testamento y ante la perspectiva de un hijo ya demasiado mayor en el sentir corriente para casarse y tener familia dispone de sus bienes por igual entre sus hijos, pero grava fideicomisariamente todo lo que deja a aquél (aunque sólo debiera poder hacerlo con la parte disponible), en beneficio de los otros y sus estirpes, tras lo cual el empedernido solterón casa, tiene un hijo pese a su avanzada edad y mueren él y su padre, por este orden, antes de que este último hubiese podido rectificar su testamento. ¿Quién afirmarí que el caso es puramente «de libro»?

X. Finalmente, el artículo 814 termina diciendo: «*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».

El primero de esos dos párrafos coincide casi con el tercero y último de la versión anterior, con la única alteración consistente en que antes decía: «la institución surtirá efecto», y ahora reza: «el *testamento* surtirá *todos* sus efectos». Variación lógica que coordina este inciso con los nuevos efectos de que se reconocen a las diversas especies de preterición.

Como el párrafo aludido en su versión anterior nunca suscitó dudas por su claridad y evidencia, no voy a extenderme más sobre el actual.

En cambio, sí constituye una novedad el último párrafo del remozado artículo 814, que convierte en dispositivo —para el testador— todo el instituto de la preterición, con tal de que queden indemnes las legítimas.

Ya antes apunté que esta configuración dispositiva de la preterición probablemente tiene su arranque en la postura de ALBALADEJO (128), intentando minimizar las absurdas e injustas consecuencias a que podía conducir el artículo 814, 1, versión ahora derogada.

Dicho autor, partiendo de la primacía de la *voluntas testatoris*, se esforzó porque se pudiesen seguir efectos menos drásticos que la anulación total de la institución de heredero si resultaba una voluntad, incluso implícita, del causante de que la misma no pereziese totalmente en provecho del preterido. De manera que postulaba la salvación de aquella parte de institución «que, según se deduce de la voluntad del testador, se habría establecido aun habiendo instituido al preterido».

El intento era ingenioso, aunque tropezaba con claros pronunciamientos jurisprudenciales de tono radical y con el tufillo imperativo que destila cualquier institución relacionada con las legítimas.

Ahora, cuando los principales inconvenientes del régimen anterior se han intentado superar merced a la distinción entre una preterición involuntaria y otra intencional, lo primero que se piensa de este último párrafo del artículo 814 es que constituye una sobrealbarda un tanto inútil.

Pero si bien se mira, este apéndice del precepto puede dar un juego inusitado si se acoge a él, valientemente, la jurisprudencia.

Ya hemos visto las deficiencias de la nueva regulación, especialmente en la determinación de los efectos de la preterición no intencional. Si

(128) MANUEL ALBALADEJO GARCÍA: «Para una interpretación del artículo 814, 1, del Código Civil», *R. D. P.*, diciembre 1967, págs. 1023 y ss.

los resultados ciegos y automáticos a que conduce el artículo 814, 2, se pueden evitar demostrando que, a pesar de la probada inintencionalidad del olvido, la voluntad, incluso, ¿ahora por qué no?, implícita, del testador hubiera sido la de originar unas consecuencias menos demoledoras (129), pues bienvenida sea la atenuación que nos lleva a una solución justa; lo mismo que si la interpretación nos inclina en el otro sentido (130) de efectos más contundentes. Aunque también me temo que el párrafo vaya a ser un semillero de pleitos, si se aduce sin escrúpulos, con el solo propósito de dilatar la reparación de omisiones, quizá de miembros no pertenecientes a lo que hasta la reforma entendíamos por familia o incluso dentro de miembros no bien avenidos de la misma. Una vez más, los márgenes de arbitrio judicial pueden convertirse en un aliciente para el litigio.

(Continuará.)

JUAN MANUEL REY PORTOLÉS
Registrador de la Propiedad

(129) Por ejemplo, si se había instituido universalmente al primogénito, en concurrencia con otros hermanos, a los que simplemente se les había hecho legados de cuota en cuantía suficiente a cubrir su legítima corta, con el propósito, que se transparentaba, de hacer llegar a aquél la empresa familiar, pero sin hacer uso, quizá por la evidencia del propósito, de la facultad partitiva que concede el 1.056, no parece difícil excluir la invalidación de la institución en la parte disponible (la legítima y mejora tácita del favorecido ya se salvan *per se*), aunque surga, verbigracia, un póstumo preterido.

(130) Ya LACRUZ (*op. cit.*, II, pág. 178) sostuvo bajo la normativa anterior posición tan audaz como la siguiente (que ahora tendrá más respaldo y con menos rodeos): «si de la distribución hecha en el testamento se desprende la voluntad del testador de igualar a todos los legitimarios, cabría eliminar la desigualdad producida por la preterición (por ejemplo, si unos legitimarios fueron instituidos herederos y otros favorecidos con legados), considerando a los legados como instituciones *ex re certa*, o bien entendiendo implícita en el testamento la voluntad del testador de que los legatarios colacionen (art. 1.037)». También en la misma línea —aventuro yo— podrá abrirse camino en los tribunales una preterición «cuasi-no intencional» de ascendientes o cónyuge...