



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La preterición no intencional. En particular, los hijos sobrevenidos al testamento

Trabajo fin de estudio presentado por:	María Tortosa Rodríguez
Tipo de trabajo:	TFG teórico
Director:	Xaime Manuel Requeixo Souto
Fecha:	20/07/2022

Resumen

Las figuras analizadas en el presente trabajo tratan sobre múltiples cuestiones relacionadas con el Derecho sucesorio. Hacemos especial hincapié en el análisis de la preterición no intencional o errónea, teniendo presente que no protege la legítima. Intenta proteger a aquellas personas que sean legitimarios y hayan sido omitidas en el testamento. Analizamos qué tipos de pretericiones hay, las cuales son la preterición intencional o errónea; y qué efectos produce esta última. Del mismo modo, profundizamos en la apertura de la sucesión intestada, donde se anulan las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. Además, hacemos un análisis de los hijos que hayan sido nacidos después de otorgarse el testamento; donde el causante no ha rectificado el mismo, y/u otorgado un nuevo testamento. Por último, hacemos una referencia a los legitimarios que pueden obtener la preterición no intencional o errónea; así como las diferencias que existen entre los dos tipos de preterición.

Palabras clave: herencia, testamento, herederos forzosos, preterición, cónyuge viudo.

Abstract

The figures analyzed in this paper deal with multiple issues related to inheritance law. We place special emphasis on the analysis of the unintentional or erroneous preterition, bearing in mind that it does not protect the legitimate. It tries to protect those persons who are legitimated and have been omitted in the will. We analyze what types of preteritions there are, which are the intentional or erroneous preterition; and what effects the latter produces. In the same way, we deepen in the opening of the intestate succession, where the testamentary dispositions of patrimonial content are annulled. In addition, we make an analysis of the children that have been born after the testament has been granted; where the deceased has not rectified the same, and/or granted a new testament. Finally, we make a reference to the legitimaries that can obtain the unintentional or erroneous preterition; as well as the differences that exist between the two types of preterition.

Keywords: *inheritance, testament, heir apparent, preterition, widowed spouse.*

Índice de contenidos

1. Introducción.....	6
1.1. Justificación del tema elegido.....	6
1.2. Problema y finalidad del trabajo.....	7
1.3. Objetivos.....	8
2. Marco teórico y desarrollo.....	10
2.1. La preterición no intencional.....	10
2.1.1. Aspectos generales.....	10
2.1.2. Particularidades de la preterición.....	11
2.1.2.1. Concepto de la preterición no intencional.....	13
2.1.2.2. Sujetos legitimarios.....	16
2.1.2.3. La nulidad de las instituciones de heredero.....	19
2.1.2.4. Apertura de sucesión intestada en la preterición errónea.....	22
2.1.3. Efectos de la preterición no intencional o errónea.....	24
2.1.3.1. La preterición errónea en el Código Civil Estatal.....	24
2.1.3.2. La preterición errónea en Cataluña.....	26
2.1.3.3. La preterición errónea en Aragón.....	27
2.1.4. Hijos nacidos después de otorgado testamento.....	29
2.1.4.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 enero 2001.....	30
2.1.4.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 junio 2006.....	32
2.2. Diferencias con la preterición intencional.....	33
3. Conclusiones.....	35
Referencias bibliográficas.....	40
Listado de abreviaturas.....	45

Índice de figuras

Figura 1. “Legítima de los descendientes, sin concurrencia con el cónyuge viudo”.

(Elaboración propia)18

1. Introducción

1.1. Justificación del tema elegido

“La preterición no intencional. En particular, los hijos sobrevenidos al testamento” ha sido el tema que hemos escogido para realizar dicho trabajo de fin de grado. Comenzamos expresando que en cualquier testamento hay una parte de la herencia que está reservada por ley a determinados herederos. Hablamos sobre la denomina legítima, y sobre quiénes pueden recibir esta parte de los bienes y derechos de la persona fallecida. Se trata de los llamados legitimarios. Actualmente, a algunos legitimarios se les presentan diferentes controversias a la hora de adquirir la parte de cuota de los bienes relictos que les corresponden.

Ya sea por la omisión que realiza el causante de los mismos al no conocer de su existencia, o simplemente porque no se ha querido tener en cuenta al legitimario; pensamos desde el punto de vista legislativo que la legítima es intocable. Pero, por el contrario, resulta que, en la actualidad no es así. La legítima debe ser modificada. Se presentan como problemas nuevas clasificaciones de familias, donde no es extraño encontrar el llamado "síndrome de alienación parental". Esto, consideramos que es el rechazo que un hijo puede tener hacia un progenitor que el otro progenitor fomenta. Además, todas las relaciones se basan en un ámbito de resentimiento (cuando terminan por diferentes motivos) hacia la pareja anterior o a los hijos de la pareja que influyen directamente en el testamento. Todo esto basándonos en la legítima.

También hacemos mención a la partición de la herencia, que como negocio jurídico puede tener ciertos vicios ocultos. No es justo que algunos hijos o descendientes tengan que acudir a la figura de la preterición en relación al Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, CC) en su artículo 814, para poder reclamar aquello que les corresponde por ley. Esta es otra de las causas por las que hemos elegido este tema. Parece interesante conocer cuando tenemos derecho a acudir a la figura de la preterición. Sobre todo, al tratarse de hijos o descendientes que no han sido nombrados porque se

desconocía su existencia. Actualmente, la preterición es un concepto que no se basa en una definición concreta.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2010, vemos como se produjo un importante cambio en la preterición, y como en su fundamento de derecho 1º (en adelante FD), se muestra la preterición no intencional o errónea, la cual se encuentra referida 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, donde nos explican por qué se produce la preterición intencional o la errónea, según los diferentes efectos. Con la preterición, en este caso la errónea, tratamos de corregir la no disposición testamentaria a favor de estos parientes por omisión de los mismos, así como cuando se trata de hijos que han nacido después de otorgarse el testamento como de hijos extramatrimoniales. Todos ellos acceden a la figura de la preterición errónea para conseguir sus bienes y derechos que le son adscritos por ley.

Por otro lado, el tema elegido presenta gran desarrollo por la relevancia que adquiere las declaraciones de última voluntad que presentan las personas antes de su fallecimiento, es decir, el causante de la herencia. Normalmente, podemos dejar constancia mediante testamento de la verdadera voluntad de brindar nuestros bienes y derechos a aquellas personas que realmente se lo tienen que merecer. Sin embargo, muchas veces actuamos de manera injusta, dejando a legitimarios sin su derecho. Una limitación que se presenta es el establecimiento de los llamados legitimarios, a los que no se les puede excluir, salvo causa justa. Cuando esto ocurre, debemos cambiar la resolución del testamento, de no ser así, entonces es cuando acudimos a la figura de la preterición.

1.2. Problema y finalidad del trabajo

En este trabajo se realiza un estudio sobre las distintas figuras en el ámbito de Derecho de sucesiones, que dispone el ordenamiento jurídico español y que tienen como finalidad beneficiar mediante la legítima a las personas llamadas “legitimarios” de un testador. Del mismo modo, problemas que se nos plantean son: conocer las diferencias y similitudes entre

la preterición intencional o errónea; o cómo podemos asignar la nulidad de la institución de heredero. Además, como afecta a los hijos sobrevenidos del testamento, así como a los hijos nacidos fuera o dentro del matrimonio.

En relación al tema elegido, otro dilema se halla en la legítima, donde el causante no puede disponer de la misma como quiera. Debemos tener presente a los legitimarios, sin que sean omitidos de manera involuntaria, en este caso.

Con este trabajo vamos a intentar conocer ciertos aspectos de la preterición no intencional o errónea. Se analiza el concepto de la preterición no intencional o errónea, así como los efectos que produce y los requisitos que se necesitan. Además, estudiamos cuándo se produce la preterición errónea en relación a los hijos extramatrimoniales. Y las diferencias que se encuentran entre los dos tipos de preterición. Hemos desarrollado de manera general los temas de los legitimarios y la preterición errónea; y de manera específica todo lo relacionado con los hijos preteridos que son sobrevenidos al testamento, enumerando conceptos y legislaciones aplicadas. Y analizando las figuras referidas anteriormente.

1.3. Objetivos

En el presente trabajo tenemos unos objetivos concretos. Intentamos introducir de manera amplia y general el concepto de “preterición no intencional o errónea”, que se encuentra regulado por el artículo 814 del CC. Sin embargo, en el propio Código Civil no existe una definición exacta. Además, hacemos un análisis más específico de su naturaleza, carácter, tipología, atribución y requisitos de la misma. Este trabajo se encuentra estructurado en base al significado propio de la preterición errónea, la preterición y las diferencias existentes entre los dos tipos que puede haber; así como de los hijos y descendientes que estén preteridos. Del mismo modo, encontramos diferentes disposiciones testamentarias que el legitimario no puede tener para poder asumir la figura de la preterición errónea.

En consecuencia, todos los autores nombrados en el presente trabajo nos presentarán algunas definiciones de esta figura. También sus efectos, requisitos, etc. Importante es conocer si la preterición afecta o no a la legítima; así como si es posible reducir la institución de heredero con sus mandas y mejoras.

Además, estudiaremos la figura de los legitimarios. Y, en este caso, tendrá especial importancia la figura de la legítima. Nos cultivaremos con la legítima de los descendientes, ascendientes y, además, la legítima del cónyuge viudo. En caso de la preterición errónea, veremos cómo los hijos y descendientes están protegidos por dicha figura. Con la preterición errónea, conoceremos si, protege a la legítima, a los legitimarios o a ambos.

Por otra parte, conoceremos cuando es posible la apertura de la sucesión intestada cuando nos referimos a la figura de la preterición no intencional o errónea. Además, será necesario conocer si debe abrirse la sucesión *abintestato* para que se realicen los derechos sucesorios. Esto en relación al artículo 851 del CC, cuando no se realice la apertura dará lugar a la reducción de donaciones que presenta la herencia. Además, entenderemos cuando puede revocarse un testamento cuando estamos frente a la nulidad de las instituciones de los herederos.

Objetivo importante será conocer los aspectos diferenciadores que se encuentran entre diferentes Comunidades Autónomas con nuestro Código civil estatal, donde hay que conocer si todos los descendientes pueden pedir la nulidad del testamento o no; al igual que como afecta a los ascendientes y cónyuge viudo.

2. Marco teórico y desarrollo

2.1. La preterición no intencional

2.1.1. Aspectos generales

La práctica del derecho sucesorio muchas veces presenta disposiciones testamentarias donde se omiten a los legitimarios, de manera intencional o involuntaria¹. La primera se debe al deseo que presenta el testador de desheredar a la persona que ha sido omitida. Por el contrario, la segunda sucede al desconocer la existencia del legitimario en el momento de testar.

Atendiendo al artículo 763.2 del CC, aquellos causantes que tengan legitimarios podrán disponer de sus bienes según la forma y con ciertas limitaciones que impone dicho artículo. Pero el testador realiza algunos actos dispositivos donde omite dichos requisitos; ya sea por la exclusión de los legitimarios por la desheredación o mediante la preterición de los legitimarios. En este caso mediante la segunda controversia.

La preterición, con distintos criterios según el sistema y la época en la que se encontrara, se basaba en los siguientes supuestos: que el legitimario no se estableciera como heredero ni fuera desheredado formalmente; que el legitimario no recibiera nada del causante por disposición testamentaria, ni se le apartara en el caso de no recibir nada verdadero y útil; y que el legitimario no hubiera sido mencionado².

¹ Los legitimarios pueden no ser herederos forzosos, pero sí satisfacer sus legítimas a través de legados o con donaciones. Puede recibir la legítima como heredero, pero no sólo por él. Lo hacen cuando han sido favorecidos por una delación legal, y pueden decidir si quieren ser herederos *abintestato*, y lo ejerza aceptando la herencia o apartarse de la misma.

² En el Derecho Romano se requería que los *heredes sui* debían estar instituidos expresamente como herederos o ser “exheredados”. De esta forma, en caso de que hubiera alguna omisión (en este caso referida a la preterición) por parte de estos extremos, se podría presentar la nulidad testamentaria. DIAZ MARTÍNEZ (2015, p. 23-26) sostuvo que “Los *heredes sui* son los llamados herederos por derecho propio o *filiusfamilias*. Eran aquellas personas que estaban sometidas a la patria potestad de otra persona que presentaba poderes semejantes a los de un jefe de un grupo político. Se trataba de ciudadanos romanos que tenían su capacidad jurídica en el derecho privado. Los *heredes sui*, en el momento del fallecimiento del padre, pasaban a formar familias independientes; manteniendo un vínculo de unión con la otra familia”.

2.1.2. Particularidades de la preterición

La preterición, regulada en el art. 814 del CC, presenta como función principal actuar en la protección y defensa de la legítima. Atendiendo a dicho artículo, el mismo establece que “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”. Este artículo está situado en el libro III de los diferentes modos de adquirir la propiedad, título III de las sucesiones, capítulo II de la herencia, sección V de las legítimas.

El Código Civil de 1889 disponía que “La preterición de alguno o de todos los legitimarios en línea recta anulará, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador, la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. La preterición del viudo no anula la institución, pero el preterido conservará sus derechos. Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador la institución surtirá efecto”. Más tarde, en la redacción vigente desde 1958 hasta 1981 se eliminó “sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea, que nazcan después de muerto el testador”.

Ahora bien, para que sepamos cual es el concepto de preterición, debemos distinguir entre: el estado formal y material de la legítima. Originariamente, pensamos que la preterición era formal, porque no se constituía la institución de heredero ni la desheredación expresa. Sin embargo, la *querella inofficiosi testamenti* asignaba la *portio debita* que debía entregar el causante, aunque no hubiera causa justa de desheredación del legitimario³. Por ello, en la actualidad, suponemos que al no ser necesario el título expreso de heredero, la preterición trata de la omisión formal de un legitimario.

La preterición se produce cuando el causante ha fallecido, y no cuando se otorga el testamento. Además, como indica la nueva reforma del art. 814 del CC, consideramos que la preterición de un legitimario no afecta a la legítima. Se trata de la omisión intencional o errónea que tiene el causante para hacer atribuciones patrimoniales de bienes en su testamento

³ RIBAS ALBA (1989, p. 129) manifestó que la *querella inofficiosi testamenti* se dicta contra quienes injustamente participaron en la confiscación de los bienes de sus hijos o los descuidaron, así como en su preterición. Se trata de un proceso moral, que pueden iniciar los descendientes, ascendientes, hermanos bilaterales del testador y los hijos adoptivos.

a sus legitimarios (según la clase de legitimarios), que afectan a la integridad de ciertas disposiciones testamentarias. Es decir, es la omisión de un legitimario en el testamento, sin que el mismo haya recibido nada en concepto de legítima (GÓMEZ MARTÍN 2021, p. 6-16).

Sabemos que la preterición se divide en dos tipos: preterición intencional o errónea. Podemos encontrar casos de la preterición en la legítima material, con la simple mención de los legitimarios en el testamento, la cual no supone una titularidad jurídica. El art. 806 del CC nombra a la legítima material, manifestando que: “La legítima material es la porción de bienes de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a favor de determinados herederos, llamados por eso herederos forzosos”. Creemos que estaríamos ante un caso de preterición, donde apreciamos que la atribución de la legítima material es lo más importante. También, la falta de mención de un legitimario en el testamento sería preterición⁴.

Con la preterición se reducirá la institución de heredero antes que los legados y las mejoras, así como las diferentes disposiciones testamentarias. El causante deberá omitir en su testamento a uno o varios legitimarios, los cuales no recibirán absolutamente nada en concepto de legítima. En el caso de que los legitimarios reciban algo, aunque no sea compatible con él por ley, no se puede valorar la figura de la preterición. Estaríamos ante la acción de suplemento de la legítima hacia el legitimario⁵.

Asimismo, no importa que el heredero no haya nacido al otorgarse el testamento. Lo importante es que en el momento de la muerte del causante ya estuviera presente y no se tuvo en cuenta para darle la legítima. Es fundamental que el legitimario preterido haya sobrevivido al causante; si no el testamento surtirá todos sus efectos.

⁴ GÓMEZ MARTÍN, S. (2021, p. 6-16) sostuvo que puede existir preterición “cuando el testador no menciona al legitimario y no le donó nada en vida”. Aparte, algunos autores manifiestan que puede haber preterición cuando el testador no menciona al legitimario en el testamento pero sí le hace una donación en vida. Y otro caso importante (preterición errónea) es: Cuando se trate de una omisión no intencional de un hijo o descendiente, como es el caso del padre que creyó muerto a su hijo, cuando realmente el hijo sí estaba vivo.

⁵ La acción de suplemento de la legítima se dirige contra los coherederos que han recibido una mayor porción de bienes que les corresponde. Se trata de una acción de carácter real con una duración de 30 años. (El plazo de duración es discutido por varios autores). Aquí un legitimario recibe su cuantía pero en una cantidad inferior a la que le corresponde. Por ello puede reclamar lo que le falta hasta alcanzar el importe que realmente le pertenece. (art. 815 del CC).

2.1.2.1 Concepto de la preterición no intencional

A la hora de referirnos a la preterición no intencional o errónea es conveniente tener en cuenta el significado de la preterición para poder comprender mejor el concepto. Indistintamente, el presente concepto sobre la preterición no intencional o errónea podemos encontrarlo:

En relación con el art. 814 del CC, el cual ha sido reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo; se ha discutido si hay una definición concreta sobre la preterición no intencional o errónea. Sin embargo, sabemos que sólo puede ser admitida en relación a los hijos y descendientes que tenga el testador, pero no por otros legitimarios como ascendientes o cónyuge. En la doctrina se ha defendido que “la preterición no intencional o errónea es aquella omisión inconsciente o involuntaria en el testamento realizada por el causante de efectuar atribuciones patrimoniales a favor de sus legitimarios. Se trata de la no querida por el causante, y atiende a un olvido o error propio del causante. Por parte del causante se ignora la existencia de su legitimario” (SERRANO ALONSO, 2002, p. 223-225).

Partiendo de la definición de la preterición no intencional o errónea, entendemos que cuando es realizada con todos los hijos o descendientes, el preterido reclama su cuota intestada, quedando descubierta su legítima por los bienes relictos. Por ello, puede reclamar también su legítima. Una vez que las disposiciones del testamento sean nulas, se podrá ejecutar la reclamación de los bienes mediante la reducción de donaciones. Cuando se trate de algunos descendientes que han sido preteridos no intencionalmente pensamos que se intenta proteger de forma escasa la cuota intestada. No se protege de forma total. Se protege por los legados y mejoras dispuestos por el testador mientras no afecte a su legitimidad. A aquellos sujetos legitimarios que hayan sido preteridos de manera intencional se les reconoce su legítima. En este caso, el causante puede privar a los sujetos de su cuota intestada.

Atendiendo a MIQUEL GONZÁLEZ (2002, p. 5339), la preterición no intencional o errónea “es una acción de nulidad de la institución de los herederos y de disposiciones patrimoniales”. De acuerdo con el autor, esta acción ocasiona la sucesión *abintestato* totalmente, en relación con el art. 814.2 del CC, que se basa en la preterición realizada de todos los descendientes e

hijos del causante. O la sucesión *abintestato* parcialmente, cuya regla general se basa en la preterición de algunos de los descendientes que han sido preteridos no intencionalmente. A éstos se les intenta proteger de manera limitada la cuota intestada.

Con la acción de preterición, la persona preterida puede demostrar la validez de su legítima según el art. 814 del CC ante los Tribunales. En consecuencia, razonamos que podrá realizar las reducciones o cancelaciones necesarias, hasta conseguir una participación legal que le convenga. Esta acción tiene como función principal la atribución del correspondiente preterido, que presenta la condición de legitimario. Además, la cuota legitimaria se encuentra en algunos bienes determinados que pueden presentarse mediante ejecución de sentencia⁶. La acción de preterición *abintestato* parcialmente, puede dar lugar a la nulidad de la institución de heredero y a la reducción de las disposiciones testamentarias⁷. Los preteridos obtienen su parte de la cuota. Trata sobre la nulidad que tienen los preteridos de pleno derecho a ser reconocido como tal por los jueces y funcionarios. Por lo tanto, la sentencia donde se evalúa la nulidad es innecesaria. Además, si los preteridos piensan que se ha lesionado su legítima, podrán reducir legados, mejoras y donaciones para poder defenderla. Por el contrario, la legítima no desempeña ninguna función en ese caso.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2020, presenta una acción de impugnación del testamento otorgado por el causante, donde los dos hijos preteridos no intencionalmente pedían la nulidad del testamento manifestando que ellos eran los únicos herederos universales del causante. En ese entonces, los instituidos como herederos eran los sobrinos del causante. Por ello, la magistrada declara la nulidad de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial por producirse la preterición no intencional de los dos

⁶ Con la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 29 de septiembre de 2017, se declara la preterición no intencional de un hijo del causante, donde el causante designa herederos a sus padres e hija, otorgando la legítima estricta. Sin embargo, cuatro años después nace un hijo no matrimonial. Su filiación se determinó mediante sentencia en vida del causante, pero murió sin modificar el testamento. Por ello, se pide la nulidad del testamento otorgado. Se presenta la figura de la preterición no intencional; se abre la sucesión intestada y se pide la nulidad de la institución de herederos en partes iguales. Todo por infracción del art. 814 del CC (FD 1º).

⁷ Aquellas disposiciones testamentarias cuya consecuencia sea reducir la legítima de los herederos forzosos y/o legitimarios, se hará a petición de los mismos, cuando sean excesivas (art. 817 del Código Civil). Los herederos forzosos no podrán dar ni recibir donaciones que sean mayores del propio testamento; en relación con los arts. 634 y 636 del Código Civil.

hijos. Y se condena a los demandados (los sobrinos) a entregar los bienes y derechos que han recibido como herencia.

Se expresa la infracción del art. 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), al amparo del art. 469.1 de la LEC, donde el testigo, el cual indica que podía demostrar que el causante supiera de la existencia de sus dos hijos a la hora de otorgar el testamento, estaba equivocado en la valoración de las pruebas según su fundamento de derecho 2º (en adelante FD); además, se infringe el art. 808 del CC, donde se manifiestan los derechos de los hijos a recibir un tercio de la herencia cuando en realidad les corresponden dos tercios del caudal hereditario; se deja constancia que en la preterición no intencional o errónea de los hijos y/o descendientes, con la "anulación" de las disposiciones patrimoniales se debe impugnar el testamento. Se intenta dejar sin efecto mediante la querrela *inofficiosi testamenti*⁸ (FD 3º).

El Tribunal hace referencia al art. 814 del CC, donde el término de anulación del contenido patrimonial del testamento se aplicará a todos los descendientes e hijos, sin hacer ninguna distinción. Así, lo importante sería declarar la anulación ante el Poder Judicial, donde el preterido anuncia la no intencionalidad. Además, aquel testamento que sea válido se basa en el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos, según el art. 24 de la Constitución Española (en adelante CE). En definitiva, sabemos que la preterición no intencional de todos los descendientes del testador, según el artículo 814 del CC, da lugar a que se anulen *ope legis* las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. Del mismo modo, proviene de una sanción legal de nulidad, sin que sea necesario un pronunciamiento jurisdiccional en base al acta notarial de declaración de herederos abintestatos. Anuladas las

⁸ RIBAS ALBA (1989) sostiene que con la *inofficiosi testamenti* hacia el final de la época republicana, se admitió que los hijos desheredados sin justo motivo pudiesen recurrir ante el tribunal de los centunviro. El recurso que siguió el tribunal fue el de declarar nulo el testamento y consecuentemente abrir la sucesión intestada, basándose en la supuesta locura o trastorno mental del testador al no haber contemplado a sus hijos o parientes más próximos. Posteriormente, se admitió la validez de determinadas disposiciones contenidas en el testamento inoficioso, como los legados. Sólo los descendientes y ascendientes que eran herederos civiles o pretorios del testador podían impugnar el testamento. Tiempo después, se admitió también a favor de hermanos y hermanas consanguíneos a los que hubiese sido preferida una persona indigna.

disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, se produce un supuesto que determina la sucesión legítima o intestada, por lo que otorgamos el acta notarial de declaración de herederos abintestato, aunque el testamento no sea en sí nulo, sino sólo en su contenido patrimonial.

Por otra parte, en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2006, en representación de un hijo menor de edad como único heredero extramatrimonial del causante; se formula otra demanda para pedir la nulidad de la paternidad extramatrimonial del niño, y que según el art. 814.2 del CC se anule la institución de heredero. Al dictar sentencia, el juez declara nulo el testamento otorgado debido a la preterición no intencional del menor de edad, declarándolo como heredero único y universal del causante. En dicha sentencia, respecto al art. 814 del CC, se presenta “la omisión del legitimario por parte del causante en su testamento. El legitimario carece de su parte de la legítima. Además, dicho concepto viene referido al testamento y no a la muerte. Por parte del legitimario, la no intencionalidad de su preterición queda demostrada en el testamento *ex re ipsa*. Del mismo modo, se deben anular todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, debido a que el preterido es un hijo del causante y único legitimario” (FD 2º).

2.1.2.1. Sujetos legitimarios

Artículo importante es el 660 del CC, donde se llama heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular. En la sucesión testamentaria por *mortis causa* hay diferencias entre quién actúa como heredero y como legatario. Las cargas y deberes no son las mismas para cada uno de ellos (MONJE BALMASEDA y HERRÁN ORTIZ, 2017, p. 24 y ss.).

Antes de afrontar esta cuestión, abordaremos los aspectos diferenciadores de las siguientes figuras: heredero y legatario. Sabemos que el heredero podrá ser nombrado tanto por voluntad del testador causante, de forma voluntaria, como designado por ley, no siendo necesario el otorgamiento del testamento. Sin embargo, en la figura del legatario encontramos rasgos diferenciadores. El principal consiste en que el bien que reciben del causante tiene que estar totalmente identificado. No hay que olvidar que, esta figura tiene que estar contemplada en el testamento, debiendo ser instituido en el mismo. Asimismo, el bien que adquiere el legatario

puede ser adquirido automáticamente tras el fallecimiento del causante, o mediante un legado sujeto a condición o a término.

Actúan como herederos aquellas personas que adquieren los bienes, derechos y obligaciones a título universal (art. 756 del CC). Además, se prevé como una limitación a la libre disposición de los bienes por el causante. Asimismo, como limitación a tener en cuenta, cabe destacar que según el art. 816 del CC se dice que “toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus legitimarios es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción”. Pensamos que por ello podemos pedir la reclamación de la legítima, siendo los bienes que ya no pertenecen al causante una acción de protección donde se hace valer el título sucesorio de aquellos bienes que pasan a ser hereditarios.

Mediante la acción de petición de la herencia (acción de reclamación de la legítima), si el demandado había invocado una disposición de última voluntad del causante, será presupuesto de dicha reclamación la ineficacia de esta disposición. Esto se debe porque el demandante es legitimario, y por ello, su título de heredero sobreviene directamente de la ley. Las disposiciones del testador que sean contrarias a la ley no afectan al legitimario.

Se trata de una medida de protección, debido a que sólo el legitimario puede reclamar la herencia. Es un ineficacia *ipso iure*, donde el llamamiento voluntario no produce efectos frente al llamamiento forzoso (art. 763.1.2. del CC). Por todo ello, se reconoce la legítima a aquellos descendientes, ascendientes y al cónyuge viudo. Sin embargo, en algunas Comunidades Autónomas (en adelante CC.AA) como pueden ser Cataluña o Aragón, el cónyuge viudo no sería considerado como legitimario. Los legitimarios son aquellas personas que siempre tienen derecho a heredar. En relación con el art. 807 del CC, primero, serán legitimarios los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. Segundo, a falta de los anteriores, los padres y descendientes respecto de sus hijos y descendientes. Tercero, el cónyuge viudo en la forma y medida que establece el CC. El usufructo que presente el cónyuge viudo tendrá carácter vitalicio.

Como ya hemos nombrado, los legitimarios pueden ser tanto descendientes como ascendientes. Además, encontramos la figura del cónyuge viudo como legitimario. Por ello, atendiendo al art. 808 del CC, el cual expresa que, “Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contrario del testar, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*”.

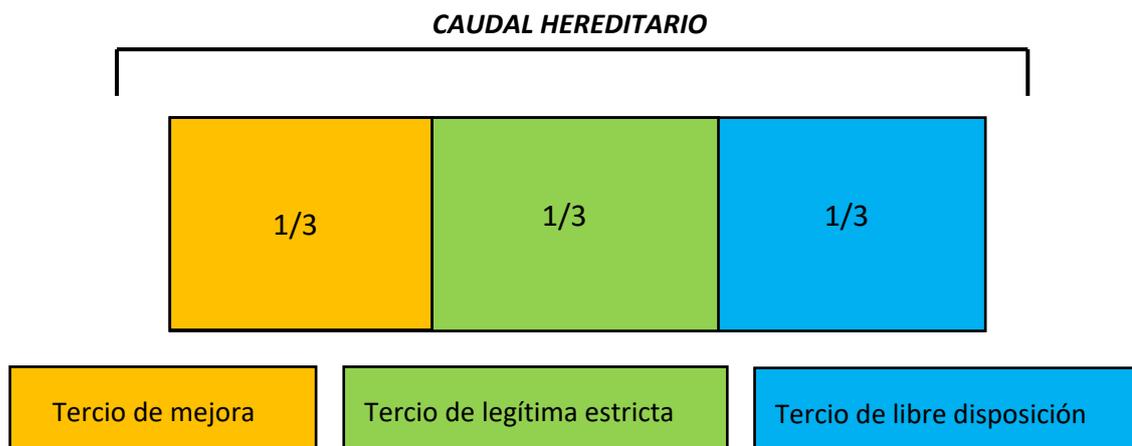


Figura 1. “Legítima de los descendientes, sin concurrencia con el cónyuge viudo”

(Art. 808 del CC)

La legítima de los ascendientes no es conmutable. Será pagada *in natura* con bienes que sean distintos del dinero, o con derechos patrimoniales económicos. Hablamos de una cuantía variable, y un segundo orden de llamamiento. Además, se excluye como legitimario al progenitor causante cuando haya sido condenado mediante sentencia penal firme, y cuando la filiación se constituya legalmente en contra de sus objeciones (art. 111 del CC). Del mismo modo, sabemos que existe preterición cuando no se nombra en el testamento a un descendiente pero se le dona en vida alguna cosa. Sin embargo, cuando se trata de un ascendiente o cónyuge viudo no puede utilizarse la figura de la preterición, porque la donación hecha en vida debe computarse a la legítima. Tras la reforma del art. 814 del CC, la donación que hagamos en vida se evalúa en la legítima, donde debe cubrirse la legítima individual. Con esto, intentamos que la legítima material esté completa, porque alcanzaría con la acción de suplemento si la legítima estuviera parcialmente cubierta (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2000, pp. 52-192).

Por otra parte, se puede encontrar como legitimario el cónyuge viudo. Según el Código Civil, como hemos mencionado anteriormente, pensamos que el viudo o viuda también son legitimarios “en la forma y medida” en cuanto a los efectos patrimoniales (art. 807.3 del CC). Por el contrario que los herederos, el viudo no sustituye al causante en su patrimonio. Por ello, según la ley, el viudo pasa a ser usufructuario de una cuota del patrimonio hereditario. Puede gozar de la titularidad de bienes concretos. Se trataría de derechos reales de usufructo sobre cada bien (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2008, p.906 y ss.)⁹.

La legítima del cónyuge viudo es un usufructo legal, parcial, susceptible de transformación en cuanto al pago e independiente del régimen económico matrimonial y de la situación económica del matrimonio. Cuando el testador tenga descendientes, será del usufructo viudal del tercio de mejora. En caso de que no haya descendientes, pero sí ascendientes, el viudo disfrutará del usufructo de la mitad de la herencia. Cuando no haya ninguno de los dos anteriores, el viudo disfrutará del usufructo de los dos tercios de la herencia.

2.1.2.2. La nulidad de las instituciones de heredero

De acuerdo con el art. 814 del CC, se produce la nulidad de la única o de todas las instituciones de los herederos por preterición no intencional o errónea, y la apertura de la sucesión *ab intestato*. Es por eso que el causante a la hora de otorgar el testamento desconocía la existencia de los legitimarios debido a un error o ignorancia de su voluntad. El testador si conociera la supervivencia del heredero preterido, no hubiera testado de la manera en qué lo hizo. La preterición está relacionada con la sucesión *ab intestato* y no con la legítima. Por ello, la preterición no intencional no protege la legítima, sino a los legitimarios como herederos intestados. Éstos son omitidos por el causante de forma involuntaria (MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, p. 5364)¹⁰.

⁹ Conforme a este autor, el usufructo tendrá efecto hacia el cónyuge viudo cuando en defecto del artículo 840 del CC “el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios”.

¹⁰ Este autor manifestó que “La nulidad de la institución de heredero solamente tiene explicación en cuanto perjudica a los preteridos en su cuota intestada. En los casos de preterición no intencional lo que se protege es la condición de heredero abintestato del preterido”.

Por consiguiente, estudiamos como todo testamento que no mencione a los hijos y descendientes, desconoce que los hijos son herederos *abintestato*. Atendiendo a RIBAS ALBA (1989), con la aparición de la legítima, ésta dio lugar a la “*querella inofficiosi testamenti*”, la cual proporcionaba la cuota intestada. Sin embargo, muchos autores no creían que dicha querella fuera aprovechada cuando se tratara de la figura de la preterición errónea, ya que los legados y fideicomisos serían nulos en el testamento. Es por ello, por lo que al encontrarnos ante una desheredación injusta, se anulará la institución de heredero siempre que perjudique al desheredado. La preterición no intencional o errónea no perjudica la cuota intestada.

Por lo expuesto, sabemos que también se produce la nulidad de todas las disposiciones patrimoniales, siendo aceptadas las disposiciones de contenido no patrimonial, como puede ser: el nombramiento del albacea, el funeral, la incineración del cadáver, etc. Y en el caso de preterición no intencional o errónea, el concepto de la preterición se contempla como causa de nulidad de la institución de heredero. Esta disposición la aplicamos siempre que se produzca una omisión de todos aquellos legitimarios que tenían sus derechos como herederos forzosos y cuando no fuera otra la voluntad del testador (art. 675 del CC)¹¹. Suponemos que si el testador hubiera tenido conocimiento de la existencia de sus hijos o descendientes no habría otorgado testamento o lo habría hecho con un contenido completamente distinto. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021, se produce una demanda en juicio ordinario para declarar nulo el testamento y la institución de herederos por los sobrinos del causante, el cual no tenía hijos, contra los vecinos (herederos instituidos por el causante), siendo éstos últimos quienes cuidaban del testador hasta su muerte. De ello, el juez desestima la demanda interpuesta. Por ello, se infringe el art. 675 del CC, que habla sobre la interpretación del testamento (era claramente ser instituidos herederos a los vecinos siempre con la condición de cuidar al causante) y voluntad del causante. Se produce una oposición a la jurisprudencia por la institución de herederos como modal (FD 2º).

¹¹ El testamento debe interpretarse con “que toda disposición testamentaria debe entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador”. Se debe tener presente cual era la íntegra voluntad del testador. Por tanto, el Código Civil extrae la consideración de la voluntad del causante mediante unos criterios básicos para llevar a cabo la interpretación testamentaria. Estos criterios tratan sobre el criterio subjetivista; que se trate de una voluntad real; y que se presente la primacía (art. 675 del CC).

Del mismo modo, la jurisprudencia en relación a su sentencia de 23 de enero de 2001, reconoce la anulación de las instituciones de herederos. Se presenta en el Juzgado de Primera Instancia una demanda en representación de un hijo menor de edad, pidiendo la anulación de institución de herederos de los hijos matrimoniales del causante, donde se manifiesta abierta la sucesión *abintestato* del mismo. Los hijos, oponiéndose, piden la validez del testamento puesto que se trata de preterición intencional. De ello se deduce que: se rechaza la anulación de herederos testamentarios así como la sucesión *abintestato*. Sin embargo, la demanda es revocada porque estamos ante la figura de preterición errónea; se consigue finalmente la anulación de institución de herederos y queda abierta la sucesión *abintestato*. Se expone que: cuando se trate de hijos extramatrimoniales deben tener los mismos derechos que el resto de hijos. “Ante la ley, todos los hijos ostentan los mismos derechos” (art. 14 de la CE). En consecuencia, y de acuerdo al art. 662 del CC, la herencia debe repartirse en partes iguales entre los hijos o descendientes del causante, una vez haya fallecido. No se tendrá en cuenta si los hijos son matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos, puesto que todos tienen los mismos derechos. En caso de que después de realizarse testamento hubiera nacido otro hijo, se presenta la preterición no intencional del mismo, donde la concepción del hijo debe ser posterior al otorgamiento del testamento (FD 3º y 4º).

Con la última voluntad del causante, consideramos que éste no podía saber que iba a tener otro hijo; no tenía especiales intenciones con respecto a su hijo extramatrimonial. La no referencia sobre el hijo es lógica y su preterición debe considerarse errónea o no intencional. Se presenta una infracción contra el art. 814 del CC, donde “se exige el respeto hacia la legítima de los legitimarios preteridos”. Se deben respetar las demás disposiciones testamentarias, debido a que la sentencia impugnada no las ha respetado al declarar la nulidad total del testamento. Además, estimamos que una vez producida la apertura de la sucesión *abintestato*, se cancela la discriminación por razón de origen matrimonial o extramatrimonial, considerándose preterido al hijo no matrimonial (FD 4º).

Aunque la sentencia de 10 de diciembre de 2014, afirma como un hijo legítimo del causante ha sido preterido por éste en el testamento; y como se declara la nulidad de institución de herederos, donde se afirma como únicos herederos a dos hijos del causante. Se

garantiza que: cuando la preterición no intencional o errónea sólo de algunos hijos y descendientes, afecta a “la validez estructural de lo ordenado por el testador para ajustar a Derecho los efectos que resulten lesivos de dicha declaración”. Dicha sentencia niega la nulidad de la institución de heredero al afirmar que la preterición “respeto la validez de lo ordenado por el testador”. En consecuencia, admite su caducidad por el transcurso de cuatro años desde el fallecimiento del causante (FD 2º).

Sabemos que la nulidad de las instituciones provoca que el testamento pase a ser un testamento imperfecto en relación a los efectos del art. 739 del CC. Por tanto, no se debe revocar un testamento anterior. Sin embargo, cuando se trate de la preterición intencional, ésta sí deroga un testamento que sea anterior. Pero, de acuerdo con el autor, podemos revocar un testamento anterior por uno que sea posterior, y además, podemos hacer que valga un testamento anterior y no el último que se hizo, si la voluntad del testador es que valga el primero que se hizo (VELA SÁNCHEZ, 2022, pp. 106 y ss.).

En definitiva, debemos mantener el testamento anterior, ya sea porque lo diga el testador en el posterior o porque quede claro que lo quiere, o porque sea razonable suponerlo a la vista del caso. Ambos testamentos son importantes y valen, manteniéndose lo dispuesto en aquél en todo lo que no sea contradictorio con éste. Cuando se trate de testamentos posteriores interpretativos, aclaratorios o particionales en relación con el art. 1056 del CC. También, cuando sea un testamento sin contenido patrimonial. Cuando sea un testamento posterior de cuyo tenor se desprende la voluntad de mantener la vigencia del anterior. Esta voluntad debe ser demostrada, pero no es preciso que se manifieste expresamente. Y en el testamento donde el testador se limita a restablecer los legados; el de institución hereditaria *ex parte*, y el de existencia de diversos testamentos que hacen referencia a un grupo distinto de bienes.

2.1.2.3. Apertura de sucesión intestada en la preterición errónea

Cuando se presenta la preterición no intencional o errónea es evidente la apertura de la sucesión intestada para poder satisfacer los derechos del preterido (art. 657 del CC). Al tratarse de la preterición de todos los hijos o descendientes la apertura es indudable. En caso de no abrirse la sucesión intestada; esto provocaría la reducción de las donaciones, debido a que todas las disposiciones que se encuentran en el testamento son nulas de pleno derecho. La

acción de reducción de donaciones es un procedimiento que da derecho a oponerse a un proceso legal válido diferente de la de preterición no intencional o errónea, es decir, es una limitación de la donación del fallecido en la medida en que su valor exceda un tercio de la libre disposición.

Sin embargo, cuando se trate únicamente de algunos de los hijos o descendientes, también se abre la sucesión intestada. En este caso, los preteridos deben atenerse a la disminución de sus cuotas intestadas debido a las mejoras y los legados, en caso de haberlos. Todo hasta el límite que presenta la legítima. Igualmente, pueden presentarse diferentes problemas por la legítima. Consideramos que se debe a que la legítima puede atribuirse mediante un legado o una donación, y la institución de heredero recae sobre la parte libre a favor de otro hijo o de un extraño.

Aplicando el art. 814.2.2 del CC, anulamos la institución de heredero para dar paso a la cuota intestada del preterido no intencionalmente. Mantenemos la voluntad del testador en todo lo demás. Con la preterición no intencional o errónea se intenta proteger la condición de heredero *abintestato* del preterido. Consideramos que dicho artículo se refiere a los hijos y descendientes, y por eso, la omisión de los restantes legitimarios, como el cónyuge o ascendiente, se trata en la regulación de la preterición intencional.

La preterición no intencional o errónea no perjudica la cuota intestada. A diferencia de cuando se trate del cónyuge viudo, la cual puede verse perjudicada hasta el límite de la legítima. Otorgamos la cuota de la legítima, que la tomaremos en consideración cuando no se vea satisfecha con la nulidad de la institución de heredero o cuando la institución de heredero del cónyuge del testador la lesione. Por el contrario, cuando se trate de la preterición intencional no se pone de manifiesto la apertura de la sucesión intestada. La preterición intencional es meramente voluntad de no declarar sobre el hijo. Por ello, consideramos que aquel testador que ignora de la existencia de un hijo o descendientes, no es el mismo que aquel que omite intencionadamente a un hijo. Aquí, se presenta la voluntad del testador. Consideramos que si al legitimario preterido intencionalmente le corresponde la legítima estricta, la legítima debería considerarse testamentaria porque se apoya en la voluntad del testador (art. 658 del CC).

Con la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, se presenta una acción de reclamación de filiación biológica de una hija no matrimonial contra los hijos matrimoniales del causante, donde se declara como heredera a la hija no matrimonial; se anula el testamento del causante y se reduce la institución de heredero. La hija presentaba una filiación adoptiva, siendo ésta errónea. Asimismo, se presenta un abuso de derecho, donde se intenta que no se pueda producir la reclamación de filiación de la hija, siendo de manera abusiva una acción donde simplemente se decide la filiación de la hija no matrimonial, afectando a la dignidad de la persona (FD 2º).

2.1.3. Efectos de la preterición no intencional o errónea

Atendiendo a GÓMEZ MARTÍN (2021, p. 6) y SERRANO ALONSO (2002, p. 223) vamos a analizar los efectos de la preterición. Los efectos son distintos dependiendo de los legitimarios que sean y del tipo de preterición de la que se trate. En este caso, analizamos los efectos de la preterición no intencional o errónea. Como ya hemos dicho, sabemos que la preterición errónea sólo se admite en relación de los hijos y descendientes, pero no respecto a otros legitimarios, como pueden ser ascendientes o el cónyuge. Además, de acuerdo con los autores, para que la preterición despliegue los efectos que le son propios será necesario que el legitimario no haya recibido nada en concepto de legítima. Y para conocer los efectos de la preterición, se debe tener en cuenta cual fue la intención del autor. Una vez conocida su intención, tenemos en cuenta los siguientes requisitos: si resultan preteridos todos los hijos y descendientes, o sólo algunos de ellos (art. 814 del CC).

2.1.3.1. La preterición errónea en el Código Civil Estatal

Cuando tratemos la preterición errónea de todos los hijos y descendientes, se anularán todas las disposiciones patrimoniales que se presenten. Pero, seguirán teniendo validez todas las disposiciones que no contengan un contenido patrimonial; como puede ser el nombramiento de un tutor, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, etc. Cuando esto ocurre se abre la sucesión intestada de toda la herencia, incluido el tercio de libre disposición. Además, los descendientes de otros descendientes que no hubieran sido preteridos, representarán al mismo en la herencia del ascendiente. No se considerarán preteridos. A título de ejemplo, los nietos que no fueran preteridos representarán a su padre en la herencia que a éste le corresponda. En

caso de que los legitimarios preteridos fallecieran antes que el causante, el testamento surtirá todos sus efectos, pero siempre tendrá preferencia lo acordado por el testador (VELA SÁNCHEZ, 2022, p. 103-105).

Por consiguiente, se pone de manifiesto con la STS de 9 de julio de 2002, la “auténtica voluntad que presenta el testador”, que, conociendo la existencia del legitimario lo omite de manera consciente. El legitimario “podría reclamar la parte de legítima estricta que le corresponde, pero no puede extenderse a la mejora o la legítima larga, de la que el causante puede disponer con libertad entre hijos y descendientes”. Sin embargo, la voluntad del causante desde un primer momento ha sido dejar al resto de hijos y descendientes la totalidad de la legítima estricta y las mejoras. Por ello, no se les puede privar a éstos de lo que les corresponde¹² (FD 2º y 3º).

Del mismo modo, al tratarse solamente de uno o algunos de los legitimarios preteridos, reduciremos las instituciones de heredero, pero seguirán valiendo las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título. Opinamos que todas las atribuciones que se encuentren dentro del tercio de libre disposición seguirán siendo válidas, pero serán reducidas en caso de que lo superen. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge no se anulará, pero se verá reducida si perjudica la legítima del preterido¹³. Y en el caso de todos los hijos o descendientes preteridos, cuando la cuota de la legítima no haya sido cubierta, se presenta un exceso de donaciones por el testador. El testador ha determinado todo lo que forma parte de la legítima global, es decir, de la estricta y de la mejora; todo independientemente del tercio de libre disposición. Lo que analizamos es que: una vez se produce la nulidad de las

¹² En la STS de 9 de julio de 2002, presentamos la declaración de un hijo matrimonial y su madre fallecida, donde se oponen a que dos hijos no matrimoniales del causante sean declarados herederos universales del mismo. Sin embargo, la magistrada desestima la demanda interpuesta por el hijo y madre fallecida, manifestando que: “se declara la paternidad del causante con respecto a los dos hijos no matrimoniales, siendo legitimarios preteridos intencionalmente del mismo”. Se intenta reintegrar la legítima estricta entre todos los hijos del causante por igual, según el art. 808 del CC.

¹³ En la sucesión de un ascendiente no hay preterición cuando un hijo que ha premuerto es llamado, y el testador no hace ninguna referencia a los descendientes que han premuerto, es decir, los nietos del causante. En este caso, se entiende que le suceden por su derecho de representación. Todo ello en relación con el art. 814.3 del CC.

disposiciones patrimoniales, no se puede satisfacer la legítima por un exceso de donaciones (art. 814.2 del CC).

2.1.3.2. La preterición errónea en Cataluña

La preterición en Cataluña se encuentra regulada en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat), relativo a las sucesiones. Más concretamente, en el art. 451 del mismo código. Entendemos por “preterido” a aquella persona que no se le atribuye nada en concepto de legítima, y que no ha sido desheredado por el testador.

Consideramos que el legitimario preterido puede tratarse de un descendiente que ha nacido después de otorgarse el testamento o de un descendiente, el cual, el legitimario ignoraba su existencia en el momento de concederse el testamento. En estos casos, el legitimario tiene derecho a que se produzca la nulidad del testamento, y se realicen los *codicilos* necesarios por el causante debido a la preterición errónea que se produce (GÓMEZ MARTÍN, 2021, pp. 37-39).

Sin embargo, se descartan algunos casos, como puede ser: cuando el causante instituye heredero a su cónyuge o a la pareja de hecho que convive con él. Atendiendo a GARRIDO MELERO (2009, pp. 967), lo habitual en Cataluña es que los cónyuges se instituyan herederos mutuamente. Además, el autor nos comunica que cuando se refiere a los hijos expresa “a uno o varios hijos”, es decir, el preterido y el instituido. Mientras que en caso del cónyuge sólo puede existir un preterido. Por tanto, debemos tener en cuenta que en los testamentos realizados en Cataluña se designa heredero al cónyuge o pareja de hecho (la institución de heredero al cónyuge es voluntaria y podrá ser mayoritaria, pero no preceptiva) aunque tengan hijos, la preterición errónea no puede dar lugar a la nulidad del testamento.

Cuestión importante es por qué no se introduce una excepción cuando otorgamos testamento en una persona “extraña”, teniendo otros hijos. Sabemos que el derecho de sucesiones es un derecho formal, por lo que la voluntad del causante la expresamos mediante unos modelos que están configurados por el ordenamiento jurídico. Por eso, antes de debatir entre la eficacia

e ineficacia de una disposición de última voluntad, debemos tener en cuenta lo previsto en la ley. Descartamos además, cuando el causante instituye como heredero a un único hijo; y cuando va a otorgar testamento y resulta que tenía más de un hijo o una estirpe de hijo premuerto. Aquí, tampoco podemos considerar que la preterición errónea dé lugar a la nulidad, porque iría en contra de la voluntad del testador. El causante ha preterido a un hijo ante otro. Por ello, si el testador deja constancia de su voluntad de hacer heredero sólo a uno de los hijos, no tiene sentido proteger a los legitimarios que puedan nacer.

También, descartamos cuando la relación de filiación se establece después del fallecimiento del causante. En este caso, el causante no puede tener la posibilidad de modificar el testamento “por mucho que tuviera conocimiento de la gestación del hijo, o hubiera autorizado la fecundación asistida *post mortem*”. Aquí, se recogen los supuestos de hijos póstumos, pero también casos de determinación judicial de filiación, donde el causante no puede pronunciarse personalmente ya que el proceso comienza después de su fallecimiento (FERNÁNDEZ DE LA PEÑA, 2016, pp. 51).

La preterición errónea en el Derecho Catalán presenta una doble vertiente: objetiva y subjetiva. En el primero de los casos, habrá omisión objetiva cuando el causante antes de tener hijos, o que estos sean legitimarios, otorga testamento. En el segundo caso, habrá omisión subjetiva cuando al otorgar el testamento desconocía la existencia del hijo ya nacido. En Derecho civil catalán, el caso más común es hacer testamento antes del nacimiento de los hijos. Y en ambos tipos de omisiones, la preterición errónea se determina temporalmente en el momento de otorgar testamento, siendo irrelevante el que suceda con posterioridad. Desde nuestro parecer, el CCCat ha acertado al considerar que el legitimario preterido debe tener la acción de ineficacia, y no la de nulidad. Si tenemos en cuenta que la preterición errónea protege la voluntad del causante, es más prudente que tenga la acción declarativa de ineficacia, porque de lo contrario, puede producirse una modificación sobrevenida del testamento.

2.1.3.3. La preterición errónea en Aragón

La ley de Derecho civil de Aragón se encuentra en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho

Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Más concretamente, en el libro tercero sobre derecho de sucesiones por causa de muerte, título I, capítulo IV. Regula en el art. 318 como el causante tiene total libertad para acondicionar su sucesión hereditaria sin más límites que teniendo respeto a la legítima.

En la ley de Aragón, pensamos que la preterición presenta como función: evitar que un legitimario quede excluido de la herencia sin haberlo querido así el causante, ya que éste desconocía de su existencia o por haber nacido después. Por ello, el preterido tiene derecho a una porción del caudal que le corresponde igual a la del menos favorecido por el testador. Atendiendo al art. 503 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA), “se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia”. Todos los legitimarios de grado preferente deben ser capaces de heredar al causante, por ello a los premuertos o infames no les afecta este precepto.

En relación a la preterición errónea, ésta comparece cuando el fiduciario (persona que es legatario del causante, el cual le confía en transmitir la herencia a otra persona, salvo que el causante haya dispuesto una cosa distinta) desconoce la existencia del legitimario de grado preferente. A título de ejemplo, el causante no menciona a ciertos descendientes que sí conocía pero que el fiduciario no. Además, según el art. 506 del CDFA, “la preterición es errónea cuando el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal, y en particular por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo”.

De este modo, reorganizamos lo preparado por el causante o su fiduciario, para poder darle al preterido lo que una persona le habría atribuido a un descendiente que no sabía de su subsistencia. En el caso de preterición errónea, tenemos un complemento a la voluntad del causante, donde se ve su intención más probable. Por ello, el art. 508.1 del CDFA señala que: el legitimario preterido de grado preferente tiene el derecho a obtener, después de las

reducciones necesarias, una parte del caudal relicto¹⁴. Además, más clases de consecuencias serían: cuando el legitimario de grado preferente haya sido preterido no intencionalmente y no haya sido elegido heredero ningún otro descendiente, producimos la delación legal del caudal relicto. También, cuando se ponga en peligro la legítima, el preterido erróneamente podrá reclamar la legítima colectiva frente a terceros. La solución para este tipo de consecuencias es igualar al preterido con el legitimario menos favorecido (GÓMEZ MARTÍN, 2021, pp. 41).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 25 de febrero de 2009, presenta como se otorga un testamento por el causante, quien era padre de cinco hijos matrimoniales y de una hija no matrimonial a la que no había reconocido legalmente. La hija no matrimonial determinó judicialmente su filiación después del fallecimiento del causante. La hija, exigía sus derechos sucesorios. Por ello, el tribunal manifestó si había preterición o no; con la cláusula testamentaria que había era suficiente para evitar la figura de la preterición, por eso, se dice que el causante era consciente de la existencia de la hija y así, evitar la omisión (FD 2º y 3º).

2.1.4. Hijos nacidos después de otorgado testamento

El causante que otorga testamento antes del nacimiento o adopción de un hijo causa la preterición que, en este caso, se califica como no intencional o errónea. Es evidente que el testador no conocía de la existencia del hijo. Su voluntad se valoró en función de la realidad que conocía en ese momento. Una vez conoce la existencia del hijo, debe cambiar el testamento. En caso de no hacerlo, la intención del testador deja de ser relevante. Algunos de los problemas en relación a los hijos sobrevenidos al testamento deben comprobarse mediante un reconocimiento formal o sentencia de filiación, debido a su carácter intencional o involuntario. Aquí, el descendiente obtiene su condición de heredero mediante sentencia de filiación después de que se haya producido el fallecimiento del causante. Se encuentra protegido por el art. 814.2 del CC. Debemos tener presente si el descendiente era conocido o no por el causante (GASPAR LERA, 2020, p. 225-263).

¹⁴ Este precepto da lugar a los efectos de la preterición, donde según el principio *standum est chartae* permitimos que el testador determine a un sucesor. Esta determinación no debe verse afectada por la aparición de descendientes preteridos no intencionalmente.

Justamente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 21 de febrero de 2019, declaró “el carácter no intencional de la preterición”. Se necesita un estudio de la instancia sobre la reclamación de paternidad, donde el causante no tenía constancia de la existencia de su hijo, cuando años después otorgó testamento. Se piensa que al tratarse de una reclamación donde el padre no conoce de la existencia del hijo o que es uno de los progenitores, se puede realizar la acción de filiación en el plazo de un año, la cual se expresa desde el conocimiento de los hechos. Pero este derecho, no lo podemos transmitir a los herederos (FD 1º y 2º).

Asimismo, en la sentencia de 29 de octubre de 2004, se realiza demanda en juicio declarativo reclamando la filiación extramatrimonial y la legítima de una hija extramatrimonial en contra de sus hermanos, donde se pide la reducción de la institución de heredero, así como de los legados y donaciones. Por ello, la magistrada declaró que se trata de una hija extramatrimonial la cual tiene derecho a su parte de legítima. Por tanto, se incumple el art. 814.1 del CC, ya que en la sentencia no se nombra el tipo de preterición formulada que presenta la hija extramatrimonial, siendo la misma calificada como preterición intencional, donde el causante podría haber cambiado su testamento pero no lo hizo. Además, se pide la reducción de institución del heredero y no la anulación (FD 3º). Y se denuncia la infracción del art. 14 de la CE, ya que se presenta una discriminación por parte de los hijos matrimoniales del causante y la hija no matrimonial. En relación a la demanda, es imposible conocer con exactitud el tipo de preterición de la que se trata. Esto se debe a que se pide la reducción de la institución de heredero, que se considera como preterición intencional. Pero también se pide la reducción de donaciones y legados, que corresponde a la preterición no intencional (FD 4º).

2.1.4.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 enero 2001

Atendiendo a la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2001, presenta una demanda para la anulación de institución de herederos de los hijos matrimoniales, y de este modo, se abre la sucesión *abintestato*. Sin embargo, se declara la validez del testamento del causante. Y el juez no estima la anulación de los hijos ni tampoco declara la sucesión *abintestato* del testador.

Conforme señala MIQUEL GONZÁLEZ (2002) la voluntad del causante “es una voluntad sana y manifestada que genera, modifica, transforma o extingue el derecho”. Por ello, consideramos que se prevé una infracción del art. 675 del CC, donde se necesita conocer la verdadera intención del causante. Y en caso de que la intención del testador sea insuficiente, habrá que argumentarse mediante otros medios de prueba (FD 3º).

En primer lugar, el testador “conoce de la existencia de un hijo extramatrimonial, al que atiende con todos los deberes (como puede ser la manutención del hijo) que se derivan de la relación paterno-filial”. En segundo lugar, el testador se abstiene de otorgar nuevo testamento. Pero, consideramos que se puede demostrar “la no intencionalidad de la preterición del hijo”¹⁵. Por ello, el testador no atribuye los mismos derechos que presentan los hijos matrimoniales al hijo extramatrimonial, a la hora de presentar su última voluntad en el testamento. Sin embargo, el causante no sabía que había nacido su hijo. Por tanto, la no referencia al mismo en el testamento es lógica. En tercer y último lugar, no es un elemento interpretativo de la última voluntad del causante el hecho que el testador no llevara a cabo el otorgamiento de un nuevo testamento, fuera o no conocedor de las consecuencias jurídicas que su conducta pudiera ejercer. El causante no volvió a otorgar testamento para establecer diferencias entre las porciones hereditarias de sus hijos, dejando las cosas tal como se encontraban. Se comprende, por tanto, el art. 814.2 del CC.

Considerando a DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (2011), manifiesta en relación al art. 814.2 del CC que la mejora comprende la institución de heredero. La mejora debe ser expresa o mostrar notoriamente la voluntad del causante. A título de ejemplo: como si hubiera instituido a un hijo y reconocido a otros la legítima estricta. Por ello, pensamos que cuando exista voluntad expresa de mejora por la institución de heredero, se debe incluir en el tercio de libre disposición. Sin embargo, el autor afirma que: si el causante instituye heredero a un hijo

¹⁵ Con la Constitución Española de 1978, en relación con los arts. 14 y 39 de dicha norma, “todos los hijos presentan los mismos derechos sin poder aplicar ninguna discriminación por su condición de hijos matrimoniales o extramatrimoniales”; así como si se trata de la adopción. Así, el art. 108 del CC ha sido modificado con respecto a la sucesión hereditaria de los padres. En consecuencia, según el art. 662 del CC “podrán testar todas aquellas personas que la ley no prohíbe”. Además, los bienes del progenitor deben repartirse en partes iguales entre sus hijos, ya sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos. Hay que tener presente que, debemos interpretar el testamento teniendo en cuenta los hechos que ocurren o se omiten durante los años siguientes a la realización del testamento. Pero en caso de que se trate de hijos nacidos después de otorgado testamento, la no intencionalidad de su preterición queda demostrada *ex re ipsa*.

dejando a los demás la parte de legítima que les corresponde, sin saber si se trata de la legítima corta o larga. Así, lo adecuado sería referirnos a la voluntad del causante. Del mismo modo, estamos de acuerdo con el autor y cavilamos que conforme al art. 851 del CC, "se anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima".

2.1.4.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 junio 2006

Referencia a la preterición no intencional o errónea con la procedencia del hijo extramatrimonial del causante concebido y nacido después de otorgado el testamento. Se presenta la omisión del causante donde ignora la existencia de su hijo. Por ello, se despliegan los efectos de la preterición errónea. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2006, revela la paternidad extramatrimonial del hijo menor de edad, donde la madre de éste interpuso la demanda notificando que su hijo era único y universal heredero del causante. Sin embargo, se propuso una demanda reconvencional donde se pedía según el art. 814.2 del CC, que se anulara la institución de heredero, conservando las mandas y legados que hubiese en el testamento. Así, se solicitaba la apertura de la sucesión intestada. Sin embargo, se estimó la demanda del hijo extramatrimonial menor de edad, declarando nulo el testamento otorgado, por la preterición errónea del legitimario menor. Se declaró, por tanto, como único heredero del causante ya que la otra hija menor de edad, al cumplir la mayoría de edad rechazó la herencia.

Atendiendo a GASPAR LERA (2020) se prevé como el legitimario no ha adquirido ninguna atribución en concepto de legítima, y por eso, se ha producido la preterición no intencional o errónea. El causante realiza la omisión del legitimario en el testamento, el cual fue concebido y nacido después de haberse otorgado. En este caso, consideramos que el causante ignoraba erróneamente la existencia del legitimario (art. 814.2 del CC). Además, como ya hemos nombrado en párrafos anteriores, no tenemos en cuenta la preterición al tiempo de la muerte en relación a si el testador conoce o desconoce de la existencia del legitimario. Por el contrario, al tiempo del testamento (FD 2º y 3º). En consecuencia, consideramos que se estima que el testador omitió al único legitimario, su hijo, y cuando conoció de su existencia no modificó el testamento, quedando viciado con el importante efecto de anulación de las

disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. Se infringe con esto el art. 814 del CC. En el caso que se plantea, se presentaban dos defectos o vicios importantes: existía la imprevisión relativa al nacimiento de un hijo con posterioridad al testamento (*ex re ipsa*). Y además, existía un error en la condición de “reconocible” del presunto hijo y, por tanto, un casi seguro defecto causal en la institución testamentaria como heredero de ese “hijo” del testador. Es decir, la institución de heredero realizada se hace con la previsión, finalmente no cumplida, de que el instituido alcanzará la determinación de su filiación mediante el reconocimiento; donde finalmente el causante reconoce al hijo legítimo. En definitiva, se estima el recurso de casación debido a que se presentan disposiciones contradictorias, en relación al art. 1692 de la LEC. La preterición en un principio es intencionada; no obstante, presenta efectos totalmente diferentes. Se conoce la existencia de un hijo, legítimo, con posterioridad al otorgamiento del testamento y se mantuvo, sin modificarlo, hasta su muerte. Y por tanto, se presentan los efectos de la preterición errónea; siendo la nulidad de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, ya que el preterido es hijo del causante y único legítimo de sus bienes.

2.2. Diferencias con la preterición intencional

Como hemos mencionado anteriormente, presentamos diferentes efectos en relación con el tipo de preterición de que se trate. La preterición intencional es aquella que se produce por el testador de manera intencionada y deliberada, donde no hace mención del legítimo ni le atribuye ninguna disposición de contenido patrimonial. El causante conoce la existencia de éste. Se trata de aquella que es querida por el testador (SERRANO ALONSO, 2002, p. 223-225).

Atendiendo a los efectos, cuando se trate de cualquiera de los legítimos, el testamento será válido y procederemos a las reducciones de las legítimas del resto de los legítimos. Con ello conseguimos una nueva distribución donde el legítimo preterido podrá ser incluido¹⁶. Por consiguiente, consideramos que la preterición intencional supone la omisión en el

¹⁶ En los efectos de la preterición intencional, en caso de no ser suficiente la nueva distribución de las legítimas de los legítimos para que el hijo preterido pueda tener la parte de cuota que le corresponde, se pueden anular el resto de mandas y legados. De esta forma, se pueden obtener los bienes precisos para la atribución de la legítima del preterido.

testamento del heredero forzoso sin desheredarlo expresamente. De esta manera, según el art. 813 del CC, “el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley”. La preterición intencional presenta un efecto propio que consiste en el ingreso del legitimario en la comunidad hereditaria. De esta forma, el legitimario adquiere de pleno derecho su legítima con cargo al caudal hereditario. Todo esto, una vez se ha reconocido la auténtica condición de legitimario del preterido. Por tanto, para poder cubrir la legítima del preterido se reducirán las porciones de los herederos instituidos por el testador. Sin embargo, nunca pueden ser perjudicadas sus legítimas. Y en caso de que no sea suficiente, se reducirán, subsidiariamente, los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

Por otro lado, GÓMEZ MARTÍN (2021, p. 9) sostiene que el carácter que tiene la preterición intencional debe ser probado por la persona preterida. De acuerdo con el autor, debemos presenciar un propósito voluntario y deliberado del testador de omitir al legitimario en el testamento. La persona preterida no debe haber recibido ninguna cuota en concepto de legítima, porque, en caso contrario, nos encontramos ante la acción de complemento de la legítima según el art. 815 del CC.

3. Conclusiones

En este trabajo hemos intentado comprender la preterición errónea, con especial referencia a los hijos sobrevenidos al testamento, para poder proteger sus derechos como legitimarios. En definitiva, presentamos las siguientes conclusiones:

Primera. - Disposiciones testamentarias de la preterición por las que el causante dispone de sus bienes y derechos. La preterición como figura de protección de los derechos de legitimarios.

La preterición es la omisión voluntaria o involuntaria de uno o más legitimarios por parte del causante. Consideramos que la primera se produce cuando el causante desea desheredar a la persona; la segunda sucede cuando se desconoce la existencia del legitimario. Pensamos que el causante debe expresar con claridad su voluntad a la hora de posicionar a los hijos y descendientes en la sucesión. Si el testador no instituye ni deshereda a sus hijos, pasan a ser sucesores intestados, donde no reciben nada en concepto de legítima.

La preterición no perjudica la legítima. Trata de la omisión formal de un legitimario. La preterición se presenta cuando el causante ha fallecido, y no cuando se otorga el testamento. Consideramos que los herederos son copropietarios de los bienes familiares del causante. Además, para que la preterición despliegue sus efectos, será necesario que el legitimario no haya recibido nada en concepto de legítima. Por ello, pensamos que no puede existir la preterición cuando el hijo o descendiente recibe una donación en vida del causante. El testador puede mencionar al hijo, manifestando que no le deja nada por haberle hecho ya una donación, independientemente de que sea verdad o no.

Consideramos que con la preterición se reduce la institución de heredero antes que los legados y las mejoras. Además, el legitimario debe haber nacido y estar vivo cuando se produce el fallecimiento del causante, para que así, la preterición produzca todos sus efectos. No importa que el legitimario no hubiera nacido cuando el testador otorga testamento.

Segunda. – Protección de los hijos o descendientes mediante la preterición no intencional o errónea.

La preterición errónea sólo podemos considerarla cuando se trata de los hijos y descendientes que actúan como legitimarios del causante. Consideramos importante que no protege la legítima, sino a los legitimarios. Según la doctrina, es aquella omisión producida de manera involuntaria en el testamento. Muchos autores piensan que su función principal es proteger la cuota intestada. Por ello, consideramos que aunque el art. 657 del CC (fallecimiento del causante), coincide con el llamamiento de la sucesión intestada, necesitamos la declaración de heredero *abintestato* para poder realizar los derechos sucesorios. Además, con la preterición errónea se presenta la acción de nulidad de la institución de heredero y disposiciones patrimoniales, donde se produce la sucesión *abintestato*.

Con la preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, sabemos que el preterido puede reclamar su cuota intestada y su legítima, si le interesa, en caso de no quedar cubierta por los bienes relictos. Por otra parte, cuando se trate de algunos descendientes que han sido preteridos, lo que intentamos proteger es la cuota intestada de los mismos, estando limitada por los legados y mejoras que ordena el testador.

Tercera. - Revocabilidad del testamento por el causante, cuando estamos ante la nulidad de las instituciones de heredero, y la apertura de la sucesión intestada.

Una vez estamos ante la figura de la preterición errónea, en relación al art. 814 del CC, se produce la nulidad de las instituciones de heredero. Por ello, de acuerdo con muchos autores, tenemos en cuenta que el causante desconocía la existencia del legitimario a la hora de otorgar testamento. Serán legitimarios aquellos hijos y descendientes, pero no figuran los ascendientes y el cónyuge viudo dentro de la figura de la preterición errónea. Además, se anulan las disposiciones patrimoniales. Sin embargo, las disposiciones de

contenido no patrimonial son aceptadas. De este modo, con la nulidad producimos que el testamento pase a ser un testamento imperfecto, donde pierde la debida solemnidad. Así, importante es la última voluntad del causante. Por ello, no podemos revocar un testamento que sea anterior; únicamente se revocará el testamento último, hasta que se produzca el fallecimiento del causante. Entonces, surtirá sus efectos el último testamento. Pero, consideramos que únicamente tendrá valor un testamento anterior al posterior si, el causante, decide cambiarlos. De esta forma, surtirá efectos el que ha elegido el causante como última voluntad.

Cuando se trate de preterición errónea, con la nulidad de la institución de heredero, consideramos que concedemos la apertura de la sucesión intestada, donde se tiene presente en todo lo demás la voluntad del causante. De este modo, podemos otorgar la contribución de la legítima. Sin embargo, cuando estemos ante la preterición intencional, no se abre la sucesión intestada, debido a que no hay una intención de mencionar al hijo.

Cuarta. Los efectos de la preterición errónea, incluyendo a otras Comunidades Autónomas.

La intención del autor tiene un papel fundamental en la preterición errónea para conocer sus efectos, pues es necesario saber si han sido preteridos todos los descendientes o sólo alguno de ellos. Por eso, consideramos que cuando se trate de todos los descendientes, se anulan las disposiciones de contenido patrimonial y se abre la sucesión intestada. Además, estamos a favor que cuando se trate de algunos descendientes, solamente se reducirán las instituciones de heredero, siendo aptas las mejoras y mandas, según el Código civil estatal.

Del mismo modo, encontramos efectos diferenciadores al tratarse de diferentes CC.AA. En relación a Cataluña, consideramos que los descendientes preteridos tienen derecho a que se declare la nulidad del testamento. Sin embargo, cuando el causante instituye como heredero a un único hijo, o tenía más de un hijo o una estirpe de hijo premuerto, la preterición errónea no da lugar a la nulidad, ya que va en contra de la voluntad del testador.

Consideramos, pues, que el Derecho civil catalán al otorgar testamento antes del nacimiento de los descendientes, presenta la preterición errónea.

Por otro lado, conforme al Derecho civil aragonés, otros de los efectos que se encuentran es que “son preteridos aquellos legitimarios de grado preferente”, donde razonamos que al preterido se le asigna una porción del caudal igual que el del menos favorecido. De igual modo, es muy importante tener presente la voluntad del causante.

Quinta. - Importancia del art. 814 del CC en relación a los hijos sobrevenidos al testamento.

Estando de acuerdo con varios autores, la preterición del descendiente sobrevenido al testamento por nacimiento o adopción supone la ausencia de relación jurídica entre causante y preterido al tiempo de otorgar el testamento, lo que explica su calificación como no intencional y, en consecuencia, la anulación de la institución hereditaria o de todas las disposiciones patrimoniales. Según la doctrina, consideramos que cuando la superveniencia del descendiente necesita de una sentencia de filiación, se plantean frecuentes problemas como puede tratarse de la determinación del tipo y efectos de la preterición, así como en el ejercicio de distintas acciones sucesorias.

Cuestión importante que tengamos en cuenta es que debemos considerar el conocimiento o ignorancia del causante sobre el hijo o descendiente, en relación a su vínculo biológico; donde razonamos que es la filiación determinada de manera legal. Además, con respecto a las acciones sucesorias, debemos tener en cuenta que en la preterición errónea el plazo de aplicación es de 4 años desde la sentencia de filiación, o desde el momento del fallecimiento del causante.

Sexta. – Voluntad intencionada que presenta el causante a la hora de otorgar testamento.

Consideramos que todo testamento debe realizarse teniendo en cuenta la voluntad del testador. Esto es importante, porque no se conocen las consecuencias reales por las que el

testador no ha nombrado al legitimario, de manera voluntaria o involuntaria. Sin embargo, no sería justo que algunos legitimarios sí tengan ese derecho y otros no, cuando se demuestra mediante la prueba que también deben tenerlo. Consideramos que, en la preterición intencional, el causante conoce de la existencia del legitimario. Por ello, se tiene en cuenta el testamento que está hecho y, se reducirán las legítimas del resto de legitimarios para poder equilibrar la porción que le corresponde al legitimario preterido. Además, el carácter intencional debe ser demostrado por la persona preterida.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *Compendio de Derecho sucesorio*. 3ª ed. Madrid: La Ley (grupo Wolters Kluwer), 2011.

DIAZ MARTÍNEZ, MJ. *Sucesión abintestato en el Derecho Romano*. Eva María Polo Arévalo. Universidad Miguel Hernández, Derecho Romano, Elche, 2015.

FERNÁNDEZ DE LA PEÑA, M. *La preterició de legitimaris en el dret civil de Catalunya*. Director: Esteve Bosch Capdevila. Universidad Rovira i Virgili, Derecho sucesiones, Tarragona, 2016.

GARRIDO MELERO, M. *Derecho de Sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2009.

GASPAR LERA, S. "Preterición de descendiente sobrevenido al testamento. Calificación y acciones sucesorias tardías". *Revista de Derecho Civil*. 2020, vol. 7, núm.5, pp. 225-263. ISSN 2341-2216. Disponible en:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8-RsxobVigkJ:https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/581/504+&cd=15&hl=es&ct=clnk&gl=es>

<https://nreg.es/ojs/index.php/RDC>

GÓMEZ MARTÍN, S. *La preterición y la desheredación: con referencia a los derechos forales*. Director: Juan Antonio García García. Universidad de La Laguna, Disciplinas Jurídicas Básicas, Tenerife, 2021.

GONZÁLEZ POVEDA, P. y SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. *Derecho de Sucesiones*. 1ª ed. Madrid: La Ley, 2006.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *Derecho de Sucesiones, tomo I*. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 1971.

- T. V- Sucesiones. Elementos de Derecho Civil. 2ª ed. Madrid: Dyckinson, 2009.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *La Conmutación de la Legítima*. 1ª ed. Madrid: Tecnos, 2000.

- *Derecho de Sucesiones: concepto y presupuestos de la preterición*. 1ª ed. Madrid: Tecnos, 2000.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 2002.

MONDRAGÓN MARTÍN, H. *La legítima en el derecho español*. Director: Federico Arnau Moya. Universidad Jaime I, Derecho Civil, Castellón de la Plana, 2019.

MONJE BALMASEDA, O. y HERRÁN ORTIZ, A.I. *Cuadernos teóricos Bolonia. Derecho Sucesorio. Cuaderno I. La sucesión mortis causa: delación y la incapacidad para suceder. Aceptación y repudiación de la herencia. Las legítimas, las reservas, comunidad hereditaria y la partición*. 2ª ed. Madrid: Dyckinson, 2017.

PÉREZ RAMOS, C. *Cuestiones prácticas sobre Herencias para especialistas en Sucesiones*. 2ª ed. Madrid: Francis Lefebvre, 2019.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *La herencia y las deudas del causante*. 3ª ed. Granada: Comares, 2008.

RIBAS ALBA, J.M. *Querella Inofficiosi Testamenti fundamentos y régimen clásico*. Director: José Luis Murga Gener. Universidad de Sevilla, Ciencias jurídicas básicas, Sevilla, 1989.

RIVERA FERNÁNDEZ, M. *Preterición en el Derecho Común Español*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

- *La preterición en el derecho común español*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.

SERRANO ALONSO, E. *Manual de Derecho de Sucesiones*. 2ª ed. Madrid: Edisofer S.L., 2002.

VELA SÁNCHEZ, A.J. *Derecho Civil para el grado V. Derecho de Sucesiones*. 3ª ed. Madrid: Dyckinson, 2022.

ZUBERO QUINTANILLA, S. “Desafíos de Derecho de sucesiones en el siglo XXI: Una reforma esperada y necesaria”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2020, núm. 12, pp. 778-795. ISSN: 2386-4567. Disponible en:

<http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/03/26. Sara Zubero pp. 778-795.pdf>

Legislación citada

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, p. 29313-29424.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229&p=20110927&tn=1>

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. *Boletín Oficial de Aragón*, 29 de marzo de 2011, núm. 67, p. 6490-6616.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOA-d-2011-90007>

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero del 2000, núm. 7, p. 575-728.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. *Boletín Oficial del Estado*, 19 de noviembre del 2003, núm. 277, p. 40852-40863.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21053>

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. *Boletín Oficial del Estado*, 19 de mayo de 1981, núm. 119, p. 10725-10735.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-11198>

Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de agosto de 2008, núm. 190, p. 33735-33788.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-13533>

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid», 25 de julio de 1889, núm. 206, p. 249-259.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Jurisprudencia referenciada

2001

STS de 23 de enero de 2001, Roj: STS 306/2001 - ECLI:ES:TS:2001:306, FD 3º y 4º

2002

STS de 9 de julio de 2002, Roj: STS 5118/2002 – ECLI:ES:TS:2002:5118, FD 2º y 3º

2004

STS de 29 de octubre de 2004, Roj: STS 6979/2004 - ECLI:ES:TS:2004:6979, FD 3º y 4º

2006

STS de 22 de junio de 2006, Roj: STS 3616/2006 - ECLI:ES:TS:2006:3616, FD 2º y 3º

2009

SAPZ de 25 de febrero de 2009, Roj: SAPZ 241/2009 – ECLI:ES:APZ:2009:241, FD 2º y 3º

2010

STS de 31 de mayo de 2010, Roj: STS 2654/2010 – ECLI:ES:TS:2010:2654, FD 1º

2014

STS de 10 de diciembre de 2014, Roj: STS 695/2014 – ECLI:ES:TS:2014:695, FD 2º

2015

STS de 12 de enero de 2015, Roj: STS 260/2015 - ECLI:ES:TS:2015:260, FD 2º

2017

SAPC de 29 de septiembre de 2017, Roj: SAPCO 830/2017 – ECLI:APCO:2017:830, FD 1º

2019

SAP de 21 de febrero de 2019, Roj: SAP CR 2019/179 – ECLI:ES:APCR:2019:179, FD 1º y 2º

2020

STS de 23 de junio de 2020, Roj: STS 2070/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2070, FD 2º y 3º

2021

STS de 3 de marzo de 2021, Roj: STS 858/2021 - ECLI:ES:TS:2021:858, FD 2º

Listado de Abreviaturas

CC.AA	Comunidades Autónomas
art.	artículo
CC	Código Civil
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
ss.	siguientes
p.	página
pp.	páginas
RD	Real Decreto
ed.	edición
FD	Fundamento de Derecho
CE	Constitución Española
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
CCCat	Código Civil Catalán
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón