

PRETERICIÓN DE DESCENDIENTE SOBREVENIDO AL TESTAMENTO

Calificación y acciones sucesorias tardías

Silvia Gaspar Lera

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

TITLE: *Preterition of supervening descendant. Characterization and late legal actions*

RESUMEN: La preterición de descendiente sobrevenido al testamento por nacimiento o adopción supone la ausencia de relación jurídica entre causante y preterido al tiempo de su otorgamiento, lo que explica su calificación como no intencional y, en consecuencia, la anulación de la institución hereditaria o de todas las disposiciones patrimoniales. Recientes resoluciones judiciales evidencian que cuando la superveniencia del descendiente trae causa de un reconocimiento formal o de una sentencia de filiación se plantean frecuentes problemas que conviene analizar, centrados principalmente en la determinación del tipo y efectos de la preterición, así como en el ejercicio entremezclado, y muchas veces tardío, de distintas acciones sucesorias.

ABSTRACT: *The preterition of descendants arising after testament implies the absence of legal relation, at the moment it is made, between the testator and the forced heirs, so it is unintentional and intestate succession shall occur. Recent case law reveals that in case of child determining his filiation by final judgement there are frequent conflicts and important concerns without legal solutions that must be taken into consideration. Problems are focused on both the characterization and consequences of the figure and the appropriate legal actions in this matter, mainly in relation with late exercise of legal proceedings by the omitted descendant.*

PALABRAS CLAVE: Preterición, testamento, herencia, legítima, descendientes sobrevenidos.

KEY WORDS: *Preterition, testament, inheritance, forced share, supervening descendants.*

SUMARIO: 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: MOMENTOS RELEVANTES EN LA PRETERICIÓN. 2. CALIFICACIÓN Y EFECTOS DE LA PRETERICIÓN DE DESCENDIENTE SOBREVENIDO. 2.1. *Punto de partida: criterio de calificación de la preterición.* 2.2. *Preterición de descendiente sobrevenido en virtud de reconocimiento formal o de sentencia de filiación.* 2.2.1. Filiación biológica y filiación jurídica en la preterición. 2.2.2. Preterición de descendiente que obtiene sentencia de filiación después del fallecimiento del causante. 2.3. Sobre la eficacia de las cláusulas testamentarias de mención genérica de eventuales legitimarios. 3. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN TORNO A LAS ACCIONES SUCESORIAS DEL PRETERIDO. 3.1. *Incidencia de las acciones tardías de filiación sobre las acciones sucesorias del preterido.* 3.2. *Preterición y acción de petición de herencia.* 3.2.1. Autonomía de las acciones de preterición y de petición de herencia. 3.2.2. Sobre la acumulación de las acciones de preterición y de petición de herencia. 3.3. *Eficacia de la partición practicada sin el preterido en testamento.* 3.3.1. Preliminar. 3.3.2. Repercusión de la preterición testamentaria intencional sobre la preterición particional. 3.3.3. Repercusión de la preterición testamentaria no intencional sobre la preterición particional. 3.4. *Un apunte final en materia de usucapión de los bienes hereditarios.* 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: MOMENTOS RELEVANTES EN LA PRETERICIÓN

No es el propósito de este trabajo entrar a fondo en el estudio de la compleja figura de la preterición, aunque será preciso recordar algunos de los tradicionales debates a que ha dado lugar, con la finalidad de lograr una mejor orientación en la búsqueda de respuestas apropiadas a los problemas que plantea la omisión en el título sucesorio de un descendiente sobrevenido. Precisamente resulta inexcusable, a falta de un concepto de preterición en el Código civil, hacer referencia a su función y a los casos en que se produce, lo que cabe inferir de la regulación de sus efectos. Atendiendo al art. 814, la omisión consciente de un legitimario únicamente le da derecho a exigir la legítima, confiriéndole la no intencional acción para pedir la nulidad de todas las disposiciones testamentarias o de la institución de heredero. Parece claro que en cuanto mecanismo de protección de la legítima la preterición no se diferencia de otros supuestos de hecho de lesión cuantitativa, lo que permite afirmar que su función propia consiste en evitar que un legitimario quede excluido de la herencia sin haberlo querido así el causante¹.

Partiendo de este planteamiento, en relación con el supuesto concreto de la preterición de un descendiente sobrevenido habrá que considerarla no intencional si el título sucesorio se otorgó antes de su nacimiento o adopción, pues el disponente no pudo tenerlo en cuenta. Mención aparte merece el caso en que la superveniencia se produce como consecuencia de un reconocimiento formal o de una sentencia de filiación, pues como habrá ocasión de comprobar se plantean singulares problemas, carentes de una respuesta segura, fundamentalmente en lo que se refiere a la determinación del carácter intencional o no intencional de la preterición y a los cauces adecuados para reclamar el preterido sus derechos.

En cuanto a lo primero, basta ahora apuntar lo siguiente: de un lado, que a diferencia de los nacidos o adoptados con posterioridad al testamento, resulta necesario distinguir entre filiación jurídica y biológica; de otro lado, si para el caso de una sentencia de filiación posterior al fallecimiento del causante cabe excluir el efecto anulatorio de sus disposiciones testamentarias, por resultar presumible que así lo quisiera.

¹ Sobre la naturaleza formal de la preterición y las diferentes opiniones doctrinales en este tema: DE PABLO CONTRERAS, P., «Sobre el concepto y los efectos de la preterición en el Código civil», en *Estudios jurídicos: libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna*, vol. II, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, La Laguna, 1993, pp. 615 y ss. y MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a, «La preterición», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Madrid, Civitas, 2003, pp. 5342-5346.

Por lo que se refiere a las acciones judiciales que puede ejercitar el preterido, también hay asuntos que invitan a la reflexión, señaladamente cuando se promueven mucho tiempo después del fallecimiento del causante, como suele suceder en los supuestos indicados. En particular, se impone detenerse en el examen de aspectos dudosos, pero esenciales, como el plazo y cómputo de la acción de preterición, la procedencia de la acción de petición de herencia en caso de haber transcurrido el anterior y la incidencia de los efectos de la omisión testamentaria en la partición que hubieran practicado los instituidos.

Antes de entrar en el examen detallado de las cuestiones planteadas, conviene tener presente que solo puede ser preterido quien acredita su condición de legitimario respecto del causante, lo que no cabe antes de la apertura de la sucesión. Por eso, si el fallecido ha dejado hijos biológicos no reconocidos ni hay declaración judicial de filiación carecerán de legitimación para reclamar lo que por preterición les corresponda. Cuestión diferente es la calificación de la omisión como consciente o no intencional, imprescindible para determinar sus efectos. Aunque el Código civil no contiene criterio específico, se asume que lo que se juzga es el conocimiento o no por el causante, en el momento de testar, de la existencia o condición de legitimario del descendiente preterido². Por consiguiente, reconocido el hecho de la preterición, habrá que declararla no intencional si tuvo lugar por ignorancia o imprevisión del disponente y será consciente o intencional si dispuso a favor de otros teniendo presente al descendiente, aunque no conste su relación jurídica.

La misma pauta siguen los derechos forales, por expresa disposición legal en algunos y según la opinión doctrinal en otros³. Sin embargo, en cuanto a los efectos que produce cada uno de los tipos de preterición, hay variaciones relevantes entre ellos y respecto de las soluciones que adopta el Código civil, pues como veremos no todos los ordenamientos abordan los problemas en esta materia desde el mismo punto de vista.

Precisamente por ello, en el marco de estas consideraciones preliminares procede referirse también a los conflictos interregionales e intertemporales que pudieran surgir como consecuencia del distanciamiento entre el otorgamiento del testamento y la

² En este sentido: STS 22 junio 2006 (ECLI: ES:TS:2006:3616) y STS 31 mayo 2010 (ECLI: ES:TS:2010:2654), siendo en ambas ponente: X. O'CALLAGHAN MUÑOZ.

³ Solo en el Fuero Nuevo de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo, modificada y actualizada por la Ley foral 21/2019 de 4 de abril) resulta irrelevante la distinción, pues únicamente importa el hecho objetivo de la atribución formal de la legítima (cfr. ley 267). Cualquier mención, solemne o no, evita la preterición y en su defecto el legitimario tendrá derecho a la cuota hereditaria que por sucesión legal del causante le hubiera correspondido (cfr. ley 271).

apertura de la sucesión⁴. Aunque se ha generado una discusión fundada al respecto, es decir, sobre la ley con arreglo a la cual se debe apreciar el hecho de la preterición y concretar sus efectos, la solución debe buscarse en el segundo inciso del art. 9.8 CC en relación con el cambio de vecindad civil del disponente, y en la disposición transitoria duodécima del mismo texto legal respecto de los casos en que su ley personal sufre una modificación. Estas normas permiten afirmar que el régimen jurídico aplicable al contenido de un testamento o pacto viene determinado por la ley personal del causante vigente al tiempo de ordenar la sucesión (ley del título sucesorio), no la del momento del fallecimiento (ley de la sucesión)⁵. Otra solución, considerando las diferencias sustanciales que pueden existir entre una y otra, podría violentar los cálculos y previsiones en que el causante se basó teniendo presente el marco legal en el que debía encuadrarse su voluntad⁶. Únicamente habrá que ajustar las legítimas, según establecen las mencionadas normas de conflicto, lo que procede entender en el sentido de tener que acomodar el *quantum* al nuevo sistema legitimario contenido en la ley de la sucesión⁷.

Por las razones apuntadas no comparto la decisión a la que llega la RDGRN de 12 junio 2017 (BOE 5 de julio) que trae causa de un testamento otorgado en San Sebastián bajo el régimen del Código civil, en el que el causante instituía heredero al que entonces era su único hijo. Aunque posteriormente tuvo otros dos hijos no matrimoniales, falleció sin modificar sus disposiciones *mortis causa*, resultando aplicable a la sucesión la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, que equipara la preterición, intencional o no, de un descendiente heredero forzoso al apartamiento (cfr. art. 48.4). La registradora de la propiedad suspendió la inscripción de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia por apreciar que había preterición. Interpuesto recurso contra

⁴ Para un examen de las diversas interpretaciones doctrinales de las normas aplicables a este tipo de conflictos, me remito al trabajo de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Legítimas y Derecho interregional», en *Tratado de legítimas*, coordinadora: TORRES GARCÍA, T. F., Barcelona, Atelier, 2012, pp. 162-163.

⁵ Tal es el criterio en las sucesiones con repercusión transfronteriza, a la luz de lo establecido en los arts. 24.1 y 26 del Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

⁶ En este sentido: CALATAYUD SIERRA, A., «Conflictos de leyes en la sucesión por causa de muerte», en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I, volumen 1º, segunda edición, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2015, pp. 1021-1023 y FONT SEGURA, A., «La sucesión hereditaria en el Derecho interregional», *Anuario de Derecho Civil*, 2000, pp. 47-51.

⁷ Aunque deba admitirse que la correspondiente acomodación no siempre será plenamente satisfactoria con la índole del sistema legitimario que proceda aplicar. Por poner un ejemplo, si se trata de adaptar la legítima estricta de la ley del título sucesorio a una legítima colectiva regulada en la ley de la sucesión, habrá que ajustar aquella a la dimensión establecida en la nueva regulación, sin designación de favorecido, y el eventual carácter inoficioso de las atribuciones a extraños deberá medirse con referencia a la nueva porción libre.

esta calificación, el Centro Directivo interpretó que el problema planteado era de legítima y resolvió que los dos hijos sobrevenidos habían sido apartados de la herencia y nada podían reclamar. Creo, sin embargo, que la cuestión debió abordarse aplicando el art. 814.II CC y la doctrina que lo interpreta, lo que conducía a calificar la omisión como preterición no intencional de los dos hijos sobrevenidos, que en consecuencia podían instar la nulidad de la institución hereditaria. El hecho de que la ley de la sucesión permita al que otorga testamento bajo su vigencia apartar a uno o varios de sus legitimarios, no significa que deban dejarse sin efecto las disposiciones acordadas en el testamento anterior a su entrada en vigor, lo que resulta congruente con la idea de que la voluntad del causante es el criterio que debe regir la sucesión, como establece en el art. 4 la propia ley vasca 5/2015 de 25 de junio.

2. CALIFICACIÓN Y EFECTOS DE LA PRETERICIÓN DE DESCENDIENTE SOBREVENIDO

2.1. *Punto de partida*

Como hemos visto, una vez reconocido el hecho de la preterición, para determinar si ha sido intencional o no y concretar sus efectos, de lo que se trata es de atender a los hechos que permiten constatar si el demandante era conocido o no por el causante, no de formular hipótesis sobre la posible razón de la omisión del legitimario. El Código civil asocia la omisión consciente de un descendiente a la reducción de la institución de heredero para detraer la legítima⁸; y si el silencio obedece a la ignorancia o imprevisión sobre su existencia, establece como sanción la anulación de la institución de heredero

⁸ Aunque en la doctrina la cuestión ha sido discutida (cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a, «La preterición», cit., pp. 5367-5370), la jurisprudencia interpreta que la cuota legitimaria del preterido que concurre con otros descendientes legitimarios alcanza al tercio de legítima estricta, porque el principio de respeto de la voluntad del testador obliga a mantener la disposición testamentaria, salvo en lo que atente al mínimo legal que debe percibir el legitimario, por aplicación de los arts. 808 y 823 CC; solo si el instituido heredero no tiene la condición de descendiente legitimario (o únicamente la tendría en defecto de otros de rango preferente) procederá reducir la institución en cuanto a las dos terceras partes del haber hereditario. En este sentido: STS 9 julio 2002 (Ponente: X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, ECLI: ES:TS:2002:5118) y STS 7 octubre 2004 (Ponente: C. AUGER LIÑAN, ECLI: ES:TS:2004:6286) cuya doctrina es seguida por las Audiencias: SAP Albacete 10 junio 2019 (ECLI: ES:APAB:2019:482) y SAP Badajoz 1 julio 2019 (ECLI: ES:APBA:2019:848). Por su parte, la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante, PCC) acoge expresamente esta jurisprudencia al establecer que la cuota individual del preterido se calculará sobre la legítima estricta (cfr. art. 467-20.2), que representa un cuarto del caudal computable (cfr. art. 467-3); solo si lo fueran todos procede reclamar frente a terceros la legítima de descendientes, que pasa de los dos tercios actuales a la mitad del caudal computable, salvo que –como es frecuente en la actualidad– hubiera un solo hijo, en cuyo caso se ha decidido minorar la legítima del descendiente único a un tercio (cfr. art. 467-3).

o, en caso de resultar afectados todos o el único legitimario, de todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial (cfr. art. 814 CC)⁹.

En lo que hace a los sistemas forales, que se tomarán en consideración a lo largo del trabajo como referente comparativo, me limitaré por ahora a señalar los rasgos más singulares de cada uno en materia de preterición, aunque luego deba volverse sobre ellos con ocasión del examen de algunos problemas concretos¹⁰.

Por cuanto incumbe a la preterición intencional, los sistemas de legítima material individual –Cataluña, Galicia e Islas Baleares– reconocen al legitimario silenciado voluntariamente el derecho a percibir lo que le corresponda por legítima (desaparece el tercio de mejora del Código civil) sin que resulte afectada la validez de las disposiciones por causa de muerte (cfr. art. 451-16-1 CCCat., art. 258 LDCG y art. 46.I CDCIB). Por su parte, los ordenamientos de legítima colectiva –Aragón y régimen general sucesorio del País Vasco– permiten al causante distribuirla desigualmente entre los descendientes, de manera que habiendo más de un legitimario ninguno puede reclamar a otro su inexistente legítima estricta con fundamento en la preterición intencional (cfr. arts. 505.1 y 507 CDFA y 48.2 LDCV), solo cabe exigirla frente a terceros cuando hay lesión cuantitativa (cfr. arts. 505.2 y 507 CDFA y art. 51.3 LDCV).

En lo que atañe a la preterición no intencional, algunas legislaciones forales también prevén consecuencias diversas en función del alcance parcial o total de la preterición. La ley gallega, que en este punto apenas presenta innovaciones respecto del art. 814 CC, determina como efecto común la nulidad de la institución de herederos, y como efecto cualificado para el caso de que el causante hubiera omitido por ignorancia a todos sus legitimarios, la nulidad de todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, quedando a salvo de esta invalidez los contratos sucesorios (art.

⁹ Respecto de la omisión no intencional, también la PCC mantiene la distinción de efectos en función del número de legitimarios a los que afecte, siendo relevante únicamente la total, que comporta la ineficacia de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial y la consiguiente apertura de la sucesión legal (cfr. art. 467-21), pues en el caso de ser parcial se limita a salvar la cuota del preterido calculada sobre la totalidad de la legítima (cfr. art. 467-20.2).

¹⁰ Para las referencias a los derechos forales se emplearán, en adelante, las siguientes abreviaturas: D. Leg. 1/2011, de 22 de marzo por el que se aprueba con el título de Código de Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas (CDFA), Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña (CCCat.), Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (LDCG), D. Leg. 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares (CDCIB), Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, modificada y actualizada por la Ley foral 21/2019, de 4 de abril (FN) y Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV).

259 LDCG)¹¹. En el derecho aragonés, resultando omitido algún legitimario, salvo previsión distinta del disponente, se reconoce al preterido una porción del caudal relicto igual a la que, después de la reducción, corresponda al menos favorecido por aquél (cfr. arts. 506 y 508.1 CDFA)¹²; pero si era el único legitimario de grado preferente (o si fueron preteridos todos) se produce la delación legal del caudal relicto (cfr. arts. 506 y 508.2 CDFA). Se separan del planteamiento precedente los derechos civiles de Cataluña y de las Islas Baleares, pues la omisión que obedece a la ignorancia o error del testador comporta en todo caso la ineficacia del testamento, no teniéndose en cuenta a estos efectos el número de preteridos (cfr. art. 451-16.2 CCCat. y art. 46.II CDCIB)¹³. Por su parte, la Ley de derecho civil del País Vasco presenta una singularidad respecto del resto de ordenamientos en cuanto a la preterición errónea parcial, pues no se le atribuyen consecuencias específicas, solo la total «hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial» (art. 51.2 LDCV)¹⁴.

En este repaso de los derechos forales, es precisa una última mención a la norma aplicable a quienes ostentan vecindad civil local ayalesa. El art. 89 LDCV establece la absoluta libertad de disposición *mortis causa*, de manera que la preterición deliberada no produce efecto específico alguno, pues supone la exclusión definitiva de los legitimarios. Ahora bien, en el caso de ser errónea la omisión, únicamente tendrá relevancia si afecta a todos los legitimarios, como en el régimen general, produciendo

¹¹ Cfr. DÍAZ TEJERO, C. M., *La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2018, p. 325.

¹² Se discute si el ser menos favorecido implica que, aunque poco, algo haya recibido el legitimario no preterido, impidiendo la equiparación con aquellos descendientes simplemente mencionados o que hayan recibido atribuciones simbólicas de valor irrelevante. En favor de esta interpretación, cfr. MOREU BALLONGA, J. L., «El sistema legitimario en la ley aragonesa de sucesiones», en *Actas de los Decimoquintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2005*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2006, p. 361 y PARRA LUCÁN, M^a A. y BARRIO GALLARDO, A., «La legítima en Derecho aragonés», en *Tratado de legítimas* (coordinadora: TORRES GARCÍA, T. F.), Barcelona, Atelier, 2012, p. 398. En contra, sosteniendo que la equiparación con el legitimario menos favorecido en la sucesión no siempre implicará derecho a reclamar una porción del caudal relicto, cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., «La legítima en Aragón», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, directora: GETE ALONSO Y CALERA, M^a C., tomo II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pp. 2012-2013.

¹³ En el derecho de las Islas Baleares debe hacerse una excepción respecto del propio de Ibiza y Formentera, pues a falta de reglas específicas sobre preterición resultan de aplicación los efectos previstos en el art. 814.II CC (cfr. MUNAR BERNAT, P. A., «La legítima en las Islas de Ibiza y Formentera», en *Tratado de legítimas*, coordinadora TORRES GARCÍA, T. F., Barcelona, Atelier, 2012, p. 341).

¹⁴ Poniendo de relieve algunas oscuridades de la ley vasca en materia de preterición, sobre la interpretación integradora y sistemática de las normas que la regulan, en relación con la solución del texto, cfr: GALICIA AIZPURUA, G., «La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Aranzadi digital: BIB núm. 5/2016 [consulta: 14 junio 2019].

la nulidad de las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial (cfr. art. 90 LDCV y la doctrina que lo interpreta)¹⁵.

Por lo demás, conviene advertir que el régimen de la limitación por ley de los efectos de la preterición no intencional está previsto tanto en el ordenamiento estatal como en algunos derechos civiles especiales, con variaciones relevantes en los supuestos en que se produce, en su forma de operar y en el alcance de la medida. La excepción más común es la relativa a la institución del cónyuge como único heredero; pero aquí nos centraremos en la relativa al descendiente que adquiere su condición de legitimario mediante sentencia de filiación después del fallecimiento de su progenitor, causante de la sucesión¹⁶.

2.2. Preterición de descendiente sobrevenido en virtud de reconocimiento formal o de sentencia de filiación

2.2.1. Filiación biológica y filiación jurídica en la preterición

La preterición de un hijo en el testamento otorgado antes de su nacimiento o adopción se califica como no intencional, pues es evidente que el testador no pudo tenerlo en cuenta. Su voluntad se formó en atención a la realidad que podía valorar en ese momento, de manera que alterándose después esa realidad la intención del testador deja de ser relevante si no otorga nuevo testamento. Ciertamente no es voluntad comprobada que si hubiera conocido la existencia del hijo al que silenció lo habría incluido en su sucesión, pero es lo más verosímil entre lo que podría querer.

Esta regla, generalmente admitida, requiere alguna matización cuando el descendiente adquiere su condición de legitimario mediante reconocimiento o sentencia de filiación después del testamento. Y es que es posible que el testador fuera consciente al tiempo de ordenar la sucesión de la existencia de ese hijo biológico cuya filiación se determina legalmente más tarde. En estos casos, no hay que confundir el hecho de que hasta en tanto no haya reconocimiento formal o recaiga sentencia firme de filiación carece el preterido de legitimación para reclamar, con el hecho del conocimiento previo, suficientemente evidente, que del vínculo biológico tuviera el testador: si este tenía

¹⁵ En este sentido, me remito de nuevo a la interpretación del régimen de preterición de la ley vasca por: GALICIA AIZPURUA, G., «La nueva legítima vasca...», cit.

¹⁶ Como habrá ocasión de analizar con mayor detalle en el epígrafe siguiente, se trata de una excepción regulada en el Código civil de Cataluña y en la Compilación de las Islas Baleares, que hace irrelevante el hecho de que el causante desconociera al testar la existencia del legitimario, pues impide la apertura de la sucesión legal, sin perjuicio del derecho del omitido a reclamar lo que por legítima pudiera corresponderle.

presente en el momento de testar al hijo biológico al que no menciona, la preterición será intencional¹⁷.

En estrecha relación con lo anterior conviene detenerse en algunos interrogantes que se plantean en torno a la prueba. En principio se discute en la doctrina y en la jurisprudencia si existen o no presunciones sobre si la omisión fue consciente o involuntaria, lo que se ha tratado de responder con argumentos diversos¹⁸: de un lado, apelando generalmente al principio de conservación del testamento, se afirma que la intención es la regla; de otro lado, atendiendo al art. 217.2 LEC, se defiende que ante la ausencia de precepto alguno que haga prevalecer la intencionalidad o no de preterir, corresponde al preterido probar aquello que sostenga.

Lo cierto es que en la práctica judicial ambos planteamientos resultan compatibles. Y es que el legitimario que afirma haber sido preterido sin intención —lo que generalmente es más favorable a sus intereses que si la omisión es consciente— tendrá que alegar los hechos relevantes de los que se pueda deducir que su progenitor, al otorgar testamento, desconocía la existencia de esa relación biológica. Si el juez o tribunal lo considera dudoso aplicará las consecuencias de la preterición intencional, reconociéndole el derecho a la legítima sin incurrir por ello en incongruencia¹⁹. Y si el preterido solicita directamente lo que le pertenece en concepto de legítima, probado el hecho de la preterición se le concederá lo solicitado sin que el juez o tribunal tenga que entrar a valorar si fue no intencional.

¹⁷ Por las razones apuntadas no puedo estar de acuerdo con la SAP A Coruña 30 noviembre 2007 (ECLI: ES:APC:2007:3008), que declara la preterición no intencional de la hija no matrimonial de un hijo premuerto de la testadora, con el argumento de que al tiempo de declarar esta última su voluntad *mortis causa*, a pesar de que la tenía a aquella como nieta, carecía de la condición de legitimaria, pues su filiación respecto del hijo premuerto se determinó mediante sentencia posteriormente. Al margen de que, conforme al criterio que aquí se mantiene, el momento que debía tomarse en consideración era el de la declaración de voluntad *mortis causa*, lo que conduciría a calificar la omisión como intencional, también cabría objetar a la citada sentencia —y se llegaría desde esta perspectiva a la misma solución— que no aplicara el art. 814.III CC, si se entiende comprendido en el precepto, siguiendo a MARTÍNEZ DE AGUIRRE, el supuesto del descendiente intermedio —en nuestro caso el padre de la demandante— que hubiera muerto antes de que su ascendiente otorgara el testamento del que trae causa la preterición, no asistiendo al preterido en estas circunstancias —aquí la hija demandante— otro derecho que el de recibir la legítima (cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código Civil*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 157-161).

¹⁸ En el Código de Derecho Foral de Aragón la falta de mención en el título sucesorio de un legitimario de grado preferente se presume intencional (art. 505.2), lo que se ha considerado razonable porque, al no producir ningún efecto específico, complica menos la sucesión (cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., «La legítima en Aragón», cit., pp. 2009-2010), de manera que el legitimario que alegue lo contrario deberá probarlo.

¹⁹ El rechazo de la preterición involuntaria implica la aceptación de su alternativa, la preterición intencional, pues la petición de aquella engloba la derivada de esta segunda posibilidad, debiéndose considerar respetuoso con el principio de congruencia el fallo que la admite (al respecto, *vid.* la SAP Valladolid 2 junio 2003, ECLI: ES APVA:2003:932).

De lo anterior se desprende que el problema central en este tipo de litigios reside en la demostración de la ignorancia de la existencia del hijo biológico cuya filiación jurídica todavía no constaba cuando el causante ordenó la sucesión. Seguramente en las circunstancias descritas el testamento no será el mejor instrumento para fijar con certeza ese hecho, lo que hace necesario recurrir a elementos extrínsecos, resultando generalmente decisivo a estos efectos los hechos que resultaron probados en el antecedente juicio de filiación²⁰. Así, por ejemplo, la SAP Ciudad Real 21 febrero 2019 (ECLI: ES:APCR:2019:179), tras un nuevo examen y valoración de la prueba realizada en la instancia, que consistió esencialmente en el contenido de la demanda de reclamación de paternidad, declara el carácter no intencional de la preterición considerando que no cabía deducir de los hechos alegados y probados que tuviera constancia el causante de ser padre de la actora cuando años después de su nacimiento otorgó el testamento en cuestión.

Lo cierto es que en la mayoría de las ocasiones el proceso de filiación proporciona apoyo suficiente para concluir lo contrario, que la preterición fue intencional²¹. Y es que si en la demanda de paternidad alegó y pudo constatarse la existencia de posesión de estado durante toda su vida, es evidente que difícilmente podrá defender en el ulterior proceso sucesorio que el causante ignoraba al tiempo de testar que era padre del preterido²². A la misma conclusión cabe llegar aunque falte la relación propia de padres e hijos entre causante y preterido, si de las pruebas aportadas por este último para obtener sentencia favorable de filiación cabe inferir que el presunto progenitor fue concedor, desde que surgió, de la relación biológica cuya determinación se reclama²³. Y es que la ausencia de posesión de estado no tiene por qué significar

²⁰ Como sostiene GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El testamento viciado...*, cit., pp. 176-177, que para apreciar preterición solo deban tenerse en cuenta los hechos que el causante podía conocer cuando testó, o los sucedidos antes, no es contradictorio con la admisión de medios extrínsecos para probar ese conocimiento.

²¹ Aunque no necesariamente, como confirma la SAP Madrid 29 septiembre 2017 (ECLI: ES:APM:2107:12776), que revoca la sentencia de instancia declarando el carácter no intencional de la preterición basándose exclusivamente en la prueba testifical que propuso la parte demanda en el proceso sucesorio.

²² Al respecto, *vid.* la SAP Sevilla 28 marzo 2012 (ECLI: ES:APSE:2012:1920) y la SAP A Coruña 30 enero 2013 (ECLI: ES:APC:2013:218).

²³ No está de más recordar que el art. 767.3 LEC recoge la posibilidad de declarar una filiación con base en pruebas indirectas derivadas de determinados hechos que la norma enumera de manera ejemplificativa, que pueden resultar relevantes en el proceso sucesorio a los efectos de calificar la preterición, así, además de la posesión de estado: el reconocimiento expreso del hijo –que no es el realizado ante el encargado del Registro civil– o tácito –del que pueda deducirse una voluntad de poner de manifiesto una determinada paternidad– o la convivencia con la madre en la época de la concepción. Tomando en consideración este tipo de pruebas, han declarado el carácter intencional de la sucesión las siguientes sentencias: SAP Valencia 16 junio 2011 (ECLI: ES:APV:2011:4556), SAP Valladolid 7 febrero

desconocimiento de la relación de filiación, pues son hechos independientes. No entenderlo así supondría, paradójicamente, atribuir consecuencias más desfavorables para el descendiente que fue tratado como hijo que para aquel otro al que no se le pudo o no le quiso tratar como tal, o cuya identificación era imprevisible antes de la reclamación de la filiación.

2.2.2. Preterición de descendiente que obtiene sentencia de filiación después del fallecimiento del causante

En el ámbito del Código civil, el hecho de que la sentencia de filiación del preterido se dicte antes o después del fallecimiento del causante es indiferente a los efectos de calificar la preterición, pues según se acaba de exponer será intencional o no en función del conocimiento o ignorancia que en el momento de testar tuviera el disponente de la existencia de la relación biológica, aun no reconocida legalmente²⁴.

Admitido lo anterior, hay que reparar en una diferencia sustancial entre los dos supuestos mencionados. Y es que cuando la sentencia de filiación es la única posibilidad de que el progenitor conozca la existencia del hijo, solo si se dicta antes de su fallecimiento tendrá la oportunidad de adecuar sus disposiciones *mortis causa* al hecho de la filiación sobrevenida. Precisamente, según una opinión bastante difundida, si no quisiera las consecuencias de la preterición no intencional haría bien en otorgar otro testamento, revocando, modificando o adicionando el anterior, al objeto de manifestar su voluntad por no haber sido debidamente expresada²⁵. No está de más

2013 (ECLI: ES:APVA:2013:180), SAP Asturias 22 abril 2013 (ECLI: ES:APO:2013:1081), SAP Málaga 21 enero de 2020 (ECLI: ES:APMA:2020:84) y SAP Pontevedra 12 febrero 2020 (ECLI: ES:APPO:2020:389).

²⁴ En sede jurisprudencial son numerosas las sentencias que aplican este criterio respecto del preterido que adquiere su condición de legitimario después de la muerte del testador. En concreto, declarando el carácter intencional de la preterición por haber quedado probado que el testador fue consciente de la existencia del descendiente cuando ordenó la sucesión, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo de 9 julio 2002 (Ponente: X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, ECLI: ES:TS:2002:5118) y de 7 octubre 2004 (Ponente: C. AUGER LIÑAN, ECLI: ES:TS:2004:6286), y aplicando el mismo criterio: SAP Sevilla 28 marzo 2012 (ECLI: ES:APSE:2012:1920), SAP Asturias 22 abril 2013 (ECLI: ES:APO:2013:1081), SAP Lugo 10 julio de 2015 (ECLI: ES:APLU:2015:562), SAP Madrid 29 septiembre 2017 (ECLI: ES:APM:2107:12776) y SAP Málaga 21 enero de 2020 (ECLI: ES:APMA:2020:84). Y reconociendo que la preterición fue no intencional porque el testador no fue consciente nunca de su paternidad: SAP Alicante 5 mayo 2017 (ECLI: ES:APA:2017:2768).

²⁵ Cuando el disponente conoce la existencia del hijo sobrevenido y no hay una correlativa modificación del testamento otorgado con anterioridad, el hecho de mantenerlo inalterado se interpreta por la mayoría de la doctrina y los tribunales en el sentido de conformidad con el efecto que la ley establece para la preterición no intencional (cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a, «Notas sobre la 'voluntad del testador'», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, 2002, p. 177 y GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2007, pp. 157-158; y en sede jurisprudencial, por todas, *vid.* la STS 31 de mayo de 2010, Ponente: X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, ECLI: ES:TS:2010:2654). Tampoco cabría evitar la apertura de la sucesión intestada por medio de una donación, pues el defecto de voluntad del causante no deja de ser relevante por este hecho, que solo impediría la preterición intencional (cfr. al respecto

señalar que la atribución al preterido únicamente de lo que por legítima le corresponde, no evitaría su participación en la sucesión intestada en caso de que llegara a abrirse, por ejemplo, por repudiar la herencia el instituido cuando no hay sustituto ni procede el acrecimiento. Por ello, si el progenitor deseara ese efecto –y cabe pensar que podría ser así en los casos de filiación determinada contra su oposición–, sería útil una cláusula excluyéndole de toda participación en el abintestato²⁶.

El derecho aragonés permite este discernimiento al regular específicamente la exclusión voluntaria, deslindada de la preterición, que es absoluta cuando el disponente expresa su voluntad de privar al legitimario preferente de todo derecho sobre su sucesión, quedando así impedido de participar en el abintestato. Si el excluido o excluidos absolutamente son los únicos legitimarios conservarán el derecho a suceder *abintestato* y a reclamar la legítima colectiva frente a terceros (cfr. art. 513 CDFA).

Así las cosas, si regresamos al supuesto anteriormente considerado, puede afirmarse que, dictándose la sentencia de filiación tras el fallecimiento del progenitor, si no pudo conocer durante su vida la existencia del preterido queda privado de la posibilidad de evitar la preterición no intencional, es decir, se impide al disponente que manifieste su voluntad respecto del preterido por causa imputable a este, que resulta favorecido con ello según la interpretación comúnmente aceptada del art. 814.II CC. Y es en estas circunstancias en las que surge la cuestión relativa a si procede aplicar estrictamente el criterio calificador del art. 814 CC y sus consecuencias –anulación de la institución hereditaria, incluso de todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial– o si debe admitirse la presunción de que no estaba en la voluntad del testador la apertura de la sucesión intestada. En orden a reconstruir su línea de pensamiento y dar una respuesta a una voluntad probable en esta hipótesis no prevista, el hecho de que se hubiera opuesto a la demanda de filiación inclina a deducir que no hubiera querido tener por heredero al hijo sobrevenido. También, la circunstancia de que la filiación del hijo biológico omitido en el testamento estuviera legalmente determinada al tiempo de su otorgamiento respecto de otra persona del que recibió el trato propio de un padre²⁷.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El testamento viciado por preterición intencional en el Código Civil y en los derechos civiles forales*, Granada, Comares, 2004, p. 177 y RODRÍGUEZ ROSADO, B., *Heredero y legitimario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 164-166), aunque en el ámbito propio de algunos derechos forales, del concepto legal de preterición pueda deducirse otra respuesta (cfr. art. 503.1 CDFA y art. 451-16.2 CCat.).

²⁶ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S., *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 24-25 y 119-121 y MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^º, «La preterición», cit., pp. 5370-5371.

²⁷ En este sentido, cfr. BERMEJO PUMAR, M^º M., «Los derechos legitimarios», en *Instituciones de Derecho Privado*, director: GARRIDO DE PALMA, V., tomo V, volumen 4^º, segunda edición, Cizur Menor, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2019, pp. 823-825.

La excepción a la aplicación de los drásticos efectos anudados a la preterición no intencional es la solución que han acogido los derechos forales catalán y balear en el caso de determinación judicial de la filiación después de la muerte del progenitor disponente, con independencia de que fuera o no consciente de la existencia del preterido, integrando así el legislador su voluntad *mortis causa*. En el Código civil de Cataluña la excepción se aplica «si la relación de filiación en virtud de la cual deviene legítimo ha quedado legalmente determinada después de la muerte del causante» [art. 451-16.2.c) CCCat.]²⁸. Las mismas consecuencias se prevén en la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares para el caso de que «la filiación del preterido resultara de procedimiento judicial de investigación de la paternidad iniciado con posterioridad al fallecimiento del causante» (art. 46.II CDCIB), es decir, presupone el legislador que el testador no ha tenido posibilidad de conocer a dicho hijo y que de haberlo conocido solo le hubiera dejado la legítima²⁹.

En suma, recoge así una norma lo que se entiende que sería la voluntad probable del difunto de que valga el testamento, sin perjuicio del ajuste que proceda para satisfacer la legítima al omitido. Con ello se evidencia que la preterición deja de mantener su tradicional sentido esencialmente formal³⁰. La solución podrá discutirse, pero tiene el mérito de constituir un límite a las acciones sucesorias nada infrecuentes que tienen como antecedente una sentencia de filiación promovida después del fallecimiento del causante –en ocasiones, muchos años después–, resultando así fortalecido el principio de seguridad jurídica.

2.3. *Sobre la eficacia de las cláusulas testamentarias de mención genérica de eventuales legitimarios*

En relación con el hecho de la preterición y su calificación como no intencional, a la vista de lo hasta aquí expuesto hay otro supuesto que se presenta problemático. Me refiero al del testador que con el propósito de evitar la apertura de la sucesión

²⁸ Escribe VAQUER que no puede apreciarse error del testador en la medida en que, en vida y cuando tenía la oportunidad de testar, desconocía la existencia de ese legítimo (cfr. VAQUER ALOY, A., «La legítima en el Derecho civil de Cataluña», en *Tratado de legítimas*, coordinadora: TORRES GARCÍA, T. F., Barcelona, Atelier, 2012, p. 505).

²⁹ No está de más señalar, que tal como está redactado el precepto da lugar a una discriminación de los hijos cuya filiación se determina judicialmente respecto de los póstumos, que sí podrían pedir la anulación del testamento.

³⁰ A juicio de JIMÉNEZ GALLEGO, que ha valorado favorablemente la solución foral, una norma que impone la sucesión intestada llevará casi siempre a actuar contra la voluntad del testador, como si fallece sin cónyuge y sin hijos e instituye heredero a su único hermano, resultando que después reclama la paternidad un hijo extramatrimonial cuya filiación se determina después de su fallecimiento: ese hijo va a heredar todo y nada el hermano (cfr. JIMÉNEZ GALLEGO, C., «La preterición: una reforma necesaria», *Revista Jurídica del Notariado*, núms. 22-89, 2014, pp. 724 y 732- 733).

intestada en caso de una eventual superveniencia de descendientes menciona genéricamente a los legitimarios reconociéndoles su derecho a la legítima³¹. Teniendo en cuenta que la preterición no intencional trata de evitar que resulte excluido de la herencia el legitimario omitido cuando el testador no lo quiso así, la cuestión debe centrarse en determinar si este tipo de cláusulas comprenden o no al concreto preterido. Dicho de otra forma, de lo que se trata es de atender en cada caso al grado de concreción de la fórmula empleada, para apreciar si el testador contó con él.

En este punto es de obligada cita la STS 4 mayo 1966, que declaró la preterición no intencional de un hijo póstumo del causante –el único legitimario en el momento de otorgar el testamento era su padre– a pesar de haber ordenado un legado de legítima en favor del posible preterido, pues se consideró que esta cláusula en modo alguno se incorporó al título sucesorio pensando en ese hijo póstumo. En la misma línea, más recientemente, llega a igual conclusión la SAP Córdoba 29 septiembre 2017 (ECLI:ES:APCO:2017:830) respecto de la disposición testamentaria del que había designado herederos a sus padres e hija, que literalmente decía lo siguiente: «Lega a quien pueda acreditarla la legítima estricta que le corresponda con arreglo a derecho». Cuatro años después nació un hijo fruto de una relación no matrimonial cuya filiación resultó determinada mediante sentencia en vida del progenitor, que falleció sin haber modificado aquel testamento. La Audiencia declara que la fórmula de estilo empleada por el testador no podía referirse a posibles hijos que ni siquiera estaban concebidos, no pudiendo por tanto estar animado aquel de especiales intenciones respecto del demandante, resolviendo que la cláusula en cuestión no evitaba la preterición³².

³¹ Menos controvertidas son las cláusulas genéricas cuando se trata de identificar al instituido, en razón del criterio suficientemente flexible que a estos efectos contiene el art. 772 CC. Valga como muestra el caso resuelto por la SAP Córdoba 14 julio 2017 (ECLI: ES:APCO:2017:651) en relación con un testamento en el que el disponente designaba herederos a sus tres hijos matrimoniales «y a los demás que pueda tener», sabiendo que era padre biológico de una hija no matrimonial cuya filiación jurídica se determinó después. Cuando se abre la sucesión se suscita controversia sobre si esa hija, que ya tenía la condición de legitimaria, debía heredar por partes iguales junto a sus hermanos o recibir solo la legítima por preterición intencional. El tribunal resuelve que la fórmula empleada por el testador se proyecta sobre ella, en cuanto denota un estado de cosas posible a juicio del manifestante. Se llega así a una solución razonable si se tiene en cuenta que el disponente seguramente no quería oficializar esa filiación cuando otorgó testamento, y siendo su voluntad equiparar a todos sus hijos en la sucesión, no tenía otra opción que la institución por referencia.

³² En el ámbito del Código civil el controvertido último párrafo del art. 814 CC, que determina que a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador, se ha invocado en alguna ocasión en sede judicial como argumento para excluir la preterición del eventual legitimario mencionado genéricamente (*vid.* SAP Vitoria 27 de junio de 2016, ECLI: ES:APVI:2016:400), pero parece difícil sobre la base de esa previsión legal –de la que ha prescindido la PCC– reconocer tal relevancia a la voluntad del testador.

Sin embargo, otro es el criterio cuando la cláusula relativa a eventuales legitimarios se redacta o incorpora al testamento en consideración a una concreta preterición, es decir, teniendo el testador en mente al preterido aunque de forma hipotética. En estas circunstancias cabe afirmar que no hay preterición de manera que el así designado únicamente podrá reclamar lo que por legítima le corresponda³³. Puede servir para ilustrar lo dicho la SAP Vitoria 27 junio 2016 (ECLI: ES:APVI:2016:400) en relación con el testamento otorgado en septiembre del año 2009 por un viudo que no tenía hijos, en el que instituía herederos a sus sobrinos, legaba ciertos inmuebles a sus cuñados y manifestaba lo siguiente: «Se reconoce su legítima estricta a las personas a quien legalmente corresponda y que en este testamento no hayan sido mencionadas ni individualmente ni genéricamente como herederas, legatarias o sustitutas». En septiembre de 2010 nació una hija del testador fruto de una relación no matrimonial. Falleció poco tiempo después y la madre interpuso demanda, en representación de la hija menor de edad, reclamando la nulidad de las disposiciones testamentarias. Pero la Audiencia desestima la pretensión atendidas las circunstancias del caso. Sucedió, además, que el causante había llamado a un notario estando en el hospital para ratificar el testamento anterior, aunque no lo llegó a firmar, lo que se interpretó en el sentido de ser su voluntad la de mantenerlo, pues bien podría haberlo modificado o revocado. En suma, se declara en la citada sentencia que la cláusula en cuestión fue redactada considerando la concreta posibilidad de la superveniencia de descendientes, de manera que a pesar de no haber sido mencionada expresamente la legitimaria en el testamento, no había preterición.

Con mayor razón procede la referida solución en casos como el enjuiciado por la SAP A Coruña 19 febrero 2019 (ECLI: ES:APC:2019:280), en el que la testadora, para preservar su voluntad ante la posibilidad de que pudiera existir un descendiente de su hijo premuerto, que ya había instado reclamación de paternidad no matrimonial, optó por hacer constar en el título sucesorio lo siguiente: «Lega a cualquier persona que tuviere derecho a legítima y no estuviere nombrada en este testamento lo que por legítima le corresponda, que le será abonada en dinero (incluso extra hereditario) o bienes, a elección del heredero». La Audiencia declara que la cláusula en cuestión contenía una previsión de que el presunto nieto resultara ser legitimario, y en consecuencia resolvió que no hubo preterición.

³³ En este sentido se ha afirmado que cabe estimar válida cualquier designación genérica, con tal de que no ofrezca duda la intención de testador de incluir en ella al no designado nominativamente (cfr. MARTÍN PÉREZ, J. A., «Acciones protectoras de la legítima», en *Acciones civiles*, director: LLAMAS POMBO, E., segunda edición, tomo I, Madrid, Wolters Kluwer, 2017, pp. 1024 y 1025). El testador no sufre error o ignorancia, pues ha tenido en cuenta una futura situación jurídica y por tanto lo más correcto es que se respete su voluntad íntegramente, que desplaza la que presume el art. 814.II CC (cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El testamento...*, cit., pp. 202-203).

Es la solución que acoge el Derecho aragonés, que cuenta con una regulación propia de la materia, estableciendo el art. 504.3 CDFA que no es mención suficiente, respecto de los póstumos, el uso de expresiones «no referidas especialmente a ellos». La doctrina interpreta que esos legitimarios han sido simplemente olvidados a no ser que conste lo contrario de modo expreso, sin que quepa entender que son objeto de consideración específica cuando la mención genérica se refiere a cualquier descendiente³⁴. Una aplicación de esta regla puede verse en la SAP Zaragoza 25 febrero 2009 (ECLI: ES:APZ:2009:241) en relación con un testamento otorgado por quien era padre de cinco hijos matrimoniales y de una hija no matrimonial a la que no había reconocido legalmente, aunque la tenía como propia. El testador legó la cantidad de seis euros en pago de sus derechos legitimarios a cualquier persona que alegase tal condición y la probare. La hija no matrimonial determinó judicialmente su filiación después del fallecimiento del causante y reclamó sus derechos sucesorios. De lo que se trataba era de dilucidar si hubo o no preterición, concluyendo el tribunal que la genérica cláusula testamentaria sobre legado de legítima debía reputarse como suficiente para evitar la preterición, por cuanto era la única forma de la que disponía el causante para referirse a quien no quería reconocer como hija, pero que podría ser legitimaria. Se deja, por tanto, abierta la posibilidad de que el ordenante de la sucesión sea consciente de prevenir la omisión, aunque no acierte en ese momento a precisarla, pues en otro caso la preterición sería intencional.

En definitiva, aunque exista discusión fundada al efecto, creo que se puede afirmar que el régimen vigente del Código civil permite excluir la preterición sin necesidad de citar nominalmente al legitimario. El problema de este tipo de cláusulas no debe centrarse en su dicción genérica sino en la previsión por el testador de una situación de hecho posible, pues son las únicas fórmulas de que dispone para referirse a quien no quería reconocer como legitimario, pero que potencialmente podía llegar a serlo. Solo en estos casos no habrá preterición y el así designado únicamente podrá reclamar lo que por legítima le corresponda³⁵.

3. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN TORNO A LAS ACCIONES SUCESORIAS DEL PRETERIDO

3.1. *Incidencia de las acciones tardías de filiación sobre las acciones sucesorias del preterido*

En la práctica no es infrecuente que el preterido reclame sus derechos sucesorios tiempo después del fallecimiento del causante, con la evidente perturbación del

³⁴ Considerando que hay mención específica cuando el disponente excluye a todo el colectivo, por ejemplo, como futuros descendientes, cfr. PARRA LUCÁN, M^a A. y BARRIO GALLARDO, A., «La legítima en Derecho aragonés», cit., p. 394.

³⁵ No parece que haya lugar a este tipo de problemas en el derecho de las Islas Baleares si se tiene en cuenta que el testador puede evitar la preterición no intencional ordenando, con respeto a las legítimas, que el testamento valga (cfr. art. 46.II.3^o CDCIB), pero entonces hay que preguntarse cuál es el sentido de la preterición.

principio de seguridad jurídica en relación con los derechos adquiridos por los herederos testamentarios³⁶. El examen de los problemas que plantean estas reclamaciones requiere un par de consideraciones previas: una, relativa a la comunicación de la imprescriptibilidad propia de las acciones de filiación a las sucesorias; otra, atinente a las demandas actuales respecto de sucesiones abiertas antes de entrar en vigor la Constitución.

a) En cuanto a la primera cuestión, se ha planteado en la doctrina si no convendría admitir la aplicación de ciertos límites institucionales –actos propios, buena fe, fraude de ley– a las acciones de filiación tardías que pudieron ejercitarse antes por el interesado en cuanto conocedor de la verdad biológica³⁷. La jurisprudencia rechaza esta posibilidad con fundamento en la dignidad de la persona (art. 10 C.) y la deseable formalización de la realidad biológica (art. 39.2 C.)³⁸. Con todo, la sentencia del Tribunal Supremo, del pleno, de 12 de enero de 2015 (Ponente: E. BAENA RUIZ, ECLI: ES:TS:2015:260) parece participar de aquellas propuestas doctrinales en la medida que contempla que, en abuso de derecho, no pudiera prosperar la eventual reclamación de los derechos sucesorios promovida por la hija no matrimonial del fallecido³⁹. En lo que aquí importa, declara lo siguiente: «Cercenar por abusiva o desleal una acción en cuya virtud solo se decide algo tan consustancial a la dignidad de la persona como es su filiación por haber utilizado la actora los tiempos con fines sucesorios no es posible, sin perjuicio, como decimos, de que tales retrasos y combinaciones temporales puedan valorarse con arreglo a derecho en futuros litigios con pretensiones de otra naturaleza, si llegasen a plantearse». Con todo, en el momento presente la cuestión del ejercicio tardío de la acción de filiación resulta intrascendente, pues la tiene el hijo durante toda su vida, y en lo tocante a las consiguientes pretensiones en el campo sucesorio resulta dudoso, a falta de una previsión normativa concreta, que puedan establecerse límites

³⁶ Hay que recordar que en el derecho vigente la acción de reclamación de filiación ejercitada por el hijo dura toda su vida, sin diferencias dadas por la existencia o no de posesión de estado ni por ser la filiación matrimonial o no matrimonial. Al respecto, cfr. arts. 132 y 133.1 CC y, en el ámbito de los derechos forales, arts. 235-20.1 y 235-21.1 CCCat. y leyes 71 a) y b) del FN.

³⁷ Me remito en este punto al pormenorizado y fundado estudio de BARBER CÁRCAMO, R., «Retos actuales de la acción de reclamación de la filiación», en *Retos actuales de la filiación*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, Tecnos, 2018, pp. 89-94.

³⁸ Puede citarse en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:2570) y de 12 de abril de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:2571), siendo ponente en ambas E. ROCA TRÍAS.

³⁹ Posteriormente, en el mismo sentido: SAP Madrid 16 diciembre 2015 (ECLI: ES:APM:2015:17684).

temporales⁴⁰. De momento basta con lo dicho, aunque luego deba volverse sobre esta cuestión⁴¹.

b) Como es sabido, la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, niega todo derecho sucesorio a los hijos que conforme a legislación preconstitucional tenían la condición de ilegítimos⁴². Esta previsión ha dado lugar a una jurisprudencia consolidada que declara que en esos casos el fallecimiento del causante determina la ley aplicable en esta materia, sin que las posteriores reformas de la misma puedan suponer el reconocimiento del derecho de los hijos preteridos que han logrado determinar actualmente su filiación a participar en la sucesión⁴³. Lo cierto es que a pesar del tiempo transcurrido desde que entró en vigor la Constitución siguen planteándose litigios al respecto, lo que obedece a la extensión de la idea de que en

⁴⁰ En el ámbito doctrinal se ha sugerido que los límites deberían centrarse en la acción de reclamación de filiación, pues lo que importa es tener la ocasión efectiva de ejercerla durante un plazo razonable sin necesidad de perpetuar esta posibilidad (cfr. GARCÍA VICENTE, J. R., «Las acciones de filiación», en *Tratado de Derecho de la Familia*, directores YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M., vol. V, segunda edición, Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 420). En la misma línea se propone la introducción de un plazo de caducidad cuando el que reclama es el hijo sin posesión de estado, que empezaría a contar desde que pudo ejercerla por descubrir los hechos en que basa la demanda (cfr. BARBER CÁRCAMO, R., «STS 12 de enero de 2015. Imprescriptibilidad de la acción de reclamación de la maternidad no matrimonial por el hijo: inaplicación de la doctrina de los actos propios», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, director: YZQUIERDO TOLSADA, M., vol. 7: 2015, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 459-472). Acogiendo estas propuestas doctrinales, en la PCC se ha optado por fijar a la acción de reclamación de filiación cuando falta la posesión de estado un plazo de caducidad de cinco años desde el descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, cuyo cómputo inicia cuando el hijo alcanza plena capacidad. Y al tiempo se abre la posibilidad de que la acción no caduque en caso de retraso excusable, solo si el hijo ostenta la posesión de estado concorde con la filiación reclamada, las razones expuestas para limitar su acción decaen en favor de la aplicación del fundamento de la filiación (cfr. art. 222-6 PPC).

⁴¹ En el epígrafe siguiente se tratará con mayor detalle la cuestión del cómputo de las acciones sucesorias de que dispone en preterido, con especial referencia a los supuestos en que tienen como antecedente una sentencia tardía de filiación.

⁴² Al margen del Código civil, la cuestión también se ha regulado en el Derecho catalán, que establece que las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Ley se regirán por la ley aplicable en el momento de la apertura de la sucesión (cfr. disposición transitoria novena de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones en relación con la Disposición transitoria sexta del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio. Para una aplicación de la norma: STSJ de Cataluña 25 febrero 2016, ECLI: ES:TSJCAT:2016:1284). Y en Baleares, la disposición transitoria primera de la Compilación determina que cuando haya preterición no intencional sobrevenida por adquirir el hijo descendiente la cualidad de legitimario en virtud de la Constitución y el testamento sea anterior a aquella, no cabe aplicar lo dispuesto en el reformado 814.2 CC sino que deberá dársele solo la legítima.

⁴³ Cómo últimas manifestaciones de esta doctrina cabe citar la STS 29 abril 2015 (Ponente: F. J. ORDUÑA MORENO, ECLI: ES:TS:2015:1946), respaldada por la STC 105/2017, de 18 de septiembre (Ponente: F. VALDÉS DAL-RÉ, ECLI: ES:TC:2017:105), a la que precisamente aquella dio lugar.

virtud del principio de igualdad habría que corregir las discriminaciones por razón de nacimiento a las que da lugar dicha norma⁴⁴.

Al hilo de esto último resulta oportuno referirse a los recientes pronunciamientos del TEDH en los que se admite la previsión por parte de los Estados de un sistema de derecho transitorio que defienda los derechos sucesorios adquiridos, pues sirve a los intereses de la seguridad jurídica, pero con un importante límite: el imperativo de la igualdad de trato de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio reconocido en el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) en relación con el art. 1 del Protocolo núm. 1 (respeto a la propiedad privada y derechos patrimoniales)⁴⁵. Sobre esta base, y en atención a las singulares circunstancias concurrentes en los casos enjuiciados, el TEDH ha cuestionado las normas de algunos ordenamientos nacionales que contienen fechas de corte para aplicar en materia hereditaria el principio de igualdad por razón de filiación. Pero esos razonamientos no parecen concluyentes para justificar, en el nuestro, una revisión actual de las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución respecto de los legitimarios sobrevenidos como consecuencia de su entrada en vigor⁴⁶. Un breve examen de los supuestos que han dado lugar a la referida doctrina, permiten ilustrar la tesis que aquí se mantiene.

⁴⁴ Deben mencionarse en este punto los votos particulares formulados a las sentencias citadas en la nota precedente: el del magistrado R. SARAIZA JIMENA a la sentencia del Tribunal Supremo, que sostiene que el criterio de que la ley aplicable a la sucesión es el vigente en el momento de la aceptación de la herencia; y del magistrado F. VALDÉS DAL-RÉ, a la sentencia del Tribunal Constitucional, que se centra en la discriminación indirecta, considerando que la vulneración del derecho fundamental de igualdad también debe declararse cuando la norma, o una interpretación judicial de la misma formalmente neutra en el trato a unos y otros hijos, ocasione en los no matrimoniales un impacto o resultado adverso, lo que sucedía en el caso enjuiciado, pues la única razón para denegar el amparo había sido el carácter ilegítimo de la filiación (para un examen crítico de cada uno de los votos, por todos: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La igualdad ante la ley de los hijos con independencia de su filiación en el Derecho de sucesiones», *Revista Jurídica del Notariado*, XIV (número extraordinario), 2018, pp. 437-438, donde el autor razona sobre la inadecuación de las propuestas que contienen, poniendo de relieve el inconveniente que supondría abrir el sistema sucesorio a la absoluta aplicabilidad retroactiva de la Constitución).

⁴⁵ Para un completo recorrido por las resoluciones del TEDH que interpretan que las fechas de corte introducidas por las legislaciones nacionales para la aplicación del principio de igualdad por razón de la filiación o nacimiento vulneran el art. 14 del CEDH: SANCIÑENA ASURMENDI, C. y GAGO SIMARRO, C., «La igualdad por razón de filiación y la sucesión hereditaria», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 34, 2019, pp. 180-189.

⁴⁶ Salvo que existiera relación familiar entre el hijo no matrimonial y el progenitor causante, en cuyo caso la discriminación supondría vulneración del art. 14 (principio de igualdad y no discriminación) del CEDH en relación con el art. 8 (respeto a la vida familiar), y de ambos con el art. 1 del Protocolo núm. 1 (respeto a la propiedad privada y derechos patrimoniales). Al respecto, cfr. MORETÓN SANZ, M^a F., «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea. Efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010, p. 2900.

En relación con el derecho transitorio francés, la STEDH 7 febrero 2013 (JUR/2013/35557) se pronuncia sobre la norma de la ley de 3 de diciembre de 2001 que, además de modificar el art. 735 del Código civil francés declarando la igualdad de derechos sucesorios de los hijos con independencia de su filiación, fijó un límite temporal para poder aplicarla, a saber: que la sucesión se hubiera abierto a partir de su publicación o que, abierta con anterioridad, la partición de la herencia se hubiera practicado después de esa fecha. En el caso que dio lugar a la sentencia que comentamos la sucesión se había abierto y distribuido entre los herederos testamentarios antes de la entrada en vigor de la referida disposición legal de 2001. Posteriormente un hijo reconocido que hasta entonces tuvo la condición de ilegítimo, presenta reclamación de sus derechos sucesorios, que fue desestimada por las instancias nacionales. El TEDH aprecia discriminación por razón de la filiación, pues el actor había exigido su parte en la herencia dentro del plazo que marca el derecho francés (cinco años desde la apertura de la sucesión), de manera que la protección del principio de seguridad jurídica carecía en el caso de peso suficiente para imponerse al principio de no discriminación. Dicho de otra forma, resultaba evidente que el único motivo del diferente trato entre los hijos era su nacimiento dentro o fuera del matrimonio, pues en la misma situación uno legítimo no hubiera encontrado obstáculo alguno (apartados 68 a 71).

El problema se ha planteado también en Alemania, resuelto en parecidos términos. La STEDH de 9 febrero 2017 (TEDH/2017/19) tiene origen en una demanda interpuesta por la única hija reconocida del causante, no matrimonial, a la que se había aplicado la ley alemana de 19 de agosto de 1969, que establece que a la muerte del progenitor los hijos nacidos fuera del matrimonio antes del 1 de julio de 1949 resultaban excluidos de cualquier derecho en su herencia⁴⁷. La demandante había nacido antes de esa fecha y no fue mencionada en el testamento de su progenitor, que instituyó única heredera a su mujer. El TEDH declara la vulneración del principio de no discriminación, considerando decisivo el hecho de que la acción se presentó inmediatamente después del fallecimiento del causante, dentro del plazo que a tal efecto marca la legislación nacional (apartados 44-46). De nuevo se ha pronunciado el tribunal europeo en la sentencia de 23 de marzo de 2017 (TEDH/2017/38), que acumula dos procedimientos por razón de la similitud de los casos. En ambos la demanda es promovida por hijos naturales reconocidos, nacidos antes del 1 de julio de 1949, que resultan preteridos en los testamentos de sus respectivos progenitores. El TEDH toma de nuevo en

⁴⁷ La solución contenida en la norma se justificaba objetivamente por dos razones: de un lado, por las dificultades prácticas y procesales para fijar el parentesco de los nacidos con anterioridad a esa fecha; y de otro lado, por la posibilidad de recurrir los certificados de paternidad expedidos con anterioridad al 1 de julio de 1949.

consideración que las reclamaciones sucesorias se habían presentado dentro de plazo, según la legislación nacional, y que ninguna legítima expectativa de los herederos testamentarios cabía proteger según el principio de seguridad jurídica (apartados 64 y 77).

En suma, lo que se trata de decidir en los pronunciamientos examinados es si la diferencia de trato por razón de la filiación establecida en normas de derecho transitorio está justificada en cada caso objetiva y razonablemente. Es evidente que en ninguno de los asuntos resueltos el paso del tiempo –ni en consecuencia el principio de seguridad jurídica– era factor que pudiera alegarse en contra de los demandantes, siendo el carácter no matrimonial de su filiación la única razón por la que resultaron privados de sus respectivos derechos sucesorios. No hay, pues, en las sentencias examinadas argumentos concluyentes que permitan prescindir de los criterios asentados en nuestra legislación y jurisprudencia común acerca del derecho transitorio y de su concepto central, que es el del derecho adquirido⁴⁸.

3.2. *Preterición y acción de petición de herencia*

3.2.1. Autonomía de las acciones de preterición y de petición de herencia

Para centrar las cuestiones problemáticas que plantea la actuación del preterido para hacer efectivo su derecho, conviene hacer unas consideraciones previas sobre las acciones sucesorias que aquí merecen atención. Me limitaré a destacar algunos aspectos relativamente claros en la materia que resultan imprescindibles para comprender los asuntos que luego se abordarán en profundidad:

En primer lugar, hay que tener en cuenta que bajo la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 era frecuente que a la acción de reclamación de filiación, sustanciada por razón de la materia a través del procedimiento de menor cuantía, se acumularan las correspondientes acciones sucesorias. Con la vigente ley procesal ello no es posible, pues el art. 73.1.2 LEC lo impide expresamente cuando se trata de acciones que deben ventilarse por razón de la materia en juicios de diferente tipo⁴⁹. En este sentido, puede verse la STS 12 enero 2015 (Ponente: E. BAENA RUIZ, ECLI: ES:TS:2015:260).

⁴⁸ Como escribe ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La igualdad ante la ley...», cit. pp. 444-446, las variaciones de régimen introducidas por el principio de igualdad no perjudican los derechos sucesorios efectivamente adquiridos, pues carece de sentido aplicar en la actualidad la legislación preconstitucional, aunque fuera la vigente en el momento de la apertura de la sucesión.

⁴⁹ Así como las acciones de filiación se sustancian a través de un proceso especial regulado en los arts. 748 a 755 y 764 a 768 LEC, las de reclamación de herencia han de seguir el proceso que corresponda según la cuantía –arts. 249.2 y 250.2 LEC– que, por lo general, será el juicio ordinario.

En segundo lugar, es sabido que la acción de preterición carece de regulación específica, planteándose como primer problema el de determinar si hay una sola acción o dos en función de su carácter intencional o no⁵⁰. La doctrina ha tratado de explicar la cuestión considerando por separado la reclamación que busca reducir la institución de heredero para detraer la legítima –lo razonable sería que hubiera una sola acción para todos los supuestos de lesión cuantitativa–, de la que tiene por objeto su anulación⁵¹. Lo cierto es que la discusión, tanto si se defiende la existencia de una o de dos acciones, se ha centrado fundamentalmente en dos soluciones posibles: de un lado, la que consiste en aplicar el plazo de cinco años de prescripción del art. 1964 CC; de otro lado, la que opta por el plazo de caducidad de cuatro años del art. 1299 CC, propio de las acciones rescisorias. Esta última tesis cuenta con el respaldo de la jurisprudencia con fundamento en el carácter funcional, parcial, relativo y sanable de los efectos de la preterición⁵². En cualquier caso, lo que parece claro es que lo que se pretende con esta acción es reponer al legitimario en su posición jurídica, que se concretará posteriormente en bienes determinados⁵³.

En tercer lugar, en estrecha relación con los casos que aquí nos ocupan, merece también atención la cuestión relativa al cómputo de la acción. A falta de un criterio legal objetivo o subjetivo que sirva para fijar el *dies a quo* se entiende que debería ser el del fallecimiento del causante –solución que han acogido los derechos forales que la regulan– o la fecha en que el demandado entra en la posesión de los bienes de la herencia⁵⁴. Pero esta regla se debe excepcionar en los casos en que la acción tiene como antecedente una sentencia de filiación dictada con posterioridad a la apertura de la sucesión. Lo anterior, porque no cabe la reclamación sucesoria por parte de quien

⁵⁰ La PCC tampoco contiene un régimen específico de la acción de preterición, de manera que parece ineludible la aplicación de la disciplina general del Libro VI (de la prescripción y de la caducidad) y, por consiguiente, el breve plazo general allí previsto de tres años, de prescripción (cfr. art. 612-1).

⁵¹ Prescindo aquí de una exposición detallada de los numerosos pronunciamientos judiciales y las diferentes soluciones doctrinales sobre la materia. Para un análisis del estado de la cuestión me remito a los siguientes trabajos: GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El testamento viciado...*, cit., pp. 259-264, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La determinación judicial de la filiación y la jurisprudencia sobre la prescripción de las acciones sucesorias», en *La prescripción extintiva*, Valencia, Tirant lo blanch, 2014, pp. 483-487 y VIVAS-TEJÓN, I., «Distinción de efectos entre la preterición intencional y errónea y los aspectos procesales en el ejercicio de las acciones en el procedimiento de preterición», en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, vol. 1º, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 774-776.

⁵² En este sentido cabe citar: respecto de un caso de preterición no intencional, la STS de 10 diciembre 2014 (ECLI: ES:TS:2014:5773); y en relación con un supuesto de preterición intencional, la STS de 23 de junio de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:3154), siendo F. J. ORDUÑA MORENO ponente en ambas.

⁵³ La reclamación queda sometida a la regla del art. 219 LEC, es decir, exigencia de *petitum* y condena líquidos, para lo que deberá establecer en la demanda las bases que permitan la completa liquidación. A este respecto: SAP Asturias 9 enero 2014 (ECLI: ES:APO:2014:8).

⁵⁴ Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La determinación judicial de la filiación y la jurisprudencia sobre la prescripción de las acciones sucesorias», cit., pp. 475-476, 482-483 y 488.

carece de la condición de legitimario. Como fundamento de lo afirmado es preciso recordar que en ninguna acción es posible prescindir del presupuesto lógico necesario para comenzar a contar el plazo de que se trate, a saber: que el titular del derecho pueda, por razón de su situación jurídica, ejercitar la pretensión⁵⁵. No puede ignorarse que esta solución supone trasladar a la materia sucesoria la imprescriptibilidad propia de las acciones de filiación, por inapropiado que resulte, con la posible afección al principio de seguridad jurídica cuando se interponen transcurrido un periodo de tiempo considerable desde la apertura de la sucesión⁵⁶.

Sin embargo, la SAP Guipúzcoa 7 noviembre 2019 (ECLI: ES:APSS:2019:1199), en un supuesto de claro retraso desleal de la preterida sobre la reclamación de su filiación, aproximándose a aquellas propuestas doctrinales y jurisprudenciales que en tales circunstancias sugieren la introducción de ciertos límites al ejercicio de las consiguientes acciones sucesorias, desestima la pretensión de preterición por caducidad de la acción. En el caso, la actora figuraba inscrita desde su nacimiento como hija natural matrimonial de quienes no eran sus padres biológicos, a los que heredó en el año 2009. A su madre biológica la conoció en el año 1992, aunque después no mantuvo con ella relación alguna, falleciendo bajo testamento en el año 2010 sin mencionar a la demandante entre sus herederos. Ese mismo año promueve la preterida acción de impugnación y reclamación de la filiación materna, dictándose sentencia en 2011, que devino firme en enero de 2015. En el mes de junio presenta demanda de preterición reclamando los derechos que le corresponden en la sucesión de su madre biológica. La Audiencia, aplicando el mencionado criterio jurisprudencial sobre el plazo de la acción, la declara caducada, sin que el hecho de que la sentencia de filiación alcanzara firmeza en 2015 se considerase razón suficiente para posponer el *dies a quo*, pues la interesada siempre pudo plantear una solicitud de prejudicialidad civil con la petición de suspensión de la tramitación de la causa incoada (art. 43 LEC) hasta tanto se resolvía la cuestión de filiación suscitada en el procedimiento previo⁵⁷.

⁵⁵ Sobre la interpretación del artículo 1969 CC, *vid.* por todos: RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La suspensión de la prescripción en el Código civil español. Estudio crítico de la legalidad vigente*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 120 y MARÍN LÓPEZ, M. J., «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil», en *La prescripción extintiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 100-101.

⁵⁶ Evidentemente no habrá obstáculo para la usucapión extraordinaria de los bienes hereditarios por el heredero instituido en el testamento que, como veremos también más adelante, se rige por parámetros distintos.

⁵⁷ No se discutió que el cómputo de la acción de preterición debía comenzar en la fecha en que la demandante tuvo conocimiento del testamento en que resultó preterida, lo que en el caso se pudo probar que sucedió con ocasión de la contestación a la demanda de filiación, inmediatamente después de la apertura de la sucesión.

La mayoría de los derechos forales –salvo el del País Vasco– han tratado de poner fin a la polémica que se plantea en el Código civil sobre el ámbito temporal de la acción de preterición, creando un sistema propio de remedios pretendidamente completo, aunque no cabe eludir las importantes diferencias existentes entre ellos:

En el derecho aragonés se ha optado por una solución unitaria. Respecto de las acciones reguladas en el título dedicado a la legítima –del que forma parte la preterición– el art. 493.1 CDFA establece un plazo de prescripción de cinco años, que en aras a la seguridad jurídica arranca como regla del fallecimiento del causante, aunque se admite que cuando la delación se produce después, sea entonces cuando comience el cómputo⁵⁸.

Sin embargo, otros sistemas reconocen acciones diversas para cada uno de los dos tipos de preterición. En el Código civil de Cataluña, la intencional no produce efecto específico alguno, de manera que el preterido deberá ejercitar el derecho de crédito en que consiste la legítima mediante la correspondiente acción de reclamación en el plazo de prescripción de diez años (cfr. arts. 451-16.1 y 451-27.1), mientras que la acción de impugnación del testamento por preterición errónea caduca a los cuatro años (cfr. art. 451-16.5 CCCat.), comenzando el cómputo de ambas desde la muerte del causante⁵⁹. En la Compilación balear los legitimarios preteridos intencionalmente disponen de la acción de petición de legítima, que prescribe a los treinta años (cfr. art. 83.2 por remisión del art. 47.II CDCIB), pero para exigir las consecuencias jurídicas de la preterición no intencional se confiere al legitimario una acción que caduca a los cuatro años, iniciando las dos el cómputo el día del fallecimiento del testador (cfr. art. 46.2 CDCIB)⁶⁰.

Por su parte, la ley gallega establece que las acciones a causa de preterición se extinguen por caducidad a los cinco años de la muerte del causante (cfr. art. 266 LDCG), suscitando discusión si la norma debe aplicarse a los dos tipos de preterición. Algunos autores interpretan que se trata de un plazo único, pues resulta forzado interpretar que el preterido a propósito dispone de la acción de reclamación de legítima que, conforme al art. 252 LDCG, prescribe a los quince años del fallecimiento del causante⁶¹. Desde otro punto de vista, se defiende que la brevedad del plazo de cinco años acaso está justificada cuando conlleva una impugnación del testamento, para velar por la seguridad jurídica, pero encaja mal en aquellos supuestos de preterición intencional y por ello se propone

⁵⁸ Aunque parece claro que el legislador está pensando en la fiducia al introducir este inciso, se entiende que la misma regla resulta aplicable cuando la filiación del preterido se determina con posterioridad al fallecimiento del causante, de modo que la posibilidad de ejercicio de acciones de defensa de la legítima puede ir más allá de los cinco años siguientes al fallecimiento del causante (cfr. SERRANO, «La legítima en Aragón», cit., p. 2026).

⁵⁹ En relación con el régimen jurídico de la acción de preterición, en el ámbito judicial: SAP Barcelona 9 junio 2017 (ECLI: ES:AP:2017:8607).

⁶⁰ Cfr. FERRER VANRELL, M^a P., «La legítima en el Derecho civil de las Islas Baleares», en *Tratado de legítimas*, coordinadora: TORRES GARCÍA, T.F., Barcelona, Atelier, 2012, p. 324.

⁶¹ En este sentido, sin perjuicio de considerar preferible la uniformidad de plazos de las acciones de protección y de reclamación legítima, cfr. CARBALLO FIDALGO, M., «La legítima en la ley de 14 de junio de 2006, de Derecho civil de Galicia», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, directora: GETE ALONSO Y CALERA, M^a C., tomo II, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 682-683, HERRERO OVIEDO, M., «Las legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia», en *Tratado de legítimas*, coordinadora: TORRES GARCÍA, T. F., Barcelona, Atelier, 2012, pp. 283-284 y BERMEJO PUMAR, «Los derechos legitimarios», cit., pp. 1405-1406.

que en ese caso la acción del preterido es la de reclamación de legítima del art. 252 LDCG⁶².

En cuarto lugar, conviene recordar que a efectos del Registro de la Propiedad no basta la formalización de un acta notarial de declaración de herederos abintestato cuando se anula la institución hereditaria o todas las disposiciones testamentarias de naturaleza patrimonial como consecuencia de una preterición no intencional. Es doctrina reiterada de la DGRN a este respecto, la necesidad de una declaración judicial tras un procedimiento contencioso incoado por el preterido o preteridos, evidentemente salvo acuerdo de todos los interesados en la distribución de la herencia⁶³. El hecho de prescindir de la correspondiente declaración judicial sería tanto como aproximar el tratamiento de tales supuestos al de caducidad de esas disposiciones testamentarias (*vid.* las Resoluciones de 13 de septiembre de 2001, BOE 29 de octubre y de 2 de agosto de 2018, BOE 19 de septiembre)⁶⁴.

En quinto y último lugar, una breve consideración sobre la acción de petición de herencia, carente también de regulación específica en el ámbito del Código civil⁶⁵. Conforme a una opinión doctrinal y jurisprudencial muy extendida se tiene como la que compete al heredero para la restitución de los bienes hereditarios por parte de quien los posee en tal concepto o sin título alguno, estando sujeta a un plazo de treinta años, de prescripción, que habitualmente comienza a contar cuando el demandado empezó a poseer los bienes en concepto de dueño⁶⁶. Basta esta aproximación inicial para apreciar su autonomía respecto de la acción de preterición, que ni precisa ni supone la

⁶² Cfr. ROVIRA SUEIRO, M^a E., «Artículo 266», en *Comentarios a la ley de Derecho civil de Galicia*, coordinador: REBOLLEDO VARELA, A. L., Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2008, pp. 1157-1158.

⁶³ Conforme al art. 56.1 de la Ley notarial y 209 bis del Reglamento, para la tramitación del acta de notoriedad y de la declaración de herederos abintestato, además del fallecimiento del causante es preciso acreditar mediante documento auténtico, aunque exista título sucesorio, que resulta indubitado a juicio del notario la procedencia de la sucesión intestada. Parece que el documento auténtico al que se refiere el precepto puede entenderse referido al testamento de contenido puramente revocatorio de otro anterior o expresivo de la voluntad del causante de morir intestado o, más frecuentemente, a la escritura otorgada entre los herederos instituidos por el causante y el hijo póstumo preterido por el mismo, expresiva de su voluntad de reconocer la condición de coheredero a ese hijo preterido (cfr. FERNÁNDEZ EGEA, M^a A., *La jurisdicción notarial en el ámbito sucesorio*, Marcial Pons, 2016, p. 79).

⁶⁴ Discrepando del criterio de la DGRN, sostiene MIQUEL que la nulidad del testamento es *ipso iure*, pues siendo inicialmente válido queda desprovisto de efectos por el nacimiento de un póstumo, de manera que bastaría la declaración notarial de herederos abintestato sin necesidad de que estos obtengan una sentencia que anule la institución de heredero o las disposiciones patrimoniales del testamento (cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a, «La preterición», cit., pp. 5384-5385 y en la misma línea, BERMEJO PUMAR, M^a M., «Los derechos legitimarios», cit., pp. 896-897).

⁶⁵ Únicamente los derechos de Cataluña y Navarra la contemplan de forma específica para determinar su carácter imprescriptible (cfr. art. 465-1.3 CCCat.) salvo usucapión con la que resulte incompatible (cfr. ley 324 FN, según la redacción dada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril).

⁶⁶ *Vid.* GASPAS LERA, S., *La acción de petición de herencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2001, pp. 35-45 y 106-115.

de petición de herencia⁶⁷. Y aunque en sede jurisprudencial se admite la proposición inversa, a mi parecer la acción de petición de herencia requiere que el heredero omitido en el testamento acredite su condición mediante la acción de preterición. A las discrepancias sobre este último aspecto me refiero con mayor detalle a continuación.

3.2.2. Sobre la acumulación de las acciones de preterición y de petición de herencia

Las reclamaciones tardías del preterido también han suscitado discusión en torno al reconocimiento de la acción de petición de herencia como cauce idóneo para reclamar el preterido su cuota legitimaria o intestada cuando ha transcurrido el plazo de la acción de preterición. Generalmente se trata de casos de reclamaciones promovidas, mucho tiempo después de la apertura de la sucesión, por hijos no matrimoniales sobrevenidos que aunque llegaron a ser reconocidos formalmente por el causante no gozaron de posesión de estado ni mantuvieron relación alguna con él ni con su familia. La jurisprudencia parece favorable a reconocer al legitimario la acción de petición de herencia, aunque a mi juicio se trata de una solución que presenta dudas razonables. Y de admitirse, habría que preguntarse por el sentido de la preterición, pues naturalmente todas las reclamaciones del legitimario omitido en un testamento se resolverán en la acción de petición de herencia⁶⁸.

En torno a esta cuestión ya se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de julio de 2002 (Ponente: X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, ECLI: ES:TS:2002:5118) en un caso de preterición intencional de dos hijos no matrimoniales que la interpusieron directamente contra los herederos testamentarios, justificando su procedencia por considerar que su objeto es la declaración de heredero de la parte actora y la atribución de la cuota que le corresponde, que es precisamente lo que pedían los preteridos⁶⁹. Más recientemente, la de 23 de junio de 2015 (Ponente: F. J. ORDUÑA

⁶⁷ A este respecto conviene precisar que cuando el art. 814.II CC prevé la anulación de la institución hereditaria o de todas las disposiciones de contenido patrimonial como efecto de la preterición no intencional no es que el preterido disponga de una acción de nulidad, lo que el legislador trata de evitar es que, al haber sido formalmente excluido de la sucesión por el testador, haya de ejercitar la acción de petición de herencia (cfr. DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil*, volumen V, Madrid, Edisofer, 2016, p. 328). En cuanto a que ejercitada la acción de preterición no tiene por qué considerarse interpuesta la acción de petición de herencia, *vid.* la SAP A Coruña 1 febrero 2016 (ECLI: ES:APC:2016:612).

⁶⁸ Cfr. ATXUTEGI GUTIÉRREZ, J., «La preterición y la petición de herencia ¿constituyen pretensiones, finalmente, autónomas a disposición del legitimario? STS de 23 de junio de 2015 (RJ 2015, 2547)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 2016, pp. 162-163).

⁶⁹ La acción de petición de herencia se promovió diez años después de la apertura de la sucesión al tiempo que los demandantes reclamaban la declaración de filiación. Estima el tribunal que los legitimarios la ejercitaron correctamente pues pretendían, como corresponde a su ámbito propio, el reconocimiento del título sucesorio y la cuota en la herencia correspondiente a la legítima estricta.

MORENO, ECLI: ES:TS:2015:3154) llega a la misma conclusión en un litigio que traía causa de la preterición de un hijo no matrimonial reconocido formalmente por el causante. La demanda la interpone su estirpe diez años después de que falleciera sin haber reclamado sus derechos sucesorios, con motivo de una demanda de desahucio por precario de la heredera testamentaria en relación con ciertos bienes del caudal que venían poseyendo. En la demanda se solicitaba la declaración de preterición intencional del fallecido y la correspondiente cuota legitimaria, que fue desestimada en primera instancia por considerar el juez que la acción ejercitada era de preterición y había prescrito. La Audiencia revoca la sentencia razonando que el examen del plazo había que referirlo a la acción de petición de herencia, que no había prescrito. Interpuesto recurso de casación por la heredera testamentaria, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de apelación, declarando que «el ejercicio de la acción de preterición del heredero forzoso no condiciona o impide el curso de otras acciones que le asisten en defensa de sus derechos hereditarios»⁷⁰.

Para analizar la oportunidad de esta tesis conviene partir de los distintos tipos de preterición y sus efectos, pues la cuestión se ha tratado de explicar desde la perspectiva de la relación existente entre la cualidad de heredero y legitimario, haciendo depender la respuesta de la propia concepción que se tenga de la legítima⁷¹. Aunque en el Código civil no es un asunto claro, parece muy extendida la doctrina que sostiene que la posición jurídica de legitimario reclama el título de heredero y el derecho a ver satisfecha su pretensión con cargo a los bienes del caudal hereditario⁷².

Aparte otras objeciones que se han formulado por la doctrina al contenido de la sentencia, en lo que ahora importa, y sin perjuicio de futuras precisiones sobre la cuestión, se replicó que tergiversaba la naturaleza de la acción de petición de herencia, que lo es de defensa del título de heredero, mas no de la legítima (cfr. ARNAU RAVENTÓS, L., «Acción de petición de herencia», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo II, directora: GETE ALONSO, M^a C., Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2011, p. 2522).

⁷⁰ Posteriormente, siguiendo esta doctrina, las Audiencias han aplicado el plazo de la acción de petición de herencia, aun sin haber sido mencionada expresamente por la parte demandante, por entender a partir de los hechos en que sustentaba la pretensión el preterido que era la ejercitada. Así, la SAP Madrid 17 mayo 2017 (ECLI: ES:APM:2017:6993) en un caso de reclamación de los efectos de la preterición intencional ejercitada veinte años después del fallecimiento del progenitor; la SAP Pontevedra 12 febrero 2020 (ECLI: ES:APPO:2020:389), en relación con demanda interpuesta por la preterida intencionalmente cuando habían transcurrido dieciocho años desde de la apertura de la sucesión; y en un supuesto de preterición no intencional, el mismo criterio sigue la SAP Cuenca 26 marzo 2019 (ECLI: ES:APCU:2019:208) respecto de la acción del preterido instada ocho años después de la muerte del progenitor.

⁷¹ Valga como ejemplo, en sede judicial, la SAP Valladolid 19 febrero 2020 (ECLI:ES:APVA:2020:27) desestima la pretensión del hijo no matrimonial preterido que había ejercitado la acción de petición de herencia, por no existir título que permitiera decidir la concurrencia en el actor de la condición de heredero, ni testamentario ni intestado, declarando que la acción que debía haber ejercitado era la de preterición.

⁷² Se ha descartado en la PCC la conversión de la legítima en un simple derecho de crédito, preservando su tradicional configuración como una *pars bonorum* pagadera en bienes relictos, aunque se han

Si se asume lo anterior, no debería haber razón para negarle al preterido intencionalmente el ejercicio de la acción de petición de herencia. Ello sentado, con menos motivo si fue omitido sin intención.

Evidentemente, esta posibilidad no cabe en aquellos sistemas en que la legítima se configura como un derecho de crédito, a saber: el Código civil de Cataluña (cfr. arts. 451-1 y 451-15.1 CCCat.), el derecho civil de Galicia (cfr. arts. 249.1 y 258 LDCG)⁷³, y el derecho de las islas de Ibiza y Formentera⁷⁴.

Ahora bien, en todo caso la virtualidad de la acción de petición de herencia como remedio del legitimario debería resolverse en atención al título que acredita su condición⁷⁵. Si este dispusiera de un título sucesorio suficiente (por ejemplo, por haberle atribuido el disponente un legado simple de legítima) ignorado por el resto de herederos, no habría razón para negarle la acción de petición de herencia como cauce de reclamación de lo que le corresponde. Sin embargo, si no hubiera justificado previamente el título en el que basa su llamamiento, como sucede en el caso de preterición –también en el de indignidad y en el de desheredación injusta–, no parece que por el solo hecho de probar su parentesco proceda la acción de petición de herencia⁷⁶, de manera que la prescripción o caducidad de esas otras acciones dirigidas

introducido notables excepciones a esta regla general, principalmente la que consiste en la posibilidad de que el causante autorice al heredero a que proceda a su pago con dinero extrahereditario en las condiciones y plazos establecidos (cfr. 467-17).

⁷³ Llama la atención la SAP Pontevedra 1 febrero 2019 (ECLI: ES:APPO:2019:157) sobre preterición intencional de dos hijos naturales del causante inscritos con esta condición en el Registro civil al tiempo de su nacimiento. La demanda se promueve diez años después del fallecimiento de su padre, exigiendo la restitución de los bienes hereditarios que les correspondían en la herencia. La Audiencia estima la demanda sobre la base de interpretar que además de la acción de preterición –caducada– habían ejercitado acumuladamente, pese a no mencionarla de forma expresa, una acción de petición de herencia cuyo plazo de prescripción no había transcurrido. Lo cierto es que resulta difícil de justificar la procedencia de esta última cuando la posición jurídica del preterido intencionalmente queda equiparada en el derecho gallego a la de legatario de legítima y pasa por situarse frente a los herederos como titular de un derecho de crédito.

⁷⁴ La Compilación de las Islas Baleares configura la legítima del derecho de Ibiza y Formentera como *pars valoris bonorum* (cfr. art. 82 CDCIB), de manera que el legitimario es más que un acreedor porque ostenta un derecho que le faculta para perseguir bienes hereditarios hasta satisfacer su derecho, y en este sentido se dice que la legítima tiene la naturaleza de un derecho real, pero no es coheredero ni copropietario de los bienes que integran el caudal y carece en consecuencia de legitimación para ejercitar la acción de petición de herencia (cfr. MUNAR BERNAT, P. A., «La legítima en las Islas de Ibiza y Formentera», cit., pp. 332-333 y 337-339).

⁷⁵ Ya se pronunció en este sentido la STS 21 mayo 1999 (Ponente: P. GONZÁLEZ POVEDA, ECLI: ES:TS:1999:3532) aceptando que unos legitimarios, a los que el causante había mencionado en el testamento, ejercitaran la *hereditatis petitio* (diferenciándola en este caso de la acción de complemento) para exigir su cumplimiento.

⁷⁶ En la línea de lo afirmado en el texto, con referencia a un supuesto de desheredación, la SAP Pontevedra 12 junio 2019 (ECLI: ES:APPO:2019:1413) declara caducada la acción por el transcurso de cuatro años desde el fallecimiento de la testadora y rechaza expresamente la posibilidad de acogerse el demandante al plazo de general correspondiente a la acción de petición de herencia.

a acreditar la condición de legitimario deberían cerrar el paso a esta última⁷⁷. De otra forma habría que admitir que la carga formal de mencionarlo se difumina desde el momento que el remedio frente a su incumplimiento pasa a ser una acción de plazo prescriptivo más largo, sin un contenido propio.

3.3. Eficacia de la partición practicada sin el preterido en testamento

3.3.1. Preliminar

Una última cuestión queda por abordar en relación con las reclamaciones tardías de preterición. Me refiero a su incidencia en la partición de herencia. Evidentemente, si como consecuencia de la omisión testamentaria el legitimario se integra en una comunidad hereditaria, mientras la herencia se halle pendiente de liquidación podrá ejercitar en cualquier momento la acción de división (cfr. arts. 1052 y 1965 CC), siendo indiferente que tenga derecho a una cuota intestada o a la que le corresponda por legítima.

Esta regla presenta una salvedad en los sistemas catalán y gallego, que configuran la legítima como una *pars valoris* (cfr. art. 451-1 CCCat. y art. 249 LDCG), de modo que el preterido intencionalmente, en cuanto titular de un derecho de crédito, carece de legitimación para promover la partición de la herencia. La misma aclaración debe hacerse respecto del legitimario del derecho de Ibiza y Formentera, pues aunque es titular de un derecho real de realización de un valor que le faculta para perseguir bienes hereditarios (*pars valoris bonorum*), no está legitimado para exigir la división del caudal al no tener la condición de coheredero (cfr. art. 82.1 y 82.4 CDCIB).

Ahora bien, cuando la sentencia de preterición se dicta después de haberse practicado la partición, hay que dilucidar si para cubrir la cuota del preterido procede su rectificación o debe declararse nula y partir de nuevo con él. La respuesta ha suscitado algunas discrepancias en la doctrina y la jurisprudencia, como veremos a continuación, propiciadas en buena medida por el impreciso tratamiento que recibe la partición en el Código civil y por la superposición de las normas de ambas pretericiones, la testamentaria y la particional.

⁷⁷ Cfr. ARNAU RAVENTÓS, L., «Acción de petición de herencia», cit., p. 2514. En el marco del derecho aragonés, partiendo también de la distinción entre acciones de cumplimiento e incumplimiento de legítima, sostiene MOREU que el plazo de cinco años que establece el art. 493 CDFA respecto de las acciones reguladas en el título del que forma parte («De la legítima») es aplicable a las de incumplimiento (lesión cuantitativa o cualitativa, desheredación, preterición), que hacen inoperativa la acción de petición de herencia si no se ejercitan a tiempo, quedando reservada esta última a la reclamación o cumplimiento de legítima (cfr. MOREU BALLONGA, J. L., «El sistema legitimario...», cit., pp. 312-313).

Para superar las dificultades apuntadas puede ser de utilidad conocer la proyección de los diferentes efectos de la preterición testamentaria sobre la consiguiente partición. De un lado, si el título hereditario se declara nulo por aplicación del art. 814.II CC, la partición también deberá declararse nula atendiendo a las causas de ineficacia de las obligaciones, a las que remite el art. 1073 CC en esta materia, pues le faltaría el presupuesto necesario que le sirvió de fundamento⁷⁸. De otro lado, si la institución hereditaria se mantiene porque, ex art. 814.I CC, procede únicamente su reducción para satisfacer la legítima del preterido, la partición realizada prescindiendo de este se resolverá conforme a lo establecido en el art. 1080 CC, en cuya base se encuentra el principio *favor partitionis*⁷⁹.

Veamos ahora con mayor detalle los problemas que se plantean en cada uno de estos supuestos.

3.3.2. Repercusión de la preterición testamentaria intencional sobre la preterición particional

Según se acaba de ver, si la partición trae causa de una institución hereditaria eficaz, su mantenimiento debe resolverse conforme a lo previsto en el art. 1080 CC, que prevé soluciones diversas en función de la buena o mala fe de los que intervinieron en ella. Conviene aclarar que aquí la mala fe consiste en el conocimiento por alguno de los interesados de la existencia del preterido, lo que presupone que su filiación respecto del causante estaba legalmente determinada en el momento de la partición. Por consiguiente, resulta irrelevante que los coherederos fueran conscientes entonces de la relación biológica entre preterido y causante, pues faltando en aquel la condición de legitimario, en ningún caso podía intervenir en la partición⁸⁰.

⁷⁸ Sobre la aplicación a la partición hereditaria de las diferentes causas de ineficacia contractual es ilustrativa la STS 31 mayo 1980 (Ponente: J. CASTRO GARCÍA, ECLI: ES:TS:1980:5097) que menciona entre otras la ausencia de requisitos esenciales, como acontece si no es válido el testamento o el presupuesto de la partición.

⁷⁹ Aunque las categorías de ineficacia a las que remite el art. 1073 CC y las reglas del art. 1080 CC encuentran su ámbito más apropiado de aplicación en las particiones convencionales, no existe obstáculo legal alguno para aplicar estas mismas soluciones a otras clases de particiones. En este sentido, cfr. GALICIA AIZPURUA, G., «Artículo 1080 del Código civil», en *Código civil comentado*, volumen II, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 1833 y RIERA ÁLVAREZ, J. A., «Partición de herencia», en *Instituciones de Derecho Privado* (coordinador general: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), tomo V (coordinador: GARRIDO DE PALMA, V. M.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, segunda edición, 2019, p. 819.

⁸⁰ En este sentido resolvió la STS 6 julio 2004 (Ponente: R. RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES, ECLI: ES:TS:2004:4844) un caso de preterición testamentaria de una hija extramatrimonial no reconocida, aunque era hecho notorio entre los hijos matrimoniales instituidos la filiación biológica, que resultó determinada judicialmente doce años después de la aceptación y adjudicación de la herencia por aquellos, declarando el tribunal la improcedencia de la nulidad de la partición por haberse practicado de

Si según lo expuesto los instituidos en el testamento hubieran actuado de buena fe, determina el citado art. 1080 CC que vendrán obligados a pagar al omitido la parte que le corresponde⁸¹. A tal fin habrá que tomar como referencia el valor de los bienes del caudal al tiempo de la partición, sin perjuicio de tener en cuenta los intereses legales y frutos percibidos por los herederos demandados, así como los gastos de conservación y mejora en que hubieran incurrido, procediendo la reducción del exceso percibido por cada uno en sus adjudicaciones.

No está claro, evidentemente a falta de acuerdo, si ese pago debe hacerse en bienes hereditarios o en dinero. Aunque la discusión es fundada, la igualdad de lotes que exige el art. 1061 CC inclina a reservar el pago en metálico para aquellas situaciones en que no sea posible la entrega de bienes de la herencia –típicamente cuando se hubieran enajenado– o si así lo aceptara el preterido⁸². Cabe citar como ejemplo de esta interpretación la STS 21 febrero 2019 (Ponente: F. J. ORDUÑA MORENO) en un caso que traía causa de una preterición testamentaria intencional. La Audiencia Provincial resolvió que los herederos que habían practicado de buena fe la partición eran propietarios de los bienes que les fueron adjudicados y, por tanto, no cabía que fueran privados de ellos para su entrega al preterido, procediendo el pago de su cuota legitimaria en metálico. El Tribunal Supremo casa la sentencia, declarando lo siguiente: «[...] debe precisarse que, en nuestro Derecho de sucesiones, el resarcimiento que prevé el art. 1080 CC respecto del coheredero que ha resultado omitido o preterido en la partición realizada, esto es, el pago de la parte proporcional que le corresponda no comporta que dicho pago deba realizarse necesariamente y de un modo directo en dinero o en metálico. Pues bajo el entendimiento correcto de dicha regla jurídica, el pago supone el cumplimiento de la prestación tal y como es y en lo que ella consiste, es decir, restableciendo la efectividad del derecho hereditario del coheredero preterido conforme a su naturaleza y contenido en la herencia, y guardando la posible igualdad entre los coherederos, tal y como dispone el art. 1061 CC. En nuestro caso, el derecho hereditario del demandado, y con él, el de la demandante, quedó configurado o consistió en una cuota de participación en la nuda propiedad de la citada vivienda, que

buena fe. Sigue el mismo criterio la SAP Vizcaya 26 noviembre 2014 (ECLI: ES:APBI:2014:2402) en un supuesto de una hija extramatrimonial que el causante preterió intencionalmente en el testamento, que compartió con éste y con sus hijos y herederos su condición de hecho de tal, sin que fuera reconocida como hija hasta que ella lo solicitó legalmente, lo que no hizo en muchos años, cuando tenía más de 60.

⁸¹ A este respecto, no habiendo constancia de que los demandados tuvieran conocimiento, al tiempo de la adjudicación de la herencia, de la filiación de la persona preterida en el testamento de su padre, cfr. SAP A Coruña 31 julio 2009 (ECLI: ES:APC:2009:2397), SAP Alicante 18 mayo 2017 (ECLI: ES:APA:2017:1714), SAP Madrid 29 septiembre 2017 (ECLI: ES:APM:2017:12776) y SAP Madrid 29 octubre 2018 (ECLI: ES:APM:2018:13285).

⁸² Sin embargo la PCC se inclina por el carácter facultativo del pago en dinero o bienes hereditarios, que es el criterio del vigente art. 1077.II CC para los casos de rescisión de la partición, lo que evidentemente minimiza las consecuencias de la omisión (cfr. art. 468-78 PCC).

no fue objeto de adjudicación en dinero, por lo que a la demandante preterida le corresponde la titularidad del 50% de dicha cuota de partición del heredero demandado, sin que proceda alterar, con trato desigual, la naturaleza y consistencia del derecho hereditario objeto de transmisión».

Respecto de la partición practicada de mala fe se prevé su nulidad –rescisión en términos del art. 1080 CC– que alcanzará a todo el contenido de la escritura y a las inscripciones que se hubieran realizado en el Registro de la Propiedad, permitiendo al preterido exigir una nueva partición sin que los demandados puedan evitarlo mediante el pago de una indemnización⁸³. El valor de los bienes que haya de tomarse como referencia será el que tengan en el momento de la realización de las nuevas operaciones particionales.

3.3.3. Repercusión de la preterición testamentaria no intencional sobre la preterición particional

Recordemos que si como consecuencia de la falta de intención en la preterición testamentaria se declara nulo el título hereditario, también será nula la partición por falta del presupuesto del que trae causa (*ex art. 1073 CC*) con el correspondiente resultado de apertura de la sucesión intestada y modificación de cuotas, resultando indiferente en este caso que los intervinientes hubieran actuado de buena o mala fe⁸⁴.

Lo cierto es que no faltan pronunciamientos judiciales que, apreciando mala fe de los que partieron –porque se prueba que eran conocedores de la filiación del legitimario preterido, determinada legalmente– declaran la nulidad de las operaciones particionales con fundamento en el art. 1080 CC. A título de ejemplo cabe citar la STS 31 mayo 2010 (Ponente: X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, ECLI: ES:TS:2010:2654) y la STS 10 diciembre 2014 (Ponente: F. J. ORDUÑA MORENO, ECLI: ES:TS:2014:5773). Aunque este razonamiento no parece plenamente correcto, lo cierto es que conduce a la misma conclusión que si se aplica el criterio que aquí se defiende: el de las causas de ineficacia de las obligaciones.

Sin embargo, no sería indiferente el criterio empleado en el supuesto de que los interesados hubieran de buena fe, pues los arts. 1073 y 1080 conducen a soluciones

⁸³ Si la mala fe solo se puede predicar de algunos, parece posible defender la obligación de estos, según las reglas de liquidación de los estados posesorios, de restituir a la masa hereditaria los frutos percibidos, incluso lo que se debieron percibir (por todos: RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 547).

⁸⁴ Por todos: RIERA ÁLVAREZ, J. A., «Partición de herencia», cit. pp. 789-791; RUBIO GARRIDO, T., *La partición...*, p. 555 y COSTAS RODAL, L., *La ineficacia de la partición de herencia*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 64.

diferentes. Pese a ello alguna resolución judicial ha seguido basando el fallo en este último precepto. Valga como ejemplo la SAP Alicante 5 mayo 2017 (ECLI: ES:APH:2015:17684). La acción de nulidad de la partición, promovida por el preterido en el testamento de manera no intencional, resultó desestimada por entender el tribunal que al haber quedado probada la buena fe de los interesados debía subsistir aquella⁸⁵. A mi entender la sentencia no acierta, pues salvo que el demandante se hubiera avenido al mantenimiento de la partición, que no era el caso, la nulidad del título hereditario que sirvió a esta de fundamento comporta la de la división a que dio lugar⁸⁶.

3.4. *Un apunte final en materia de usucapión de los bienes hereditarios*

Las reflexiones anteriores sobre las acciones sucesorias tardías del preterido quedarían incompletas sin hacer una referencia a la usucapión de los bienes hereditarios por la parte demandada. No se trata aquí de ahondar en los requisitos de la institución, sobradamente conocidos, sino de poner de relieve que no faltan resoluciones judiciales que admiten que el demandado se beneficie de la usucapión abreviada. Con todo, un sector doctrinal cuestiona tal posibilidad, ya que ni el título de heredero ni el de partición de herencia constituyen el justo título del art. 1940 CC⁸⁷.

El supuesto común de las sentencias que se han pronunciado al respecto es el de un hijo no matrimonial que ejercita la acción de preterición una vez obtenida declaración judicial de su filiación, reclamando su cuota con cargo a los bienes de la herencia, cuando el instituido en el testamento llevaba en la posesión de los mismos más de diez años y menos de treinta. Pues bien, centrado el debate en la exigencia ineludible del justo título como fundamento de la posesión para usucapir en tiempo abreviado, la SAP A Coruña 2 octubre 2002 (ECLI: ES:APC:2002:2382) lo identifica con el testamento, en

⁸⁵ Otra cosa es que si no hubiera divergencia pudiera jugar por analogía el artículo 1080 CC, siempre que como consecuencia de la invalidez del título que sirvió de fundamento a la partición resulten herederos los que partieron de buena fe y el preterido (cfr. «Artículo 1081», en *Comentario del Código civil*, tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia, segunda edición, 1993, pp. 2540-2541).

⁸⁶ También COSTAS RODAL, L., «Partición de herencia con preterición de hijo del testador cuya filiación se determina una vez otorgado el testamento», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2010 (BIB 2010/2453) [Consulta 23 septiembre 2019].

⁸⁷ Como ejemplo de la confusión al respecto suele citarse la STS 22 febrero 2000 (Ponente: J. ALMAGRO NOSETE, ECLI: ES:TS:2000:1343), que declara consumada la usucapión ordinaria por la heredera fideicomisaria, en un caso en que estaba condicionada la institución al hecho de que el heredero fiduciario falleciese sin hijos, lo que sucedió después de que aquella llevara poco más de diez años en la posesión de los bienes en cuestión. Sobre la ausencia de una causa hábil para la transmisión del dominio en la que necesariamente debía fundamentarse la posesión en concepto de dueño a los efectos referidos, cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a, «Usucapión ordinaria 'pro herede'. Justo título. Acción de petición de herencia y usucapión. Comentario a la STS 22 febrero 2000 [RJ 2000, 808]», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2001, pp. 353-358.

cuanto título traslativo del dominio, en el que se instituyó heredera a la viuda demandada que llevaba en la posesión de los bienes hereditarios quince años. La SAP Pontevedra 26 abril 2006 (ECLI: ES:APPO:2006:962) declara consumada la usucapión ordinaria por el heredero testamentario poseedor de los bienes del caudal desde hacía dieciocho años, argumentando que «resulta meridiano a la luz del art. 609 CC, que tanto el testamento abierto del padre del actor en el que instituye heredero al padre de los demandados y el de este en relación a los mismos constituye título hábil para transmitir el dominio»⁸⁸. Asimismo, la SAP Lugo 10 julio 2015 (ECLI: ES:APLU:2015:562), sobre tres bienes inmuebles que se habían distribuido los herederos testamentarios hacía veinticuatro años, aunque en este caso las partes no discutieron siquiera sobre el justo título, que se dio por supuesto en ambas instancias, girando el litigio en torno a la mala fe de la posesión de los bienes hereditarios que no se consideró probada. Y, en fin, la SAP Pontevedra 2 octubre 2017 (ECLI: ES:APPO:2017:1955), en relación con los bienes relictos que los sucesores *mortis causa* venían poseyendo durante trece años resuelve: «Por lo que hace al requisito del justo título (esto es, según el art. 1952 CC, el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate), resulta claro, a tenor del art. 609 CC, que el testamento abierto del padre de la actora otorgado en el año 1998, en el que instituye herederos de sus bienes a los demandados constituye título hábil para transmitir el dominio sobre los mismos, unido a la posesión de los bienes hereditarios por el plazo de tiempo necesario para su adquisición por la vía de la prescripción adquisitiva o usucapión».

Sin embargo, esta tesis jurisprudencial no tiene en cuenta que la usucapión ordinaria está ideada para subsanar la falta de poder de disposición del que transmite la propiedad o ciertos derechos reales a título particular (cfr. arts. 1950 y 1952 CC), que no es el problema que se presenta en los casos descritos⁸⁹. Y es que ni el título *pro herede* ni el que proporciona la partición constituyen un título autónomo en el sentido

⁸⁸ El actor es un hijo extramatrimonial preterido intencionalmente, que dieciocho años después de la apertura de la sucesión reclama su cuota legitimaria, con cargo a los bienes de la herencia, frente a los hijos de su hermano premuerto, instituidos herederos en el testamento.

⁸⁹ Hubo ocasión de que el Tribunal Supremo se pronunciase al respecto en la sentencia de 21 de febrero de 2019 (Ponente: F. J. ORDUÑA MORENO, ECLI: ES:TS:2019:515), que resolvió una controversia sobre la procedencia de la usucapión ordinaria opuesta por el heredero intestado frente a la acción de petición de herencia que instaba una hija extramatrimonial del causante, trece años después de su fallecimiento, cuando logró determinar judicialmente su filiación. En ninguna de las instancias discutieron las partes la existencia de justo título a los efectos de la prescripción adquisitiva, centrándose el litigio en el cómputo de la posesión conforme a las reglas de los arts. 1957 y 1958 CC, pues la actora había vivido en el extranjero varios años. El Tribunal Supremo, después de apuntar que en la doctrina civilista es cuestión controvertida que el título de heredero sirva de fundamento a la usucapión abreviada, la entendió consumada en este caso por aplicación de los preceptos mencionados.

indicado para usucapir: el primero, porque supone sustituir al causante en su posición jurídica general⁹⁰; y el segundo, porque carece de naturaleza traslativa⁹¹.

Admitido lo anterior, siendo precisa la usucapión extraordinaria en los casos descritos, es evidente que el plazo para usucapir bienes inmuebles podría coincidir con el de la prescripción extintiva de la acción de petición de herencia, pues uno y otro comienzan a contar desde que el heredero testamentario tomó posesión de los bienes del caudal en concepto de dueño. Por consiguiente, solo la usucapión de bienes muebles cabe en plazo más breve que el de la acción de petición de herencia.

4. CONCLUSIONES

La preterición de un descendiente sobrevenido en virtud de un reconocimiento formal o de una sentencia firme de filiación plantea singulares problemas que merecen consideración.

Uno de ellos es el relativo a la calificación como intencional o no intencional. A este respecto hay que señalar que debe juzgarse el conocimiento o ignorancia por el disponente de la existencia del descendiente, que habrá de referirse a la relación biológica, aunque la filiación resulte determinada legalmente más tarde.

Cuando la sentencia de filiación es la única posibilidad que tenía el disponente de conocer esa realidad, cabe preguntarse qué habría ordenado respecto de ese hijo cuya existencia ignoraba al tiempo de testar. Algunos derechos forales excluyen el efecto propio de la preterición no intencional, la apertura de la sucesión intestada, presumiendo el legislador lo que sería la voluntad más probable del testador, sin perjuicio del derecho del preterido a su legítima. En el marco del Código civil habría que recurrir a las cláusulas testamentarias de mención genérica del legitimario, siempre que se redacten contemplando una hipótesis concreta, aunque sin designarlo nominativamente.

También se presentan dificultades en torno a las acciones sucesorias del preterido. En cuanto a la acción de preterición, la jurisprudencia tiende a atribuirle naturaleza rescisoria, sin establecer diferencias en función del carácter intencional o no de la

⁹⁰ Mucho menos el heredero aparente que resulta desplazado por el demandante como sucede en la preterición no intencional total, en este sentido, por todos: YZQUIERDO TOLSADA, M., «La usucapión», en *Tratado de Derecho civil*, tomo VI, dirigido por RAMS ALBESA, J., Madrid, Iustel, 2014, pp. 548-549.

⁹¹ Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Notas sobre el justo título para usucapir y la sucesión *mortis causa*», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 4, 1993, p. 1917 y RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, Cizur Menor (Navarra) Aranzadi, 2017, pp. 48-49.

omisión, aplicando el plazo de cuatro años desde el fallecimiento del causante o desde la sentencia de filiación si se dicta posteriormente. Transcurrido este plazo, resulta controvertido si puede obtener el preterido su cuota legitimaria o intestada por medio de la acción de petición de herencia, aunque parece razonable considerar que no será posible si previamente no hubiera justificado el título en el que basa su llamamiento, mediante la acción de preterición. Y por lo que se refiere a la partición practicada por los instituidos, sin el preterido testamentariamente, sólo mantendrá su eficacia si no se hubiera anulado la institución hereditaria, es decir, en caso de preterición intencional, y siempre que aquellos hubieran actuado de buena fe (arts. 1073 y 1080 CC).

Frente a las acciones sucesorias que tienen como antecedente una reclamación tardía de filiación es evidente que podrá oponer el instituido la usucapión de los bienes hereditarios, pero solo la extraordinaria, pues ni el título *pro herede* ni el que proporciona la partición constituyen el justo título que requiere el art. 1940 CC para poder beneficiarse de los plazos abreviados.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Legítimas y Derecho interregional», en *Tratado de legítimas*, coordinadora: TORRES GARCÍA, T. F., Barcelona, Atelier, 2012, pp. 153-202.

ARNAU RAVENTÓS, L., «Acción de petición de herencia», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo II, directora: GETE ALONSO, M^a C., Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2011.

ATXUTEGI GUTIÉRREZ, J., «La preterición y la petición de herencia ¿constituyen pretensiones, finalmente, autónomas a disposición del legitimario? STS de 23 de junio de 2015 (RJ 2015, 2547)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 2016, pp.151-166.

BARBER CÁRCAMO, R., «Retos actuales de la acción de reclamación de la filiación», en *Retos actuales de la filiación. Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 2018, p. 69-117.

— «STS 12 de enero de 2015. Imprescriptibilidad de la acción de reclamación de la maternidad no matrimonial por el hijo: inaplicación de la doctrina de los actos propios», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, director: YZQUIERDO TOLSADA, M., vol. 7 (2015), Madrid, Dykinson, 2017, pp. 459-472.

BERMEJO PUMAR, M^a M., «Los derechos legitimarios», en *Instituciones de Derecho Privado* (director: GARRIDO DE PALMA, V.), tomo V, volumen 4^o, segunda edición, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2019.

CARBALLO FIDALGO, M., «La legítima en la ley de 14 de junio de 2006, de Derecho civil de Galicia», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, directora: GETE ALONSO Y CALERA, M^a C., tomo II, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2011.

CALATAYUD SIERRA, A., «Conflictos de leyes en la sucesión por causa de muerte», en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I, volumen 1^o, segunda edición, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2015.

CÁMARA LAPUENTE, S. *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Madrid, Civitas, 2000.

COSTAS RODAL, L., *La ineficacia de la partición de herencia*, Madrid, Dykinson, 2015.

— «Partición de herencia hecha con preterición de hijo del testador cuya filiación se determina una vez otorgado el testamento», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2010 (BIB 2010/2453).

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Artículo 1081», en *Comentario del Código civil*, tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia, segunda edición, 1993.

DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil*, volumen V, Madrid, Edisofer, 2016.

— «Sobre el concepto y los efectos de la preterición en el Código civil», en *Estudios jurídicos: libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna*, vol. II, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, La Laguna, 1993, pp. 609-628.

DÍAZ TEJERO, C. M., *La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2018.

EESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La igualdad ante la ley de los hijos con independencia de su filiación en el Derecho de sucesiones», *Revista Jurídica del Notariado*, XIV (número extraordinario), 2018, pp. 415-446.

— «La determinación judicial de la filiación y la jurisprudencia sobre la prescripción en las acciones sucesorias», en *La prescripción extintiva*, Valencia, Tirant lo blanch, 2014, pp. 473-494.

— *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Madrid, Marcial-Pons, 1996.

FERNÁNDEZ EGEA, M^a A., *La jurisdicción notarial en el ámbito sucesorio*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

FERRER VANRELL, M^a P., «La legítima en el Derecho civil de las Islas Baleares», en *Tratado de legítimas*, coordinadora: TORRES GARCÍA, T.F., Barcelona, Atelier, 2012.

FONT SEGURA, A., «La sucesión hereditaria en el Derecho interregional», *Anuario de Derecho Civil*, 2000, pp. 23-81.

GALICIA AIZPURUA, G., «La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (Aranzadi digital: BIB núm. 5/2016).

— «Artículo 1080 del Código civil», en *Código civil comentado*, volumen II, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2011.

GARCÍA VICENTE, J. R., «Las acciones de filiación», en *Tratado de Derecho de la Familia* (directores: YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.), vol. V, segunda edición, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 357 a 506.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El testamento viciado por preterición intencional en el Código Civil y en los derechos civiles forales*, Granada, Comares, 2004.

GASPAR LERA, S., *La acción de petición de herencia*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2001.

GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Notas sobre el justo título para usucapir y la sucesión *mortis causa*», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 4, 1993, pp. 1899-1922.

HERRERO OVIEDO, M. *et al.*, «Las legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia», en *Tratado de legítimas* (coordinadora: TORRES GARCÍA, T. F.), Barcelona, Atelier, 2012, pp. 203-290.

JIMÉNEZ GALLEGO, C., «La preterición: una reforma necesaria», *Revista Jurídica del Notariado*, núms. 22-89, 2014, pp. 705-741.

MARÍN LÓPEZ, M. J., «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil», en *La prescripción extintiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 15-234.

MARTÍN PÉREZ, J. A., «Acciones protectoras de la legítima», en *Acciones civiles* (director: LLAMAS POMBO, E.), segunda edición, tomo I, Madrid, La Ley, 2017, pp. 915-1085.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código Civil*, Madrid, Civitas, 1991.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a, «La preterición», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Madrid, Civitas, 2003, pp. 5339-5390.

— «Notas sobre la ‘voluntad del testador’», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, 2002.

— «Usucapión ordinaria ‘pro herede’. Justo título. Acción de petición de herencia y usucapión. Comentario a la STS 22 febrero 2000 (RJ 2000, 808)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2001, pp. 349-358.

MORETÓN SANZ, M^a F., «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea. Efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010, pp. 2890-2909.

MOREU BALLONGA, J. L., «El sistema legitimario en la ley aragonesa de sucesiones», en *Actas de los Decimoquintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2005*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2006, pp. 149-409.

MUNAR BERNAT, P. A., «La legítima en las Islas de Ibiza y Formentera», en *Tratado de legítimas* (coordinadora: TORRES GARCÍA, T. F.), Barcelona, Atelier, 2012, pp. 331-341.

PARRA LUCÁN, M^a A y BARRIO GALLARDO, A., «La legítima en Derecho aragonés», en *Tratado de legítimas* (coordinadora: TORRES GARCÍA, T. F.), Barcelona, Atelier, 2012, pp. 359-416.

RIERA ÁLVAREZ, J. A., «Partición de herencia», en *Instituciones de Derecho Privado* (coordinador general: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), tomo V (coordinador: GARRIDO DE PALMA, V. M.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, segunda edición, 2019.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La suspensión de la prescripción en el Código civil español. Estudio crítico de la legalidad vigente*, Madrid, Dykinson, 2002.

RODRÍGUEZ ROSADO, B., *Heredero y legitimario*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017.

ROVIRA SUEIRO, M^a E., «Artículo 266», en *Comentarios a la ley de Derecho civil de Galicia* (coordinador: REBOLLEDO VARELA, A. L., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008.

RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

SANCIÑENA ASURMENDI, C. y GAGO SIMARRO, C., «La igualdad por razón de filiación y la sucesión hereditaria», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 34 2019, pp. 139-145.

SERRANO GARCÍA, J. A., «La legítima en Aragón», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, directora: GETE ALONSO Y CALERA, M^a C., tomo II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pp. 2009-2010.

TORRES GARCÍA, T. F., «Legítimas, legitimarios y libertad de testar», en *Derecho de Sucesiones, Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil*, Murcia, Publicaciones Universidad de Murcia, 2006.

VAKER ALOY, A., «La legítima en el Derecho civil de Cataluña», en *Tratado de legítimas* (coordinadora: TORRES GARCÍA, T. F.), Barcelona, Atelier, 2012, pp. 471-515.

VIVAS-TESON, I., «Distinción de efectos entre la preterición intencional y errónea y los aspectos procesales en el ejercicio de las acciones en el procedimiento de preterición», en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, vol. 1^o, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 755-777.

YZQUIERDO TOLSADA, M., «La usucapión», en *Tratado de Derecho civil*, tomo VI, dirigido por RAMS ALBESA, J., Madrid, Iustel, 2014.

Fecha de recepción: 02.07.2020

Fecha de aceptación: 21.12.2020