

# **TRABAJO FIN DE MÁSTER EN ABOGACÍA**

**Universidad de Córdoba / ICA-CÓRDOBA (Escuela de Práctica Jurídica)**

## **CURSO ACADÉMICO 2021/22**

|  |   |  |  |
|--|---|--|--|
| <b>CONVOCATORIA</b> (marque con una <b>X</b> la opción que proceda):   |   |  |  |
| Enero 2022   | X |  |  |
| Septiembre 2022  |   |  |  |
| <b>TÍTULO</b> (indique la materia objeto del supuesto práctico/dictamen objeto del TFM):   |   |  |  |
| <p>Dictamen sobre preterición intencional de hija extramatrimonial en el testamento de su padre<br/>                     "Opinion on the intentional preterition of an extramarital daughter in her father's will"</p> |   |  |  |
| <b>ESTUDIANTE</b>  |   |  |  |
| D <sup>a</sup> . PAULA ELENA DURAC   |   |  |  |
| <b>DIRECTOR/A</b>  |   |  |  |
| D. IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ   |   |  |  |

Fecha: 3 de diciembre de 2021

## **DECLARACION JURADA DE AUTORÍA Y NO PLAGIO**

D./Dña. PAULA ELENA DURAC, estudiante del Máster Universitario en Abogacía impartido conjuntamente por la Universidad de Córdoba y el Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba (EPJ), curso académico 2021/2022, como autor/a del Trabajo Fin de Máster titulado: Dictamen sobre preterición intencional de hija extramatrimonial en el testamento de su padre

---

### **DECLARA EXPRESAMENTE Y BAJO SU EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD:**

- 1.- Que el Trabajo Fin de Máster presentado **es en su integridad de su autoría y ha sido elaborado específicamente** para la superación de la asignatura "*Trabajo Fin de Máster*" (Máster en Abogacía) correspondiente al Plan de Estudios.
- 2.- Que el Trabajo Fin de Máster presentado **es original**, esto es, que no copia ni emplea ideas o citas integrales incluidas en las obras de otros autores -ya sea en formato papel o electrónico- sin mencionar de forma clara y expresa su origen, tanto en el cuerpo del texto como en las notas a pie incluidas en el documento.
- 3.- Que es plenamente consciente de que la no observancia de los extremos anteriores podrá dar lugar a la imposición de las sanciones disciplinarias o de otro tipo que correspondan.

En Córdoba, a 3 de diciembre de 2021

## ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| <b>A. MEMORIA DE PRÁCTICAS</b> .....  | 4  |
| 1. INTRODUCCIÓN .....   | 4  |
| 2. DESARROLLO DE LAS PRÁCTICAS .....  | 4  |
| 3. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN PERSONAL .....   | 21 |
| <b>B. CASO PRÁCTICO</b> .....   | 24 |
| OBJETO DEL DICTAMEN .....   | 24 |
| ANTECEDENTES DE HECHO .....   | 24 |
| CUESTIONES JURÍDICAS OBJETO DE RESOLUCIÓN .....   | 25 |
| NORMATIVA APLICABLE, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA .....  | 26 |
| FUNDAMENTOS JURÍDICOS .....   | 27 |
| 1. ¿Qué es la legítima y cuáles son sus elementos? .....  | 27 |
| 2. ¿Cuáles son las características de las legítimas de los descendientes? .....                             | 33 |
| 3. ¿Qué mecanismos de la protección de la legítima existen? .....   | 38 |
| 4. ¿Qué es la preterición? .....  | 57 |
| 5. ¿Qué consecuencias se derivan de la partición realizada con preterición testamentaria de heredero? ..... | 77 |
| CONCLUSIONES .....  | 80 |
| BIBLIOGRAFÍA .....  | 84 |
| RELACIÓN JURISPRUDENCIAL .....  | 89 |

## **A. MEMORIA DE PRÁCTICAS**

### **1. INTRODUCCIÓN**

La presente memoria recopila de manera detallada las actividades realizadas durante el periodo de prácticas externas curriculares del Máster de Abogacía, así como las valoraciones acerca de las mismas. El método de exposición de dichas labores será el de una descripción individualizada por cada una de ellas, relatando en qué han consistido, así como los conocimientos que he adquirido en el desarrollo de las mismas.

### **2. DESARROLLO DE LAS PRÁCTICAS**

En este apartado se expondrán las actividades concretas que se han realizado durante el periodo de prácticas, que abarcan una gran variedad de ramas del Derecho. Si bien es cierto que hemos trabajado en diversas jurisdicciones, la mayor incidencia se ha producido con respecto al Derecho Penal y el Derecho Civil, aunque también hemos tratado cuestiones de índole tributaria y procesal.

Antes de continuar, debo puntualizar que, en un principio, mi compañero de prácticas, Antonio Cara, y yo realizábamos las tareas que nos encomendaba el letrado Rafael Muñoz por separado, pero este consideró más pertinente y beneficioso para ambos que trabajáramos en equipo de modo que pudiéramos ver más casos y aprender de los errores del otro. De esta manera, nuestra implicación en el despacho ha sido mucho más significativa ya que, además de nuestras propias ideas, hemos tenido presente en todo momento las aportaciones del otro para complementar nuestro trabajo y conseguir el mejor resultado posible. En el proceso no solo hemos aprendido a colaborar, sino que también hemos asimilado personalmente cada una de las competencias que hemos desarrollado conjuntamente.

A continuación, se exponen las actividades desarrolladas, los actos jurisdiccionales a los que hemos asistido, así como los organismos e instituciones públicas que hemos visitado:

#### **A) JURISDICCIÓN CIVIL**

##### **DEMANDA DE NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Una de las primeras labores que nos encargó el tutor a mi compañero, Antonio Cara y a mí, fue la preparación de una demanda de nulidad de cláusulas abusivas y restitución de gastos derivados de las mismas. Para ello, estudié la prescripción de dichas acciones concluyendo que mientras que la acción de nulidad es imprescriptible, la acción de restitución de gastos no lo es, prescribiendo a los 5 años según lo dispuesto por el artículo 1964 del Código Civil para las acciones personales sin plazo de prescripción inicial. No obstante, hoy en día, sigue sin haber una postura clara sobre cuál debería ser el día inicial para el cómputo de dicho plazo, siendo esto relevante para la elaboración de la demanda.

Asimismo, para ahondar en este tema acudí tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, enfocándome en Sentencias del Tribunal Supremo tan importantes como la de 23 de diciembre de 2015, o las de 23 de enero de 2019, en las cuales se establece la nulidad por abusividad de distintas cláusulas insertas en contratos con consumidores, afectando esta jurisprudencia a las cláusulas suelo, las de interés moratorio, y las de gastos de gestoría y notaría entre otras. Vistas las mismas, deduje que el cómputo del plazo comenzó en el año 2019, pues a partir de la recaída de dichas sentencias se podía considerar conocida la abusividad de las cláusulas concretas que nos interesaban a nosotros. Por tanto, estábamos en plazo para interponer la demanda.

#### DEMANDA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

También realizamos una demanda en ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual por caída en un establecimiento mercantil abierto al público. Más concretamente, nuestra cliente se cayó en las dependencias del DECATHLON al chocarse con un banco mal colocado en la sección de zapatillas de mujer, lo que le ocasionó numerosas lesiones que acreditamos mediante los partes médicos.

Para fundamentar la demanda buscamos jurisprudencia variada sobre el nexo causal que debía darse entre la acción u omisión y el daño producido concluyendo que para apreciar la culpa del demandado el resultado debía ser una consecuencia natural, adecuada y suficiente derivada de su actuación. En nuestro caso, consideramos que la falta de medidas de seguridad en cuanto a la colocación del mobiliario era una negligencia por parte de DECATHLON y debido a esto se produjo la caída de nuestra cliente, por lo que a aquel le correspondía indemnizarla con la cantidad

de 4109,31 € más los intereses legales correspondientes, resultantes de multiplicar los 130 días necesitados para la recuperación por la cuantía establecida para el perjuicio personal básico, esto es 31,61 €.

Dado que la cuantía del procedimiento no excedía de los 6000 euros, la demanda presentada se tramitó conforme a lo previsto para el procedimiento verbal.

### CONTESTACIÓN A UNA DEMANDA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.

En otra ocasión realizamos una contestación a una demanda de modificación de medidas en la que un padre pretendía que el juez privara de la guarda y custodia exclusiva de los hijos a la madre y se la otorgara a él, además de acordarse una pensión de alimentos de 400 €. El fundamento de su demanda fue que la mujer no criaba adecuadamente a los menores, motivo por el cual ya había presentado una denuncia y una querrela contra ella por maltrato en el ámbito familiar. El primer procedimiento penal contra nuestra cliente acabó con una sentencia absolutoria y el que seguía en curso presentaba el mismo patrón. Asimismo, pensamos que el hombre estaba instrumentalizando los procedimientos penales para ganar el civil pues su conducta demostraba un afán vengativo hacia nuestra cliente, que le reclamó judicialmente el pago de las pensiones impagadas que ascendían a más de 8.000 euros.

De esta manera, para contestar a la demanda analizamos, punto por punto, los requisitos jurisprudenciales que se han de dar para poder acordar una modificación de las medidas definitivas, considerando que no se había producido ningún cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de dictar la sentencia por la cual se adoptaron las medidas. Por ello, solicitamos al juzgado que desestimara la demanda, manteniendo las medidas acordadas con anterioridad, y que impusiera las costas a la demandante.

### TASACIÓN DE COSTAS Y LIQUIDACIÓN DE INTERESES

Tras un procedimiento de ejecución, se nos dio traslado de una diligencia de ordenación en la que se nos pedía que presentáramos escrito de propuesta de tasación de costas y liquidación de intereses. A petición de Rafael, mi compañero y yo redactamos los escritos separadamente.

En primer lugar, en cuanto a la tasación de costas, a tenor del artículo 242 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, elaboramos una minuta de honorarios del abogado aplicando el Baremo Orientador de Honorarios Profesionales del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba. De esta manera, determinamos las costas originadas en el procedimiento de ejecución en función de los 4 puntos que le correspondían a la redacción de una demanda de ejecución dineraria.

En cuanto a la liquidación de intereses, tuvimos en cuenta el momento en que se firmó el contrato y el momento en que se consignó el principal por la contraparte, 19 años después. Haciendo uso de una aplicación que nos mostró nuestro tutor, calculamos el interés legal resultando la liquidación en un total incluso superior al principal del dinero.

### OPOSICIÓN A LA IMPUGNACIÓN DE TASACIÓN DE COSTAS

Rafael nos asignó un caso relativo a una impugnación de tasación de costas para elaborar un escrito de oposición a la impugnación de la contraparte y a la reducción de los honorarios que esta solicitaba.

La contraparte consideró que la tasación de costas no era correcta puesto que la cuantía del procedimiento del que partían no era indeterminada, tal como sostuvo nuestro tutor, sino concretamente la suma de los gastos que se reclamaban. Sin embargo, dado que nos encontrábamos ante un procedimiento de nulidad de cláusulas bancarias del que se derivó la solicitud de restitución de los gastos hipotecarios que soportó indebidamente el prestatario, la cuantía del procedimiento debía ser considerada como indeterminada pues los gastos que se reclamaban no eran más que la consecuencia obvia de la declaración de nulidad de dichas cláusulas, principal pretensión del litigio. Por ello, consideramos que el baremo tenía que aplicarse sobre la cantidad de 18.000 euros que establece la ley en caso de pretensiones inestimables, y no sobre la suma de los gastos reclamados pues, aunque estos últimos sí son fácilmente determinables, no ocurre lo mismo en el caso de la pretensión de nulidad de cláusulas bancarias.

### PETICIÓN INICIAL DE MONITORIO CONTRA TITULARES DE VIVIENDAS EN COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

Durante la estancia en el despacho realizamos varios escritos de petición inicial de monitorio contra deudores de comunidades de propietarios. Para su elaboración visitamos en repetidas ocasiones el Registro de la Propiedad en busca de las notas simples que esclarecieran los nombres de los titulares de las viviendas que adeudaban cuotas pues es muy importante dirigir la demanda contra la persona correcta ya que, de lo contrario, se nos impondrían las costas.

Asimismo, confeccionamos los documentos que es necesario adjuntar con el escrito, siendo estos la certificación de deuda que posteriormente firmaría el secretario de la comunidad de propietario o quien hiciese sus labores, así como la comunicación que el artículo 9.1.h. de la Ley de Propiedad Horizontal exige que se exponga en el tablón de anuncios o en cualquier otro lugar visible de la comunidad, en caso de que no se haya podido localizar a los deudores a través de otros medios como, por ejemplo, mediante burofax con certificación de texto notarial. Este último documento, también se remitió al secretario o a quien ejercía sus funciones para firmarlo con el visto bueno del presidente de la comunidad de propietarios. La importancia de la comunicación en el tablón radica en que la misma produce plenos efectos jurídicos en el plazo de tres días naturales, de modo que el procedimiento puede seguir adelante, aunque no se encuentre al deudor.

En este ámbito, una de las cuestiones procesales que hemos tenido que investigar fue quién tiene legitimación pasiva ya que no sabíamos contra quién debíamos dirigirnos si el titular real era distinto del titular registral. El titular registral de una de las viviendas era la Junta de Andalucía, pero el titular real era otra persona en virtud de un contrato privado que no se inscribió. Para esclarecer esta problemática, consultamos la jurisprudencia, descubriendo la STS 211/2015, 22 de Abril de 2015 que sienta doctrina al dictaminar que el titular registral solo puede ser demandado en ciertos casos tasados: cuando es el propietario en el periodo en el que se originaron las deudas; cuando es el propietario actual pero deba responder de deudas de propietarios anteriores con el límite que establece la ley; cuando no haya comunicado a la comunidad de propietarios el cambio de titularidad de la vivienda. Fuera de estos casos al titular registral solo se le puede demandar si, además de pretender la acción de reclamación de la deuda, se pretende una acción real sobre la vivienda de la que se es titular registral de modo que se pueda extender la ejecución sobre el inmueble inscrito a su nombre.

## OPOSICIÓN A PETICIÓN INICIAL DE MONITORIO

Aunque redactamos varios escritos de petición inicial de monitorio, no vimos ningún escrito de oposición a la petición inicial hasta pasadas varias semanas de prácticas. Por ello no estaba familiarizada con el mismo.

En esta ocasión se requería a nuestros clientes el pago de más de 9000 euros en concepto de honorarios por el abogado y el procurador de un procedimiento ejecutivo anterior.

A la hora de redactar la oposición, mi compañero Antonio y yo caímos en el error de adelantarnos en el tiempo, realizando un escrito que se parecía más a una contestación a la demanda que a un escrito de oposición a una petición inicial de monitorio. Pero finalmente, para oponernos tuvimos en cuenta la falta de aportación de la hoja de encargo suscrita entre los profesionales y nuestros clientes y alegamos la excesividad de las cuantías requeridas que no fueron anunciadas a nuestros clientes en ningún momento, ni siquiera de manera aproximada. En el SUPPLICO solicitamos el archivo del procedimiento monitorio y el seguimiento de la tramitación por la vía del procedimiento ordinario.

#### DEMANDA DE EJECUCIÓN DE MONITORIO

Tras la interposición de una petición inicial de monitorio admitida a trámite, se requirió al deudor el pago de la cantidad adeudada, pero transcurrido el plazo de 20 días legalmente previsto para satisfacer la deuda u oponerse a la petición sin realizar ninguna de las dos cosas, el Letrado de la Administración de Justicia decretó el archivo del procedimiento monitorio con condenas en costas a la demandada, dándonos traslado para interponer demanda de ejecución. Atendiendo a ello, solicitamos el despacho de ejecución en virtud del decreto notificado.

Asimismo, al no tener esta parte conocimiento de los bienes susceptibles de embargo del ejecutado, interesamos las averiguaciones sobre el patrimonio de este en el Punto Neutro Judicial a los efectos del artículo 590 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Agencia Tributaria a fin de que facilitara la información sobre los bienes que poseía el ejecutado y retuviera cualquier devolución que tuviera derecho a percibir.

#### INFORME PARA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

Otra de las tareas que efectuamos en el despacho fue la realización de informes jurídicos encargados por clientes. Dado que Rafael asesora a varias Comunidades de Propietarios, nos encargó la realización de un informe jurídico para una de ellas, en el cual determinaríamos la posibilidad de impedir que una vecina se convirtiera en presidenta de la Comunidad. Para ello estructuramos el informe en tres apartados, exponiendo tanto las posturas a favor como en contra de esta posibilidad.

En primer lugar, teniendo en cuenta que dicha vecina adeudaba cuotas a la comunidad, investigamos si un propietario moroso podía ser presidente. Aunque la opinión popular considera que un deudor no puede convertirse en presidente, lo cierto es que la ley no penaliza la morosidad. El moroso puede participar en las deliberaciones de las juntas, aunque pierde su derecho a voto. Ahora bien, si la morosidad entra en conflicto directo con los intereses de la comunidad, cosa que podría llegar a pasar si un moroso se convierte en presidente, el juez deberá obligar al designado a satisfacer sus deudas para erradicar el conflicto y la necesidad de su sustitución.

En segundo lugar, teniendo en cuenta que la vecina no era propietaria, sino cónyuge del propietario del inmueble situado en el edificio, nos planteamos si una persona que no es titular de una vivienda de la comunidad podía ser presidente. La respuesta en este caso es clara. Si no se tiene la condición de propietario al momento de la elección, el nombramiento es nulo de pleno derecho ya que es condición *sine qua non*.

Finalmente, teniendo en cuenta que la razón de ser de la consulta era que la vecina que pretendía ser presidenta frenaba deliberadamente los acuerdos en las juntas de propietarios, aludimos una vez más, al conflicto de intereses que puede darse entre lo que pretende el presidente y lo que pretenden los vecinos. Aunque presidente puede ser cualquier persona, no es lo más acertado que se llegue a este cargo si los intereses de una y otra parte son contrapuestos, debiendo cesar en este conflicto para que el cargo se desempeñe adecuadamente. De no ser así, los vecinos cuentan con acciones civiles para exigirle responsabilidad al presidente.

**PREPARACIÓN DE INFORME EN PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS.**

En previsión de lo que podría ocurrir el día del juicio de un caso sobre una modificación de medidas definitivas, Rafael nos encomendó la elaboración del informe final. Nuestra cliente, en cuanto progenitora custodia, demandó a su expareja solicitando el establecimiento del domicilio familiar en otra ciudad, trasladándose con ella sus hijos menores de edad. A ello se opuso el demandado, solicitando a su vez la custodia exclusiva de los hijos y el establecimiento de su residencia en casa de sus abuelos paternos.

Tras investigar detenidamente, vimos que la jurisprudencia es bastante dispar en cuanto a la posibilidad del cambio de residencia del cónyuge custodio ya que, por norma general, requiere del consentimiento de ambos padres para que se pueda producir el desplazamiento de los menores de su entorno habitual. No obstante, también se muestra sensible a las necesidades del progenitor custodio. En reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo ha declarado que el interés del menor no equivale necesariamente a que deba permanecer en un entorno determinado, sino que incluso puede ser beneficioso y enriquecedor un cambio de residencia.

Además, en nuestro supuesto el padre tenía varias condenas por delitos de maltrato en el ámbito familiar y violencia de género por lo que argumentamos que no era el progenitor más idóneo para encargarse de la guarda y custodia de los menores. La madre por su parte no tenía trabajo ni ningún vínculo social ni familiar en la ciudad, motivo por el cual pedía el cambio de residencia a la ciudad de sus padres, donde tendría su apoyo y le sería más fácil buscar un empleo. Es decir, la solicitud de nuestra cliente tenía una justificación y para fundamentar su petición rescatamos diversas sentencias tanto del Tribunal Supremo como de Audiencias Provinciales.

## **B) JURISDICCIÓN PENAL**

### **DENUNCIA POR DELITO DE DAÑOS EN PROPIEDAD AJENA**

A finales del mes de octubre redactamos una denuncia por un delito de daños causados por el forzamiento de la cerradura de un portal de una Comunidad de Propietarios.

A pesar de desconocer quién había realizado tales acciones, dirigimos la denuncia contra autores desconocidos y aportamos como prueba imágenes del estado en el que se encontraba la puerta tras los acontecimientos. Asimismo, alegamos el riesgo que corría la seguridad de los vecinos y

determinamos que los hechos descritos podían ser constitutivos de un delito de daños en propiedad ajena, tipificado en el artículo 263.1 del Código Penal.

## ESCRITO DE ACUSACIÓN

Uno de los muchos escritos de acusación que hemos redactado se dio a raíz de un quebrantamiento de condena por parte de un hombre que, pese a tener impuesta una prohibición de comunicación con su expareja, víctima de violencia de género, le envió una solicitud de amistad en Facebook, generando temor y angustia en nuestra cliente.

Ante el requerimiento del Juzgado de formular escrito de acusación particular, procedimos a ello, acusando al hombre de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 486.2 del Código Penal, solicitando que se le impusiera una pena de prisión de un año al tratarse del quebrantamiento de una pena contemplada en el artículo 48 con relación a una persona a la que se refiere el artículo 173.2. Igualmente solicitamos la apertura del juicio oral, de conformidad con el Ministerio Fiscal.

## ESCRITO DE DEFENSA POR DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA

Vimos varios casos de delitos contra la salud pública. El más reseñable de ellos se dio como consecuencia de un registro de la vivienda de nuestro cliente al haber sido alertada la policía por un vecino, del fuerte olor a marihuana que se percibía en los alrededores. Cabe decir que nuestro cliente colaboró con la policía en todo momento, permitiendo la entrada en el domicilio donde se encontraron 122 plantas medianas de marihuana que, no obstante, según alegó nuestro cliente, eran de uso personal ya que padecía VIH y empleaba este psicotrópico para aliviar sus dolencias.

Por ello y por haber manipulado el cableado eléctrico para el cultivo de las plantas, a nuestro cliente se le imputó un presunto delito contra la salud pública de sustancia que no causa grave daño a la salud del artículo 368.1º inciso segundo del Código Penal, y un presunto delito de defraudación del fluido eléctrico del artículo 255.1. 1º del Código Penal.

Respecto del segundo delito no tuvimos mucho que alegar puesto que las pruebas eran claras y contundentes, pero respecto del delito contra la salud pública estudiamos la cadena de custodia de la droga, determinando que esta se había visto vulnerada ya que, en primer lugar, las plantas fueron puestas a disposición policial sin que quedara constancia de quién había realizado tal puesta a

disposición. Igualmente, aunque sí constaba una diligencia de traspaso al Grupo de Policía Judicial de la Comisaría de Distrito Este, no se especificaba ni cuando se realizó el traspaso ni quién fue el encargado de llevarlo a cabo. Del mismo modo, también había lagunas en cuanto a la cantidad de droga que se trasladó al Área de Sanidad y Consumo de la Delegación de Gobierno en Andalucía que se encargó de realizar el análisis de la droga.

No obstante, la gravedad del hecho creemos que estaba en que, además de los descuidos antes mencionados, la droga fue destruida en su mayor parte tras el análisis sin autorización judicial, y sin haber dejado constancia de la destrucción de la droga mediante ningún acta. De esta manera, cuando el juez sí acordó la destrucción, con el visto bueno de las partes, la droga ya había sido destruida sin su autorización lo que impedía corroborar que la droga supuestamente analizada provenía efectivamente de las plantas intervenidas.

Por ello, en el escrito de defensa pedimos directamente la nulidad del procedimiento y consecuentemente la absolución de nuestro cliente ya que la rotura de la cadena de custodia impedía que se pudiera tener en cuenta la droga como prueba de cargo pues, de lo contrario, se estaría vulnerando el derecho del acusado a un procedimiento con todas las garantías.

## ESTRATEGIAS DE DEFENSA

En el ámbito penal preparamos la estrategia de defensa de varios casos.

El primero de ellos trató sobre un delito leve de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal en el que nuestras clientas ocuparon una vivienda cuyo titular era un fondo de titulización activo. Para plantear la defensa, en primer lugar, tuvimos en cuenta la prescripción de este delito pues parecía que había transcurrido más de un año desde que se identificó a las mujeres hasta el señalamiento del juicio. No obstante, debido a los numerosos trámites procesales intermedios concluimos que la prescripción se había interrumpido y, por ello, quedó descartada como estrategia de defensa.

En segundo lugar, pasamos a estudiar los elementos del tipo y nos dimos cuenta de que faltaba el requisito de la voluntad de permanencia, sin el cual no podíamos estar ante el acto delictivo de la ocupación. Para apoyar esta argumentación recopilamos documentales que obraban en autos en las cuales se ponía de manifiesto el corto periodo de tiempo durante el cual nuestras clientas

permanecieron en el inmueble. Con ello concluimos que sin la intención de permanencia no se estaba lesionando el bien jurídico que el Código Penal protege, que es la titularidad del patrimonio afectado.

Para finalizar la estrategia defensiva de este caso, formulamos las preguntas que íbamos a hacer en el juicio y propusimos las pruebas en las cuales se iba a basar nuestra defensa.

### RECURSO DE APELACIÓN CONTRA CONDENA POR USURPACIÓN

Entre los muchos escritos que realizamos está el recurso de apelación contra una sentencia por la cual se acordaba condenar a nuestras dos clientas por un delito de usurpación. Para fundamentar el recurso alegamos error en la apreciación de la prueba e infracción de la ley puesto que el juez consideró como hecho probado que la usurpación se dio desde principios de 2020 hasta el momento actual. No obstante, nosotros consideramos que se ignoraron varias pruebas documentales que constaban en el procedimiento, de las cuales se infería que las acusadas no vivían en el inmueble objeto de ocupación. No sólo se pasaron por alto declaraciones de vecinos que afirmaban que no eran las dos mujeres las que residían en la vivienda, sino que también se ignoró que, en un momento dado, al menos una de ellas arrendó un apartamento en otro lugar. Además, alegamos que se había infringido el artículo 245.2 del Código Penal ya que la modalidad de usurpación pacífica requiere de un elemento subjetivo que no creíamos que se hubiese dado en el supuesto tratado. No había ni voluntad de permanencia en la vivienda, ni de afectar la posesión efectiva del titular del bien ya que nuestras clientas abandonaron la vivienda para no crear inconvenientes.

Por todo ello, solicitamos al juzgado que modificara su pronunciamiento, acordando la libre absolución de nuestras clientas.

### RECURSO DE REFORMA Y SUBSIDIARIO DE APELACIÓN

Tuvimos que elaborar este recurso como consecuencia de la notificación de un auto que disponía acomodar la causa al procedimiento abreviado, debiendo seguirse contra nuestro cliente como presunto autor de un delito de estafa por la sustracción de 500 euros de un cajero, haciendo uso de la tarjeta bancaria de la empresa. Sin embargo, nosotros consideramos que la vía procedimental

dispuesta por la resolución judicial no era la adecuada ya que se daban todos los requisitos para que la tramitación siguiese la vía del enjuiciamiento rápido.

Con base al artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegamos que nos encontrábamos ante un delito castigado con pena de prisión inferior a cinco años. Concretamente, la pena privativa de libertad para el delito de estafa es de seis meses a tres años. Además, tal como requiere la ley, este procedimiento se inició en virtud de atestado policial y se citó a nuestro cliente para comparecer en el Juzgado de Guardia en calidad de denunciado.

Por último, fundamentamos que la instrucción de esta causa era previsiblemente sencilla ya que nuestro cliente no solo estaba perfectamente identificado a través de las imágenes captadas por el cajero, sino que también él mismo admitió haber sustraído el dinero haciendo uso de la tarjeta de la empresa.

Por todo ello, solicitamos al Juzgado, y subsidiariamente a la Sala de la Audiencia Provincial, que acordara seguir la causa por los trámites del enjuiciamiento rápido para conseguir la reducción de la pena en un tercio en caso de conformidad.

## ESCRITO DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

A uno de nuestros clientes se le condenó a un año y tres meses de prisión como autor de un delito de hurto del artículo 234.1 del Código Penal, con la agravante de reincidencia por lo que el juzgado nos requirió para que nos pronunciáramos respecto de la concesión al penado del beneficio de la suspensión de la condena. Dado que no era su primera condena no pudimos acudir al artículo 80.2 del Código Penal al no cumplirse las condiciones necesarias para su aplicación. No obstante, tuvimos en cuenta que el delito se cometió con el fin de sustentar la drogadicción de nuestro cliente que, al momento de elaborar el escrito de suspensión de la ejecución de la pena, se encontraba deshabitado. Por ello, acudimos artículo 80.5 del Código Penal, que establece la posibilidad de suspender la ejecución de penas de prisión no superiores a cinco años cuando los penados hubiesen cometido el delito por su grave adicción a las sustancias, siempre y cuando se encuentren rehabilitados, como era nuestro caso.

En definitiva, la deshabitación implicaba la voluntad de nuestro cliente de no volver a delinquir puesto que ya no concurría en él la circunstancia de la adicción que le provocaba una urgencia por conseguir dinero a cualquier precio. Por ello, era razonable esperar que la ejecución de la pena no fuera necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos, pudiendo acordarse la suspensión.

## ESCRITO DE REVOCACIÓN DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

Tras la asistencia a una vista que finalizó con la conformidad del acusado con su condena por un delito de amenazas agravado y, consecuentemente con la firmeza de la sentencia que fue dictada oralmente por la jueza, redactamos un escrito de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión de seis meses acordada en otro procedimiento, ya que el auto en el que se establecía condicionaba dicho beneficio a que el condenado no volviera a delinquir en el plazo de dos años.

Como quiera que la sentencia de conformidad recayó antes de que transcurriera dicho plazo, pedimos al juez que acordara la revocación de la suspensión y dictara mandamiento de ingreso en prisión del condenado para cumplir tanto la pena suspendida como la impuesta por el nuevo delito de quebrantamiento.

## ESCRITO DE OPOSICIÓN A LA PRÓRROGA DEL PLAZO DE DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

Para llevar a cabo este encargo, tuvimos en cuenta la nueva redacción del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, desde julio de 2020, sostiene un único plazo de doce meses para la instrucción de las causas penales, así como la Disposición transitoria de la ley 2/2020 que establece que las causas que se encuentren en curso en la fecha de entrada en vigor de esta ley reiniciarán sus plazos en ese momento siendo el *dies a quo* el 29 de julio de 2020.

Una vez que verificamos que nuestro caso se ajustaba a los presupuestos temporales, fundamentamos la oposición en que las diligencias realizadas eran suficientes para que el instructor tomara una decisión, no siendo procedente un alargamiento de la fase de investigación. Con las

diligencias practicadas el juez tenía las herramientas necesarias para dictar alguna de las resoluciones previstas en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## VISITAS AL JUZGADO

Durante los meses de práctica asistimos en varias ocasiones a los juzgados.

- Juicio Rápido por un delito de amenazas agravado

Presenciamos un juicio rápido por un delito de amenazas agravado por haberse cometido los hechos quebrantando una medida cautelar (art. 171.4 y 5 del Código Penal) en el ámbito de la violencia de género. El hombre incumplió la orden de alejamiento y amenazó a nuestra cliente que, presa del pánico, se refugió en un lugar público. Al tener pruebas contundentes de estos hechos, la contraparte aconsejó al acusado reconocer el delito y conformarse con la pena de manera que se le pudiese aplicar la atenuante analógica de confesión conforme al artículo 21.7 del Código Penal. El Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales y, en lugar de solicitar una condena de once meses de prisión, sólo solicitó que se le impusieran seis. La jueza dictó la sentencia oralmente que devino firme en el acto al renunciar las partes a interponer recurso.

- Delitos contra la seguridad vial

Asimismo, asistimos en varias ocasiones al Juzgado de Guardia. En dos de estas ocasiones mi tutor, Rafael David, fue llamado para defender a dos personas acusadas por un delito del artículo 384 del Código Penal por conducción sin permiso de conducir. En uno de los casos, la acusada reconoció los hechos y fue condenada a una pena de multa de seis euros diarios durante doce meses. En el otro caso, se presentaba la agravante de reincidencia por lo que la condena del autor fue mucho mayor, a razón de diez euros diarios por veinticuatro meses.

- Delito de lesiones

Antonio y yo nos encargamos de preparar la acusación en un procedimiento de lesiones entre dos inmigrantes guineanos. Lo especial de este suceso fue que, al tratarse de una guardia, tuvimos muy pocos minutos para indagar acerca del asunto. Esto nos llamó mucho la atención ya que nos pareció precipitado y perjudicial para nuestro cliente pues, en aquellas condiciones, no se podía elaborar una asistencia jurídica muy detallada. La suerte de esta ocasión fue que fuimos la acusación particular por lo que nos acogimos a lo expuesto por el Ministerio Fiscal.

En la vista de este procedimiento nuestro cliente intentó explicar el porqué de su denuncia, pero al hablar un español deficiente la jueza propuso suspender la vista hasta encontrar a un intérprete. No obstante, dado que nuestro cliente hablaba fula, un idioma de Guinea poco frecuente, se decidió seguir con la vista, haciendo preguntas cortas, fáciles de entender y a las que nuestro cliente contestaba brevemente para reconstruir los hechos. Por su parte, el acusado negó todo lo que se le atribuyó y la defensa llevó a una testigo de los hechos que, tras el interrogatorio del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, demostró no ser demasiado fiable ya que, a pesar de declarar que tenía al acusado en cierta estima, se marchó del lugar cuando vio la pelea, sin llamar a las autoridades ni intervenir de ninguna manera para comprobar que el chico estaba bien.

- Delito de coacciones leves

En otra ocasión, mi compañero y yo también tuvimos que preparar la defensa en un delito de coacciones leves del artículo 172.3 del Código Penal que se le asignó a Rafael de oficio. Este caso se nos presentó de imprevisto, 2 horas antes de la vista.

Para formular la defensa leímos rápidamente los documentos que se nos remitieron, prestando especial atención a la carta en la que supuestamente se materializó el delito de coacciones. Concluimos que no había delito alguno ya que nuestro cliente lo único que hacía era requerir al denunciante una cantidad de dinero que decía haber dejado en el piso que este le había arrendado, sin mostrar en ningún momento una intención de coartar la libertad del denunciante. Aunque se apreciaba un cierto tono de enfado, lo cierto es que nuestro cliente se dirigió al denunciante con respeto, dándole incluso las gracias a él y a su hermana por haberle ayudado en el pasado.

En la vista se pidió al denunciante que relatara el motivo de la denuncia y se contactó con nuestro cliente por videollamada ya que este se encontraba en la cárcel. Tras la exposición de los hechos la jueza hizo saber al denunciante que aquel era un delito que solo podía ser perseguible si mantenía su denuncia, cosa que no hizo, por lo que la vista acabó con sentencia absolutoria de nuestro cliente.

- Juicio por delito leve de vejaciones

Nos trasladamos a Pozoblanco en calidad de acusación particular por un delito de vejaciones leves del artículo 173.4 del Código Penal. Concretamente, se trataba de unos insultos proferidos por la

ex pareja de nuestra cliente a esta. Gracias a esta causa aprendí que las vejaciones han sido destipificadas, aunque permanecen como delito leve cuando se producen contra alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173.

Una vez en la sala, se hicieron las preguntas pertinentes tanto a nuestra cliente como al acusado y a una de las testigos propuestas por nuestra parte, siguiendo la defensa la estrategia que ya imaginábamos que seguiría ya que, entre nuestra cliente y el acusado se estaba llevando a cabo un procedimiento civil de modificación de medidas con respecto a la custodia de su hijo menor de edad, alegando la contraparte que el juicio por el delito de vejaciones no era más que una treta para conseguir una condena y se denegara a su representado la custodia compartida. No obstante, el Ministerio Fiscal interrumpió el transcurso de la vista para discutir con el Juez la pertinencia de transformar el delito leve en procedimiento abreviado ya que consideró que lo relatado hasta aquel momento no era constitutivo de vejaciones sino de un delito de amenazas.

## PROCEDIMIENTO PENAL CONTRA MENORES

Dentro de la jurisdicción penal, tuvimos la oportunidad de ver un procedimiento penal contra menores de edad con el cual no estaba familiarizada. Rafael nos encomendó a mi compañero Antonio y a mí la preparación de la defensa de un adolescente de 16 años al que se le imputó un delito leve de lesiones cometido en el curso de una riña con otro chico.

En primer lugar, redactamos el escrito de alegaciones en el cual negamos todos y cada uno de los hechos, considerando inexistente el tipo delictivo atribuido a nuestro representado. En dicho escrito propusimos la prueba consistente en el interrogatorio de los implicados, la pericial del Equipo Técnico de Apoyo y la lectura de toda la documental que constaba en el procedimiento.

Unos días más tarde, asistimos a la vista en el Juzgado de menores, pero el resultado no fue el que esperábamos puesto que el cliente nos ocultó haber dado positivo en varias comprobaciones de consumo de drogas a las que tenía que someterse regularmente. Esta información fue aportada por el Ministerio Fiscal, lo que provocó que no se nos concediera la libertad vigilada y se acordara su ingreso en un grupo de convivencia a pesar de que el juez parecía estar dispuesto a ofrecernos lo que pedíamos a la vista de la opinión favorable del Equipo Técnico de Apoyo, y de la matriculación del menor en un curso de Formación Profesional al que asistía regularmente.

Como era de esperar, se nos notificó Auto en cuya parte dispositiva se acordaba sustituir la medida de libertad vigilada por la medida de convivencia en un grupo educativo al considerar el juez que el menor mostró una actitud irresponsable y contraria al cumplimiento de lo establecido, adoptando una conducta poco acertada en la vista. Contra dicho auto interpusimos recurso de reforma en el plazo de tres días desde su notificación ya que consideramos que las afirmaciones arrojadas en la resolución no eran ciertas, achacando la forma de comportarse del menor a su estado de nerviosismo e incomodidad por el hecho de encontrarse en un juzgado. Asimismo, recalcamos que no se tuvo en cuenta la asistencia del menor a un curso formativo donde se relacionaba con otros compañeros en un entorno disciplinado y sano, que era precisamente lo que se pretendía con la imposición de la medida de ingreso en un grupo de convivencia. Por todo ello, solicitamos al juzgado que revocara la medida establecida y acordara la libertad vigilada del menor, en vista de la circunstancia omitida en el auto referida a la matriculación en formación profesional básica.

### **C) JURISDICCIÓN TRIBUTARIA**

#### **RECURSO DE REPOSICIÓN**

Dentro del amplio abanico de ramas del Derecho que tratamos en el despacho también está el Derecho Tributario. Unos clientes nos confiaron la realización de un recurso de reposición contra una resolución de la Administración Tributaria en la que se les practicó una liquidación provisional tras examinar la declaración de IRPF del año 2018, exigiéndoles una cuantía de más de cinco mil euros derivados de la regularización de los ingresos y devoluciones correspondientes a dicho ejercicio

Sin impugnar en vía económico-administrativa, formulamos recurso de reposición en tiempo y forma, alegando un error en la liquidación provisional efectuada por la Administración ya que esta no calculó correctamente la ganancia patrimonial producida al vender la vivienda habitual de los contribuyentes, ni tuvo en cuenta los gastos en los que se incurrió en la compraventa.

Asimismo, no se tuvo en cuenta la exención dispuesta en la ley para el caso de reinversión en vivienda habitual. Nuestros clientes vendieron su vivienda habitual para destinar el importe obtenido en la construcción de una nueva vivienda habitual, reconociendo el artículo 38 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas, así como el 41 del Reglamento del Impuesto

sobre la Renta de Personas Físicas, el derecho de excluir de gravamen las ganancias patrimoniales obtenidas de tal modo cuando el importe conseguido se reinvierte en la adquisición de una nueva vivienda habitual en el plazo de dos años. Aunque nuestros clientes no reinvirtieron la totalidad de lo obtenido, sí podían acreditar al menos una parte de la reinversión debiendo excluirse de gravamen la porción de la ganancia patrimonial correspondiente a la cantidad efectivamente invertida.

Asimismo, buscamos jurisprudencia que equiparara la adquisición de vivienda con la construcción de esta, reinvertiendo directamente en los gastos de ejecución de la obra y la entrega de cantidades a cuenta del promotor, comprobando que esto es posible siempre y cuando el contribuyente satisfaga dichos gastos en el plazo de dos años y la construcción acabe en el plazo de cuatro dispuesto por el ya derogado artículo 55.1 del RIRPF que, sin embargo, sigue aplicándose en la práctica.

Por todo ello, solicitamos que se anulara y se dejara sin valor y efectos jurídicos la resolución de la Administración Tributaria contra la que se interpone el recurso, y se regularizara la liquidación de IRPF.

### **3. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN PERSONAL**

Vistas todas las actividades desarrolladas a lo largo del periodo de prácticas, puedo afirmar sin duda alguna que este me ha ayudado a tener un contacto real y más directo con el mundo de la abogacía. Gracias a los meses que he pasado en el despacho de Rafael David Muñoz Cámara he aprendido de primera mano en qué consiste el trabajo de un letrado, siendo partícipe tanto de los aspectos positivos como de los negativos de la profesión.

Entre estos últimos destaco el rigor de algunos casos que se nos han presentado en el despacho. A pesar de que a mí no me apasiona el Derecho Penal, sino el Civil, he llegado a disfrutar el dedicarme a elaborar las defensas de nuestros clientes y me he sentido satisfecha cuando hemos recibido resoluciones que nos eran favorables. Sin embargo, en un principio también me he sentido abrumada cuando trataba estos casos, aunque, conforme iban pasando las semanas me di cuenta de que la labor de los abogados debe ceñirse a asesorar y defender a nuestro cliente atendiendo a

las circunstancias de cada caso, buscando que se aplique la ley correctamente y no permitiendo que nos afecten personalmente.

Otro de los aspectos negativos que presencié en ciertas ocasiones fue la insistencia y la desconfianza de los clientes que intentaban contactar con demasiada frecuencia con mi tutor para pedir información o explicaciones. Aunque puedo llegar a empatizar y comprender a estas personas, lo cierto es que atenderlos supone una dedicación de tiempo que no siempre se tiene ya que, como abogados, trataremos varios casos a la vez, debiendo estar pendientes de los plazos y de aquellos asuntos que urgen más. En estas situaciones, viendo cómo se relaciona mi tutor con todo tipo de clientes, me he concienciado de la necesidad de ser disciplinada y paciente y de desarrollar habilidades para generar confianza y tranquilidad.

En cuanto a los puntos positivos, ya he mencionado anteriormente la satisfacción personal que se siente cuando nos vemos recompensado con resoluciones favorables, pero quiero recalcar que no me refiero solo a la confirmación de que hemos realizado un buen trabajo sino también a que ayudamos a las personas que acuden a nosotros. Una de las tareas más elementales pero enriquecedoras ha sido el poder hablar con los clientes del despacho. Hemos realizado numerosas llamadas telefónicas y recibido a clientes con el permiso del tutor y, de todos los aspectos de la profesión, este es el que más valoro ya que me ha ayudado a empatizar con ellos.

Asimismo, gracias a que la mayor parte de las actividades que he desarrollado durante estos meses han sido realizadas en conjunto con mi compañero Antonio Cara, he reforzado mi capacidad de trabajar en equipo. La metodología que hemos seguido ha consistido en un reparto de tareas y contraste de ideas de manera que en el producto final plasmábamos aquello que considerábamos más adecuado. Esto me ha permitido lograr un conocimiento mucho más amplio ya que he aprendido de mi compañero a la vez que he desarrollado mis propias aptitudes.

Ahora bien, no deja de ser cierto que nos hemos equivocado en numerosas ocasiones, lo que ha contribuido enormemente a nuestro aprendizaje. A veces hemos tenido que pedir ayuda a nuestro tutor para encontrar una solución a los casos que nos encomendaba y hemos realizado escritos que dejaban mucho que desear, pero con su supervisión y consejo, además de nuestra constancia e insistencia hemos conseguido buenos resultados. Esto solía suceder sobre todo al inicio de las

prácticas, pero considero que, con el tiempo he mejorado y he aprendido a trabajar bajo presión. A pesar de que me queda mucho por asimilar, creo que voy por buen camino.

Por otro lado, merece una especial mención el conocimiento alcanzado en materia de Derecho Procesal, tanto civil como penal. Estas ramas del Derecho han sido las que más hemos tratado en el despacho y han requerido un estudio pormenorizado de las cuestiones relativas al procedimiento, hasta tal punto que ganar o perder un caso dependía del manejo de las normas procesales. Al respecto, me gustaría recalcar que he puesto en práctica muchas de las enseñanzas impartidas en el Máster de Abogacía. No obstante, pienso que el Máster sigue siendo eminentemente teórico y, aunque esto es necesario, convendría un enfoque más práctico encaminado a enseñarnos a los alumnos a enfrentarnos a las labores diarias que se nos exigen en las prácticas y a las cuales nos enfrentaremos una vez que nos colegiemos, como son la preparación de escritos o la lectura y comprensión de documentos judiciales, entre otras.

En pocas palabras, el periodo de prácticas me ha resultado de gran utilidad. He contado con un tutor que se ha preocupado de enseñarme cómo desenvolverme en la profesión y un compañero que ha compartido conmigo los logros y los fracasos. Además, el día a día en el despacho me ha permitido adquirir conocimientos concretos en las jurisdicciones que he estudiado, además de haber logrado desarrollar habilidades tan importantes como el trabajo en equipo, la perseverancia, la empatía con los clientes, el dominio del lenguaje jurídico y el manejo del tiempo.

## B. CASO PRÁCTICO

### OBJETO DEL DICTAMEN

Paula Elena Durac, Graduada en Derecho, redacta el presente dictamen por encargo de D. Ricardo Álvarez Godoy, quien busca consejo jurídico en relación con un supuesto de Derecho Sucesorio en el que se ha visto envuelto debido a la preterición de una hermana en el testamento de su padre.

En el cuerpo del informe se buscará delimitar el concepto y régimen jurídico de términos imprescindibles para el supuesto como son "la legítima", "los legitimarios", "la preterición", entre otros, de manera que D. Ricardo tenga toda la información necesaria para entender el desarrollo jurídico de la problemática que se le plantea. Para ello, se concretarán todos aquellos extremos que puedan interesar al cliente en cuanto legitimario descendiente; desde los derechos que se le atribuyen a él y sus hermanos, incluida su hermana preterida, pasando por los mecanismos de los que dispone para protegerlos y finalizando con la exposición de una solución ante la nueva división de herencia que se pretende.

### ANTECEDENTES DE HECHO

Los antecedentes de hecho del caso sucedieron de la siguiente manera:

**PRIMERO.-** El 1 de enero de 1980 D. Antonio Álvarez Avellaneda de 25 años, contrae matrimonio con D<sup>a</sup>. Graciela Godoy Gutiérrez de 22 años en Granada.

**SEGUNDO.-** De dicha unión nacen tres hijos: D. Ricardo, el 2 de febrero de 1982; D<sup>a</sup> Alicia, el 4 de abril de 1984 y; D. Alberto, el 6 de junio de 1986.

**TERCERO.-** El 8 de febrero de 2005 D. Antonio Álvarez Avellaneda otorga testamento notarial abierto ante D. Luis Fígares Burín, notario de la ciudad de Granada, nº 80 de su protocolo. En dicho testamento instituye como herederos universales a sus tres hijos matrimoniales antes señalados, indicando que, en caso de premoriencia de alguno de ellos, sería sustituido por sus hijos y descendientes de grado más próximo. Igualmente, plasma en el testamento el respeto a los derechos legitimarios que su esposa, D<sup>a</sup>. Graciela Godoy Gutiérrez, pudiera tener en la herencia.

**CUARTO.-** El 8 de agosto del año 2006 fallece D<sup>a</sup>. Graciela Godoy Gutiérrez

**QUINTO.-** El 10 de junio de 2010 fallece D. Antonio Álvarez Avellaneda.

**SEXTO.-** El día 20 de octubre de 2010 los tres hijos del causante firman escritura de aceptación y partición de herencia en la que se adjudican los distintos lotes realizados con los bienes que componía la misma, de conformidad con lo señalado en el testamento.

**SÉPTIMO.-** El día 3 de enero 2015, D. Ricardo, D<sup>a</sup>. Alicia y D. Alberto reciben notificación de una demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. Rosario Ruiz Rivas, en la que solicita que se la declare hija no matrimonial de D. Antonio Álvarez Avellaneda, argumentando que en 1990 este mantuvo una relación sentimental con D<sup>a</sup>. Carmen Ruiz Rivas, fruto de la cual nació ella.

D<sup>a</sup>. Rosario Ruiz Rivas hace constar en la demanda que D. Antonio conocía estos hechos, aportando prueba de ello, pues durante los dos primeros años de su vida, D. Antonio mantuvo la comunicación con ella y con su madre, cesando todo contacto a raíz del cambio de domicilio de estas a Madrid. Asimismo, la demandante afirma que D. Antonio no la ha reconocido nunca como su hija y que ella conoció su identidad a los 18 años, cuando su madre se lo confesó.

**OCTAVO.-** El 16 de noviembre de 2015 se dicta sentencia de primera instancia en la cual se declara la paternidad de D. Antonio con relación a D<sup>a</sup>. Rosario en base a las pruebas biológicas realizadas con uno de los hijos de aquel. La sentencia deviene firme al no ser recurrida por ninguno de los hijos de D. Antonio.

**NOVENO.-** En septiembre de 2021 los tres hermanos reciben burofax del Letrado de D<sup>a</sup>. Rosario en el que se insta una nueva división de la herencia de D. Antonio para que se incluya en la misma a D<sup>a</sup>. Rosario.

## **CUESTIONES JURÍDICAS OBJETO DE RESOLUCIÓN**

En relación con el supuesto que se nos plantea, surgen las siguientes cuestiones jurídicas:

1. ¿Qué es la legítima y cuáles son sus elementos?
2. ¿Cuál es la legítima de los descendientes?
3. ¿Qué mecanismos de protección de la legítima existen?

- 3.1 Intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima
- 3.2 Acciones de protección de la legítima
- 4. ¿Qué es la preterición?
  - 4.1 Concepto
  - 4.2 Tipos y Efectos
  - 4.3 Acción de preterición
  - 4.4 La desheredación
  - 4.5 La acción de petición de herencia como alternativa a la acción de preterición
- 5. ¿Qué consecuencias se derivan de la partición realizada con preterición testamentaria de heredero?

## **NORMATIVA APLICABLE, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA**

- Constitución Española. *Boletín oficial del Estado*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25 julio de 1889.
- Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 99, de 25 de abril de 1958.
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 119, de 19 de mayo de 1981.
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. *Boletín oficial del Estado*, núm. 277, de 19 noviembre de 2003.
- Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 239, de 6 de octubre 2015.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 132, de 3 de junio de 2021.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Para contestar a las cuestiones jurídicas que hemos planteado, desarrollamos los siguientes fundamentos jurídicos:

### 1. ¿Qué es la legítima y cuáles son sus elementos?

No podemos comenzar este dictamen de otra manera que no sea definiendo qué es la legítima y qué elementos la integran. Al respecto, nuestro Código Civil en su artículo 806 proporciona una definición de la legítima en el siguiente sentido:

*“Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.”*

No obstante, aunque lo parezca, esta no es una definición precisa pues es confusa y no facilita una imagen clara de lo que es la legítima. Para concretar este concepto, debemos desglosar lo establecido por el Código de manera que no quepa duda alguna sobre ninguno de sus elementos.

En primer lugar, se nos dice que la legítima es una “porción de bienes”. Esta “porción” puede ser física o material o entenderse en el sentido de parte alícuota o tanto por ciento de los bienes que se adquieren como consecuencia de sucesión *mortis causa*, ya sea mediante testamento, ya mediante una sucesión intestada<sup>1</sup>. Por “porción de bienes” se entiende también que la legítima estará constituida solo por activo<sup>2</sup>.

De esta expresión se deriva igualmente la naturaleza de la legítima. Aunque ha sido ampliamente discutida, la doctrina y la jurisprudencia parecen haber desembocado en un punto común siendo este la consideración de aquella como *pars bonorum*, es decir parte del patrimonio del causante o *de cuius*, sin perjuicio de que a veces pueda ser también *pars valoris bonorum*, parte del valor económico de los bienes de la herencia. Esto conduce a considerar que la legítima no es *pars*

---

<sup>1</sup> IRURZUN GOICOA, D. (2015). ¿Qué es la legítima para el Código Civil español? Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres. *Revista de Derecho Civil*, 2 (2). pág. 259.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ COLLADO, S. (1946). El legitimario no es sucesor. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo III, pág. 535.

*hereditatis* pues el legitimario, aunque puede suceder en calidad de heredero, puede no serlo, siendo esta una concepción anticuada, desechada por la gran mayoría de juristas<sup>3</sup>.

En el supuesto que se nos presenta, la porción de bienes la constituye todo aquello que haya dejado D. Antonio Álvarez a su muerte y todo lo que debe ser objeto de colación en sentido amplio que, aunque no se especifica, incluirá bienes y derechos que se repartirán por igual entre sus hijos matrimoniales al haberlos instituidos a todos herederos universales.

En segundo lugar, "de que el testador no puede disponer" hace referencia, por un lado, al causante, la persona que fallece y a quién pertenecían estos bienes; y, por otro lado, a una limitación en cuanto a su libertad de disposición sobre los mismos a su muerte pues este, salvo en contadas situaciones permitidas por la ley, no podrá gravar ni condicionar la adquisición de dicha porción de bienes<sup>4</sup>. Ahora bien, esta prohibición de disposición, que no es absoluta como veremos más adelante, no se refiere sólo al testamento sino también a actos inter vivos a título gratuito<sup>5</sup>. Aunque se suele caer en el error de definir la legítima como la limitación de la facultad de disponer, como ya hemos visto, esta es tan solo un efecto innegable pero no se puede afirmar en ningún caso que la legítima se reduzca simplemente a esto.

Por último, "por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos", refiere a los destinatarios de estos bienes que, aunque en el precepto son llamados herederos forzosos, lo cierto es que sería más apropiado que recibieran el nombre de legitimarios pues estos no son necesariamente herederos. Pueden recibir la parte que les corresponde por ley por cualquier título, incluso inter vivos<sup>6</sup>. Por ello, la doctrina mayoritaria entiende que "herencia forzosa" es un derecho a recibir por cualquier título, ya sea donación, herencia o legado, una cierta parte del patrimonio del causante o su valor, quedando en manos del testador la elección del medio a través del cual se va a percibir<sup>7</sup>. Esta postura es respaldada por la jurisprudencia del Tribunal

---

<sup>3</sup> O'CALLAGHAN, X, (1999), *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones* (Quinta ed.). Madrid: EDERSA. No incluimos número de página puesto que se ha consultado una versión electrónica de la obra.

<sup>4</sup> IRURZUN GOICOA, D., *ob. cit.*, pág. 260

<sup>5</sup> O'CALLAGHAN, X. *ob. cit.*

<sup>6</sup> MONDRAGÓN MARTÍN, H. (2019). *La legítima en el derecho español*. Castellón de la Plata: Universidad Jaime I. pág. 54.

<sup>7</sup> IBERLEY. (11 de marzo de 2021). *Los herederos forzosos o legitimarios según el Código Civil*. No incluimos página pues se ha consultado una versión electrónica de la obra

Supremo tanto en la Sentencia 661/2006, de 29 de junio, como en la Sentencia del Tribunal Supremo 1206/2003, de 24 de diciembre, en la que abiertamente declara que "*el legitimario no es necesariamente heredero, y (...) la legítima no equivale a cuota de herencia*", entre muchas otras.

Ahora bien, es cierto que en el caso que estamos tratando, los legitimarios son herederos pues el propio testador así lo estableció en el momento de otorgar el testamento ante notario. Más concretamente D. Antonio Álvarez instituyó herederos universales a sus tres hijos matrimoniales. No obstante, no por el hecho de ser herederos es correcto llamarlos herederos forzosos pues, además de lo anteriormente dicho, la legítima ni se impone al destinatario, que tiene la libertad de renunciar a ella por voluntad propia, ni tampoco al causante que ha de transmitirla ya que la ley prevé situaciones en las que puede privar de esta porción de bienes a un potencial legitimario cuando se dan las circunstancias recogidas en el código como "causas de desheredación" o cuando el legitimario incurre en causa de indignidad<sup>8</sup>.

A raíz de lo anteriormente dicho, inevitablemente surgen varias preguntas: ¿Qué partes de la herencia corresponden a la legítima? y ¿Qué y quiénes son los legitimarios?

Con respecto a la primera de ellas, recordamos que, existiendo legitimarios descendientes, la herencia se divide en 3 partes. Un tercio de legítima estricta, un tercio de mejora y un tercio de libre disposición. Este último es la porción que el testador puede otorgar libremente a quien estime oportuno; el tercio de mejora es aquel del que el testador puede disponer para favorecer a hijos o descendientes; y la legítima estricta es la porción que la ley reserva a los legitimarios y que habrá de dividirse entre el número de estos a partes iguales. Ahora bien, esta porción podrá constituir más de un tercio si el causante no dispone del tercio de mejora o si dispone de él en cuantía inferior a dicho tercio pues lo que reste formará parte de la legítima estricta<sup>9</sup>. En cualquier caso, tanto el tercio de legítima como el de mejora conforman la legítima hereditaria. Esta será estricta o corta si está conformada únicamente por este tercio; y global o larga cuando, además del tercio de legítima estricta abarca el tercio destinado a mejora, independientemente de si se ha dispuesto o no de este como mejora.

---

<sup>8</sup> IRURZUN GOICOA, D., *ob. cit.*, págs. 262-272

<sup>9</sup> DÍEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil* (undécima ed., Vol. IV). Madrid: Tecnos. pág. 159.

Por tanto, dado que D. Antonio Álvarez no ha hecho uso de la facultad de mejorar, al menos que nosotros sepamos, tanto el tercio de legítima corta como el tercio de mejora formarían la legítima propiamente dicha de sus hijos, no pudiendo recibir menos de lo que les correspondería tras dividir el valor de estos dos tercios entre el número de legitimarios que existen. Además, parece que los hijos del causante también se beneficiarían del tercio de libre disposición pues no nos consta que D. Antonio haya legado o donado bienes algunos a terceros o haya mantenido un trato discrecional favorable con respecto a alguno de sus legitimarios.

En lo referente a la segunda pregunta, los legitimarios son personas contempladas por la ley por estar íntimamente vinculadas al causante por lazos biológicos ascendientes o descendientes, jurídicos como el matrimonial y adoptivos. No obstante, estos sólo ostentaran la cualidad de legitimarios potenciales hasta el fallecimiento del causante, momento a partir del cual adquieren sus derechos sucesorios<sup>10</sup>. En virtud del artículo 807 del Código Civil los legitimarios, una vez más llamados herederos forzosos son:

- a. *“Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.*
- b. *A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.*
- c. *El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.”*

Atendiendo a este listado, los hijos y descendientes son los legitimarios preferentes y, en principio, y sin perjuicio de profundizar más en esta cuestión más adelante, constituyen su legítima las dos terceras partes del haber hereditario, pudiendo el causante disponer del tercio de mejora para beneficiar a alguno o algunos de ellos, tal como estipula el artículo 808 del Código Civil.

Afirma GARCÍA VICIANA que los ascendientes, por su parte, tienen una importancia menor pues no suelen estar presentes al momento del fallecimiento del causante y, de estar, su rol es subsidiario pues sólo intervienen en ausencia de hijos u otros descendientes y aun cuando estos existieran, los ascendientes quedan excluidos cuando, aquellos premueren al causante, repudian la herencia o incurrir en indignidad, desheredación<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> IRURZUN GOICOA, D., *ob. cit.*, pág.273

<sup>11</sup> GARCÍA VICIANA, I. (2019). *La legítima hereditaria. Presente y futuro en el Código Civil*. Madrid: Comillas Universidad Pontificia. pág. 15.

En cuanto a la cuantía que supone su legítima, esta es variable y se regula en los artículos 809 y 810 del Código Civil. En el primero de ellos se determina que los ascendientes tendrán derecho a una legítima que suponga la mitad del haber hereditario de su causante, salvo que concurran con el cónyuge viudo del mismo, en cuyo caso la legítima se reduce a un tercio. Por su parte, el artículo 810 concede prioridad a los padres sobre los demás ascendientes de modo que, existiendo los dos, la legítima se repartirá por igual entre ambos, pero de haber fallecido alguno, la legítima se destinará entera al sobreviviente. Excluyendo este supuesto, de no dejar el causante ningún progenitor, pero sí otros ascendientes de igual grado, tanto de la línea materna como de la paterna, la herencia se dividirá en primer lugar en mitad para cada línea y, dentro de cada una de ella por igual entre los ascendientes que haya. Por el contrario, si los ascendientes que hubiese dejado el causante fueran de distinto grado, corresponderá toda la legítima al pariente más próximo en una u otra línea.

Siguiendo la enumeración del artículo 807 del Código Civil, el último legitimario sería el cónyuge supérstite, si bien, sus derechos concurrirán con cualquiera de las otras categorías de legitimarios, es decir, tanto con descendientes como con ascendientes. No obstante, para que este sea legitimario debe cumplir un requisito esencial. Este es mencionado en el artículo 834 del Código Civil, así como en numerosas sentencias, siendo una de ellas la Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12, de 28 de junio de 2017. Al morir su consorte, el cónyuge viudo no debe hallarse separado ni legalmente ni de hecho, de modo que se descarta su legítima si se encuentra separado o divorciado. Sí conservará su derecho si entre los cónyuges separados hubiera recaído reconciliación notificada al Juzgado conecedor de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación (art. 835 del Código Civil).

Si cumple esta exigencia, el cónyuge supérstite tendrá derecho a una legítima de cuantía variable en función de con quién concurra en la herencia. De concurrir con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora, tal como expresa el artículo 834 antes mencionado. Si no existen aquellos, pero sí algún ascendiente del causante, el cónyuge supérstite tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 del Código Civil). Por último, el artículo 838 determina que, de estar el cónyuge sobreviviente sólo, tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia.

Aplicando todo lo expuesto al caso que nos ocupa, podemos afirmar sin miedo que los legitimarios de D. Antonio Álvarez son sus tres hijos matrimoniales Ricardo, Alicia y Alberto, así como D<sup>a</sup>. Rosario, que consiguió ser reconocida como hija extramatrimonial por la sentencia recaída en 2015 pues los hijos son legitimarios con independencia de su filiación, sea matrimonial o extramatrimonial. La existencia de los legitimarios hijos excluye el derecho a la legítima de los ascendientes, si es que existen. Igualmente, debemos subrayar la importancia de que D<sup>a</sup>. Graciela Godoy haya fallecido con anterioridad al causante pues, de no haber premuerto, ella también habría sido legitimaria, teniendo derecho al usufructo del tercio destinado a mejora, como así fue respetado por D. Antonio en su testamento al exigir el respeto de los derechos legitimarios que su esposa pudiera tener en la herencia.

No obstante, en vista del desarrollo de los sucesos, D<sup>a</sup>. Graciela sólo fue una potencial legitimaria que, al morir, perdió su expectativa de derecho. De esta manera, los hijos del causante se presentan como los únicos legitimarios.

En resumidas cuentas, la legítima puede ser definida como un derecho subjetivo sucesorio que nace por disposición legal a la muerte del causante y que se reserva a determinadas personas vinculadas a él por lazos biológicos o jurídicos llamadas legitimarias. Aunque no es esta la literalidad del artículo 806 del Código Civil, el reconocimiento de la legítima como derecho sí se produce en otros preceptos de este cuerpo legal como el 821, referente al derecho del legatario a la legítima, o el 655, que habla de aquellos que tienen derecho a la legítima. Este derecho se adquiere como consecuencia de la sucesión mortis causa por lo que los legitimarios sólo pueden hacerlo valer una vez producido el fallecimiento del causante. Hasta ese momento habrá solo una expectativa de legítima que, aunque en vida se puede anticipar a través de donaciones, no deja de ser una excepción que no otorga al legitimario el poder de exigir dicha donación. Además, llegado el momento, se deberá comprobar que el valor de lo donado quepa en la porción de bienes que le corresponde al susodicho<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> IRURZUN GOICOA, D., *ob. cit.*, págs. 259-279.

## **2. ¿Cuáles son las características de las legítimas de los descendientes?**

Dado que en el caso tratado no hay más legitimarios que los hijos, es necesario detenernos en las características de su legítima para una mejor comprensión del alcance de la misma, no sin antes enfatizar la evolución histórica que han atravesado los derechos de los hijos legitimarios.

Como hemos dicho anteriormente, los hijos y los descendientes son los legitimarios con preferencia sobre los demás. Sin embargo, estos no siempre han disfrutado de esta posición privilegiada ya que el Código Civil solía establecer diferentes derechos sucesorios en función de la filiación. En primer lugar, favorecía a los hijos legítimos nacidos dentro del matrimonio, a los que reservaba dos tercios del caudal hereditario en concepto de legítima, además de llamarlos a la sucesión ab intestato con carácter preferente. Por otra parte, colocaba en un segundo puesto a los hijos legitimados, es decir, aquellos que eran reconocidos legalmente. Estos tenían derecho a una legítima de cuantía variable dependiendo de si concurrían con descendientes legítimos, ascendientes, con el cónyuge viudo o si no concurrían con nadie. Sin embargo, la legítima de estos hijos legitimados siempre era inferior a la de los legítimos. En cuanto a la sucesión intestada, los hijos legitimados sucedían en todo o en parte dependiendo de la concurrencia con descendientes y ascendientes, pero, en ningún caso heredaban ni a los hijos ni a otros parientes del fallecido. Por último, se contemplaba un tercer supuesto relativo a los hijos ilegítimos que no disponían de derecho alguno sobre la legítima, así como tampoco en la sucesión intestada, aunque sí se les reconocía un derecho a alimentos<sup>13</sup>.

Todo ello cambió gracias al principio constitucional de igualdad ante la ley de su artículo 14 y al de igualdad de los hijos con independencia de la naturaleza de la filiación ex art. 39 CE, que se incorporó al Código Civil a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. De esta manera, el art. 108 de la ley registró que las distintas filiaciones generarían los mismos efectos, equiparando a los hijos

---

<sup>13</sup> SANCIÑENA ASURMENDI, C., & GAGO SIMARRO, C. (2019). La igualdad por razón de filiación y la sucesión hereditaria. *Derecho Privado y Constitución*, 34. págs. 141-142.

y otorgándoles los mismos derechos sucesorios con independencia de su filiación e incluso de los vínculos adoptivos<sup>14</sup>.

De esta manera, Ricardo, Alicia y Alberto, a pesar de poseer filiación matrimonial, no tendrían un mejor derecho que su media hermana Rosario que, aunque es hija extramatrimonial, posee los mismos derechos sobre la legítima que aquellos.

Dicho esto, dentro de este grupo, es necesario puntualizar una serie de matices en cuanto al orden de sucesión pues a veces puede ocurrir que un legitimario en potencia no llegue a serlo por premoriencia, indignidad o repudiación o renuncia, en cuyo caso es necesario dilucidar quién pasará a ocupar su "porción de bienes"<sup>15</sup>.

En el caso de la premoriencia del descendiente al causante, se convierten en legitimarios aquellos de grado más próximo al *de cuius*. En esta tesitura entra en juego el artículo 814.3 del Código Civil que dispone que la stirpe de un descendiente premuerto pasará a sucederle en todo aquello que le hubiese correspondido como legítima de haber seguido con vida a la muerte del causante. Si hubiese más de un descendiente en la stirpe, la legítima se dividirá por cabezas. En pocas palabras, los descendientes del legitimario premuerto lo reemplazan en la sucesión del causante, pero pasando a adquirir del *de cuius* a través del derecho de representación en la legítima<sup>16</sup>.

El derecho de representación se asemeja, hasta cierto punto, a la situación que ha descrito D. Antonio Álvarez en su testamento. Este ha contemplado expresamente el escenario de que el nombrado heredero premuera, constituyendo una sustitución vulgar a favor de los descendientes del premuerto. Concretamente determinó que, en caso de premoriencia de alguno de sus hijos, sería sustituido por sus hijos y descendientes de grado más próximo. Esto no ha ocurrido, pero de haberse dado la situación, los nietos del causante habrían sucedido en la legítima a su progenitor premuerto.

---

<sup>14</sup> SERRANO CHAMORRO, M. E. (7 de febrero de 2019). *El derecho a la igualdad en las herencias sin distinción de tipos de parentesco*. No incluimos número de página puesto que se ha consultado una versión electrónica de la obra.

<sup>15</sup> GÓMEZ GÓMEZ-VILLALVA, J. D. (2014). *La institución de la legítima en el Código Civil y en los derechos forales*. Madrid: Comillas Universidad Pontificia. pág. 29.

<sup>16</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. (2009). *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones* (Cuarta ed., Vol. V). Madrid: Dykinson. pág. 319.

En lo que respecta a la indignidad o desheredación de un descendiente legitimario que, a su vez, tiene hijos, es de aplicación el artículo 761 del código, pasando estos a adquirir el derecho a la legítima que habría correspondido a su progenitor indigno. Igualmente, el artículo 857, respecto de los descendientes del desheredado establece que ocuparán su lugar y conservarán los derechos sobre la legítima.

Por último, la casuística de la repudiación o renuncia es distinta y es que, si el descendiente del causante renuncia a su legítima, su estirpe perderá este derecho también. Como consecuencia, los demás legitimarios verán ampliada su parte de la legítima en virtud del artículo 985 del Código Civil. Sin embargo, la renuncia debe cumplir ciertos requisitos para ser apreciada.

La Sentencia del Tribunal Supremo 193/2015 de 6 de abril aclara: *“En cuanto a la renuncia, es un negocio jurídico unilateral por el que el titular de un derecho subjetivo hace dejación del mismo, tal como la define la sentencia de 23 noviembre 2007, es decir, como precisa la de 26 mayo 2009, abdica del mismo y consiente que salga de su patrimonio. En todo caso, la renuncia debe ser clara, terminante e inequívoca, como dice la sentencia de 30 octubre 2001 y reitera la de 3 diciembre 2007, es decir, se exprese, como añade la del 25 noviembre 2002, de modo inequívoco, necesario e indudable lleven a la afirmación de que ha existido una renuncia. Las sentencias de 27 febrero 2007 y 26 mayo 2009 recuerdan que "la doctrina de esta Sala... es clara en el sentido de negar que pueda apoyarse en actos que no sean inequívocamente expresivos de ella".*

Tras dejar claros estos matices, es necesario volver a traer a colación el artículo 808 del Código Civil:

*“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores. - Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. - La tercera parte restante será de libre disposición.”*

Esto es importante ya que, aparte del tercio de legítima estricta que por ley ha de ser repartido entre los hijos y descendientes, la ley permite que estos reciban más cuando el testador hace uso del tercio de mejora. Este tercio es una de las dos partes que compone la legítima de los hijos y descendientes pero su tratamiento es distinto al de la legítima corta pues, mientras esta es

indisponible para el progenitor, la mejora puede ser usada en todo o en parte para beneficiar a uno o más descendientes. La relevancia de esta posibilidad radica en que se puede emplear para desigualar a los legitimarios o a un tercero descendiente que no cuente con dicha calificación para que, a pesar de las restricciones impuestas por la ley, el testador tenga libertad de favorecer a quien desee. De esta manera sería posible mejorar a un nieto viviendo el hijo intermedio, que será legitimario. Sin embargo, pese a que el tercio de mejora exista siempre, la mejora puede no darse<sup>17</sup>.

Las mejoras pueden realizarse tanto *mortis causa* como *inter vivos*. Evidentemente la primera modalidad se hará mediante actos de última voluntad, pudiendo el testador mejorar a sus hijos y descendientes como legatarios o como herederos. En vida, las mejoras se pueden producir mediante donaciones, capitulaciones matrimoniales o contratos<sup>18</sup>.

Otra distinción sería aquella que diferencia la mejora expresa de la tácita. La regla general es que la mejora ha de efectuarse de manera expresa. No obstante, lo que quiere decir esto es que la ley reniega de la mejora presunta, sin fundamento. Distinto es, sin embargo, que se produzca una mejora tácita. A pesar de que la ley exige una manifestación expresa de voluntad para que se produzca la mejora, esta se tendrá por realizada si emerge de la voluntad del testador. Lo que se prohíbe realmente la norma es la mejora meramente presunta pero no la tácita. Es decir, se acepta la mejora incluso cuando el testador no la ha expresado abiertamente siempre que su voluntad sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora<sup>19</sup>.

Esto quiere decir que el testador no está obligado a emplear de manera expresa la palabra "mejora" para entender que es su deseo el hacer uso de esta facultad, sino que la misma puede inferirse del propio contenido del testamento donde el testador puede poner de relieve esta voluntad a través de manifestaciones contundentes y reiteradas que hagan irrazonable la negación de los efectos de la mejora. Es decir, se atenderá siempre al principio de preponderancia de la voluntad del testador.

La jurisprudencia también se ha pronunciado en este sentido en la Sentencia del Tribunal Supremo 536/2013, de 29 de Julio de 2013 en la que se indica que "*en el contexto interpretativo de la*

---

<sup>17</sup> CASTAÑO GÓMEZ, A. (2018). *La problemática de la legítima de los hijos y descendientes en España. Propuesta para una renovación de la regulación*. Salamanca: Universidad de Salamanca. pág. 13.

<sup>18</sup> Esto se desprende de los artículos 825 y 826 del Código Civil.

<sup>19</sup> GARCÍA VICIANA, I. *ob. cit.*, págs. 11-12.

*declaración de voluntad que comporta el artículo 825 del Código Civil , claramente contrario a la admisión de la mejora "meramente presunta", debe señalarse que "la declaración de una manera expresa de la voluntad de mejorar", entendida como una declaración inequívoca, queda complementada en la donación con expresa dispensa de colación al quedar patente que se pretende un beneficio exclusivo para ese legitimario, que resulta mejorado..."*

A raíz de lo expuesto, podemos concluir que la mejora puede ser tanto expresa como tácita pero nunca presunta. Será expresa cuando el testador emplee expresamente la palabra "mejora", y tácita cuando esta voluntad de mejorar se desprende de sus actos y el cuerpo del testamento, aunque no se califique dicho acto expresamente como mejora.

Además de tácita o expresa, otra manera de clasificar la mejora es atendiendo a la cosa sobre la cual recae. El artículo 829 alude a la mejora en cosa determinada y el artículo 832 a la mejora a través de la atribución de un porcentaje o cuota en relación con el tercio de mejora. Sería cosa cierta o determinada la mejora consistente en la entrega de una vivienda; y mejora en cosa no determinada aquella que consista en la fijación de un porcentaje sobre el tercio de mejora<sup>20</sup>.

Por otro lado, nos queda exponer el poder del causante de revocar la mejora. Esta posibilidad se contempla en el artículo 827 del Código Civil y se puede efectuar tanto por actos *inter vivos* en documento público, como por actos *mortis causa* en el propio testamento. No obstante, cuando la mejora se produce en capitulaciones matrimoniales o algún contrato oneroso, la revocación de esta no se podrá llevar a cabo por voluntad unilateral ya que se trata de actos bilaterales. Asimismo, el propio mejorado puede renunciar a la mejora si esta se ha realizado a través de legado, no así si se trata de una mejora a título de herencia ya que esta no puede ser aceptada parcialmente, de modo que lo que podría hacer el heredero es renunciar a la herencia a la que ha sido llamado, incluyendo la mejora y la parte que no constituye mejora. Comenta CASTAÑO GÓMEZ que la consecuencia de esta renuncia sería el aumento de la cuota del resto de legitimarios, pero, de existir otro mejorado, la parte a la que se renuncia podría dar lugar al acrecimiento de este otro en aquellos supuestos en los cuales el causante haya instituido un llamamiento solidario, cosa que no se

---

<sup>20</sup> GARCÍA VICIANA, I. *ob. cit.*, pág. 14.

produciría si la mejora se efectúa en cosa determinada o sobre un porcentaje concreto y diferente para cada uno de los mejorados<sup>21</sup>.

Para recapitular, el uso de la facultad de mejora depende únicamente de la voluntad del testador que, como hemos dicho, puede mejorar a uno o varios de sus hijos y/o descendientes, disponiendo de todo el tercio, de una parte, o incluso no disponer de este en absoluto, pasando a integrar la legítima estricta y debiendo ser repartida entre todos los legitimarios de manera igualitaria. En pocas palabras, el causante puede tratar de modo desigual a sus hijos puesto que no tiene por qué distribuir sus bienes de manera equitativa si no lo desea. Ahora bien, siempre deberá respetar el tercio de legítima corta.

En el caso que nos consulta D. Ricardo, no tenemos conocimiento de si se ha producido alguna mejora en vida y, analizando el testamento, vemos que tampoco se recoge ninguna mejora en su texto de manera expresa, aunque podríamos estar ante una mejora tácita a favor de los hijos matrimoniales de D. Antonio, quienes no han sido omitidos por este como sí lo ha sido D<sup>a</sup>. Rosario. De haberse realizado alguna mejora en vida, se deberá tener en cuenta ya que ello podría suponer una disminución de los dos tercios que les corresponden a los demás hijos en cuanto legitimarios al haberse ocupado parte del tercio de mejora.

### **3. ¿Qué mecanismos de la protección de la legítima existen?**

La institución de la legítima es indisponible, pero, en ocasiones puede sufrir lesiones que constituyen vulneraciones de la intangibilidad cualitativa o de la cuantitativa, como es el caso de la preterición o la desheredación injusta.

En referencia a esto, las normas de carácter imperativo de nuestro ordenamiento jurídico asignan a los legitimarios el derecho a recibir su legítima de forma íntegra, sin gravámenes, condiciones ni sustituciones. Pese a que el testador tiene libertad de testar, lo cierto es que su voluntad no se impone sobre estas disposiciones *ius cogens*<sup>22</sup>. Pero, en cualquier caso, la legítima cuenta con varios mecanismos de protección en caso de sufrir perjuicio.

---

<sup>21</sup> CASTAÑO GÓMEZ, A. *ob. cit.*, pág. 16

<sup>22</sup> PUIG BRUTAU, J. (1983). *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo V* (Tercera ed., Vol. III). Barcelona: Bosch S.A. pág. 133.

En este apartado nos referiremos específicamente a la institución de la intangibilidad y a las acciones genéricas reconocidas por el ordenamiento jurídico para proteger a la legítima, posponiendo el tratamiento de la preterición y la desheredación injusta para un punto posterior, debido a su gran relevancia e incidencia en el caso que nos plantea D. Rodrigo.

En lo que respecta a la intangibilidad, esta puede ser clasificada atendiendo a los sujetos que lesionan la legítima. Por una parte, tendríamos la intangibilidad por parte del legitimario y, por otra, la intangibilidad por parte del causante<sup>23</sup>.

### ***3.1 Intangibilidad por parte del propio legitimario***

El artículo 816 del Código Civil contiene la llamada intangibilidad por parte del legitimario cuyo tenor literal se expresa de la siguiente manera:

*“Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción.”*

Ya hemos plasmado con anterioridad el supuesto de la renuncia o transacción de la legítima restando por mencionar en este punto que, aunque los legitimarios pueden declinar voluntariamente su legítima tras el fallecimiento del causante, no es posible realizar este acto respecto de una legítima futura. Es decir, no es posible renunciar a la legítima si el causante sigue con vida<sup>24</sup>.

Lo que la intangibilidad por parte del legitimario quiere decir es que la legítima no puede ser objeto de renuncia o transacción alguna si el derecho a ella aún no ha nacido que, como sabemos, se produce con la muerte del causante, no antes. Mientras viva el causante la renuncia no surte efecto ni retrotraerá sus efectos cuando se produzca el fallecimiento. Lo que establece el artículo 816, en

---

<sup>23</sup> MERINO HERRERO, M. D. (2019). *Protección y defensa de la legítima en el Código Civil*. Valladolid: Universidad de Valladolid. pág. 28.

<sup>24</sup> FAUS PUJOL, M. (2021). *Manual Práctico de Sucesiones*. No incluimos número de página puesto que se ha consultado una versión electrónica de la obra.

correlación con el artículo 1271<sup>25</sup> es una prohibición general de negociar sobre la herencia futura y, concretamente, sobre la legítima, de manera que esta queda sustraída de la voluntad de las partes.

Por tanto, el artículo 816, al referirse a “toda renuncia o transacción sobre la legítima futura” proclama la nulidad de todas las modalidades de renuncia ya se trate de actos unilaterales, bilaterales, onerosos o gratuitos. En definitiva, la ley sancionará como nula cualquier renuncia o transacción anticipada entre el legitimario expectante y el futuro causante. La nulidad será absoluta y podrá ser apreciada de oficio<sup>26</sup>.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 715/2003, de 10 de julio se ha pronunciado sobre esta cuestión estableciendo que: *“la renuncia a la legítima en vida del causante es nula, como se desprende del art. 816 del Código Civil y no afecta a los herederos forzosos de la renunciante, que podrán reclamarla cuando muera aquél, pero la renuncia producida abierta la sucesión es válida y quien renuncia, renuncia por sí y lo hace también por su estirpe y se incrementan las cuotas que por legítima, individual, corresponden a los demás legitimarios por derecho propio y no por derecho de acrecer.”*

Siguiendo la redacción del precepto, vemos que aun habiendo renunciado a la legítima anticipadamente, el renunciante tiene derecho a reclamar la legítima tras el fallecimiento del causante, pero deberá traer a colación los bienes recibidos a cambio de la transacción. Estos bienes deben ser restituidos porque, al ser nula la renuncia o transacción sobre la legítima futura, su titularidad es del *de cuius*. De no ser así, se produciría un enriquecimiento injusto ya que el legitimario recibiría más de lo que le corresponde al conseguir su parte de la legítima<sup>27</sup>.

### ***3.2 Intangibilidad por parte del causante***

El Código Civil dispone de varios instrumentos de defensa de la legítima para el caso en el que se viera perjudicada de alguna manera por el causante. Por una parte, tendríamos la intangibilidad cualitativa, que hace alusión a la recepción de los bienes que integran la legítima de cada

---

<sup>25</sup> Establece el art. 1271 del Código Civil: “Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.”

<sup>26</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, págs. 30-31.

<sup>27</sup> BARRÓN ARNICHES, P. (2001). *El pacto de renuncia a la legítima futura* (Primera ed.). Barcelona: Cedecs Editorial S.L. pág. 235

legitimario en bienes hereditarios (en tanto no haya sido ya satisfecha en vida) y, además, libre de cualquier gravamen, condición o sustitución. Por otra parte, nos encontraríamos con la intangibilidad cuantitativa que alude al derecho de los legitimarios a no recibir una cantidad inferior de la que les concierne.

El Tribunal Supremo definió estos conceptos en la Sentencia 524/2012 de 18 de julio en su fundamento de derecho tercero:

*“Se distinguen dos tipos de intangibilidad de la legítima: la cuantitativa y la cualitativa. Con el segundo tipo, la ley impide al testador imponer un gravamen al legitimario, mientras que, en virtud de la intangibilidad cuantitativa, se impide otorgar menos de lo que por legítima corresponda. El primer tipo está previsto en el art. 813.2 CC, y su incumplimiento produce la anulación del gravamen, mientras que el segundo se encuentra en el art. 815 CC y da lugar al complemento de la legítima. Por tanto, ninguno de estas lesiones produce la nulidad. [...] en cualquier caso, la intangibilidad afecta al causante, que no puede ni gravar al legitimario, ni dejarle menos de lo que por legítima le corresponda y abre las acciones que éste tiene para corregir las disposiciones que le perjudican. Cuando la lesión la produce la partición, no se puede hablar de intangibilidad, sino de corrección de las operaciones particionales.”*

### 3.2.1 Intangibilidad cualitativa y cuantitativa de la legítima

#### I. La intangibilidad cualitativa

La intangibilidad cualitativa tiene dos manifestaciones: la primera se refiere al derecho del legitimario a recibir su legítima con bienes hereditarios y la segunda no es más que el derecho del legitimario a obtener su legítima libre de cargas, siendo un mecanismo de protección que pretende resguardar la porción de bienes que constituye la legítima de la imposición de gravámenes que la puedan limitar cualitativamente.

Este aspecto cualitativo se divide en el derecho de los legitimarios a obtener el cobro de su parte en bienes hereditarios y en la prohibición de recibir dichos bienes gravados o con cargas impuestas

en el testamento<sup>28</sup>. Si bien, el derecho al pago en bienes hereditarios flaquea en ocasiones ya que la ley permite que se pague la legítima en bienes extra hereditarios<sup>29</sup>.

a) En principio, de conformidad con la naturaleza de la legítima a la que antes nos referimos como "*pars bonorum*", la legítima debe ser pagada en bienes hereditarios. Esta regla general tiene algunas excepciones en el CC, en concreto, los arts. 821, 829, 841 a 847 y 1056.2

b) Por su parte, la prohibición de gravar la legítima, impuesta por el segundo apartado del artículo 813<sup>30</sup> del Código Civil, cede ante las excepciones que este mismo artículo establece. Concretamente, enuncia el precepto que: "*Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808*". Esto quiere decir que los bienes y derechos que deben adquirir los legitimarios han de transmitirse con las mismas condiciones que poseían cuando pertenecían al causante, sin poder este imponer más limitaciones que las inseparables del propio derecho o los gravámenes que abiertamente permita la ley.

Los gravámenes que no se pueden establecer son aquellos consistentes en el reconocimiento de derechos a favor de un tercero y en prohibiciones, incluso de carácter temporal. Tampoco se podrá sujetar la legítima a una administración permanente pero lo que sí se permite gracias a la modificación del Código Civil, en primer lugar, por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, y posteriormente por la Ley 8/2021, de 2 de junio, es gravar la legítima corta con una sustitución fideicomisaria en favor de concretas personas discapacitadas, sin perjuicio de lo señalado con relación al usufructo del viudo en el artículo 834 del código.

Por otra parte, tampoco podrá el testador imponer sustitución de ningún tipo. No obstante, esta afirmación tiene ciertos matices. La sustitución pupilar, del artículo 775 del Código no perturba la legítima del descendiente sustituido ya que se considera una designación de heredero, pues se trata de un nombramiento de un heredero del descendiente que fallece antes de cumplir los catorce años.

---

<sup>28</sup> REAL PÉREZ, A. (1988). *Intangibilidad cualitativa de la legítima*. Madrid: Editorial Civitas S.A. pág. 101

<sup>29</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, págs. 33-34.

<sup>30</sup> Se modifica el segundo párrafo, con efectos de 3 de septiembre de 2021, por el art. 2.40 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Ref. BOE-A-2021-9233. La redacción anterior era: "Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados."

La sustitución vulgar, por otro lado, sólo afecta a la intangibilidad de la legítima cuando altera el derecho de representación de los hijos de los descendientes<sup>31</sup>. Lo que no se permite es que el testador grave la legítima con sustituciones fideicomisarias<sup>32</sup>. Sin embargo, hay que prestar atención a las introducciones motivadas por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre y por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que han desembocado en la actual redacción del artículo 808. Este artículo, respecto de los hijos con discapacidad establece lo siguiente:

*“Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa.*

*Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique.”*

Este artículo, en relación con el 782 del Código Civil permite una sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a través de la cual el causante puede dejar la herencia a un descendiente legítimo discapacitado, fiduciario, que transmitirá lo adquirido en virtud del testamento a los demás legitimarios, fideicomisarios<sup>33</sup>.

El fiduciario adquiriría la condición de titular de los bienes, pudiendo hacer suyos los frutos, pero verá limitado su poder de transformación o modificación de estos, debiendo recabar el consentimiento del fideicomisario para todos aquellos actos que superen lo permitido<sup>34</sup>; y

---

<sup>31</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, pág. 36.

<sup>32</sup> Artículo 782 del Código Civil: “Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad. Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes”.

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, J. M. (2004). *La sucesión forzosa*. Granada: Comares. pág. 358.

<sup>34</sup> BOTELLO HERMOSA, P. (2016). *La sustitución fideicomisaria: resurgimiento de una de las figuras más importantes del derecho sucesorio español como forma de protección patrimonial de los incapacitados judicialmente*. Sevilla: Universidad de Sevilla. pág. 127.

transmitirá los bienes fideicomitidos a los fideicomisarios si recae sentencia por la cual se reconozca la recuperación de la capacidad del fiduciario<sup>35</sup>.

Asimismo, el Código Civil, en su artículo 822 -en redacción dada por la Ley 41/2003, modificada por la Ley 8/2021- permite la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual cuando el beneficiario es un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad que conviviera con el donante o testador, en su caso, en dicha vivienda. Este derecho de habitación es intransmisible y persistirá siempre que también lo haga la discapacidad. No obstante, este derecho no se computará para el cálculo de la legítima, de modo que no se sumará a la herencia y no podrá ser objeto de reducción por inoficiosidad<sup>36</sup>.

En lo que respecta a las condiciones, aunque la regla general las prohíbe, lo cierto es que se permiten gravámenes que libremente acepten los legitimarios, siendo esta una excepción a la intangibilidad cualitativa. Es lo que se ha venido denominando "cautelas de opción compensatoria", siendo las más destacadas la Cautela Socini y la disposición del artículo 820.3 del Código Civil.

En primer lugar, la Cautela Socini es una carga que no tiene regulación específica en el Código Civil, si bien algunos autores la consideran tácitamente derivada del artículo 820. Se trata de una institución que el testador establece a favor de un tercero y que le da derecho al legitimario a percibir más de lo que le corresponde si así lo acepta. El legitimario puede escoger entre recibir únicamente su legítima estricta libre de cargas, o una porción mayor pero gravada por un usufructo. Así la caracteriza la Sentencia del Tribunal Supremo 339/2010 de 27 de mayo:

*"La llamada comúnmente cláusula o cautela Socini [...] es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta.*

---

<sup>35</sup> BOTELLO HERMOSA, P. *ob. cit.*, págs. 389-400

<sup>36</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, pág. 39.

*Aun cuando parte de la doctrina ha sostenido que esta cautela supone un artificio en fraude de ley en cuanto elude la norma que establece la intangibilidad cualitativa de la legítima, la doctrina predominante aboga por su validez por su clara utilidad y el hecho de que no se coacciona la libre decisión del legitimario que, en todo caso, puede optar por recibir en plena propiedad la legítima estricta.”*

Ahora bien, el TS ha manifestado que la Cautela Socini no puede afectar a la legítima estricta.

Los casos más frecuentes en los que se emplea esta cláusula son en referencia al usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo sobre toda la herencia. El testador busca que su cónyuge use y disfrute de todos los bienes, con la obligación de conservarlos en buen estado. Ahora bien, el legitimario debe aceptar este gravamen para que esto ocurra y, de hacerlo, no podrá alegar la intangibilidad cualitativa.

La validez de esta cláusula se fundamenta en la licitud de la aceptación voluntaria por parte del legitimario. Es decir, aunque no es lícito que el testador grave la legítima, sí lo es el que el legitimario la acepte ya que, si puede renunciar a la misma, nada impide que pueda aceptarla con sujeción a algún gravamen o carga, siendo esto lo afirmado por VALLET DE GOYTISOLO<sup>37</sup>. El Tribunal Supremo, además, se ha inclinado por esta postura al afirmar que no se coacciona la libre elección del legitimario ya que este puede decidir recibir su legítima estricta en plena propiedad<sup>38</sup>. Es más, el Tribunal se inclina por no considerar la Cautela Socini como un fraude de ley ya que se configura como un derecho de opción o facultad alternativa que se puede usar en un sentido u otro en base a los intereses preponderantes del legitimario, pero conservando en cualquier caso su legítima estricta<sup>39</sup>. Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo 254/2014 de 3 de septiembre:

*“Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que la cautela socini, válidamente configurada por el testador, no se opone ni entra en colisión con los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva consagrados en el artículo 24 CE, de forma que no está sujeta*

---

<sup>37</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. (1991). Comentario al art. 813 CC. *Comentario del Código Civil, Tomo I*. pág. 153. Madrid: EDERSA.

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 339/2010 de 27 de mayo. Ponente: Antonio Salas Carceller. ECLI: ES:TS:2010:2529

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 838/2013, 17 de enero de 2014. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI: ES:TS:2014:2381

*a una interpretación restrictiva más allá del marco legal de su respectiva configuración, STS de 17 de enero de 2014 (núm. 838/2013)."*

En segundo lugar, la otra gran cautela de opción compensatoria es la plasmada en el artículo 820.3 del Código Civil. Este precepto enuncia que, si el legado consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor sea superior a la parte disponible, los legitimarios podrán elegir entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador<sup>40</sup>.

Esta institución tiene gran vinculación con la explicada unos párrafos más arriba pues también afecta a la intangibilidad cualitativa al establecer dos opciones entre las cuales ha de escoger el legitimario. Es la ley material, en el caso del artículo 820.3.º del Código Civil, o la ley del testador, en el caso de la Cautela Socini, la que admite que el legitimario rechace lo que le atribuye de más el testador y limitarse a obtener la legítima libre de gravámenes<sup>41</sup>.

La problemática que ocasiona esta cautela es determinar a qué se refiere al hablar de "valor superior a la parte disponible". ¿Se refiere al valor de los bienes que grava el testador o al valor del usufructo capitalizado? Las opiniones son dispares pero la gran mayoría opta por pensar que se refiere a los bienes gravados, que exceden de la parte disponible, no al valor del usufructo<sup>42</sup>.

Finalmente, hemos de señalar que el legitimario afectado por un usufructo universal o renta vitalicia tiene la facultad reconocida por el artículo 820.3 del Código Civil, aunque este derecho no le haya sido expresamente conferido por el testador ya que la aplicación y eficacia del precepto mencionado no se ven condicionadas por el consentimiento del causante<sup>43</sup>.

La aplicación de esta teoría a nuestro supuesto práctico determina que lo dejado por D. Antonio a sus hijos en concepto de legítima no puede ser gravado, ni sometido a sustitución o condición más

---

<sup>40</sup> El artículo 820.3 del Código Civil: "Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador."

<sup>41</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F., (2004), *La Cautela Gualdense o Socini y el artículo 820.3.º del Código Civil*. Madrid: Dykinson. No incluimos número de página puesto que se ha consultado una versión electrónica de la obra.

<sup>42</sup> PÉREZ DE DIEGO GÓMEZ, M. (2020). *Cálculo de las legítimas y protección frente a las disposiciones del testador*. Valladolid: Universidad de Valladolid. pág. 31.

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 1132/2001, de 3 de diciembre. Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. ECLI:ES:TS:2001:9482

allá de lo expuesto respecto a las cautelas de opción compensatoria o la sustitución fideicomisaria en caso de descendientes legitimarios discapacitados. No parece ser el caso, pero de ser así, los legitimarios podrán entender por no puestas las disposiciones que vulneren la intangibilidad cualitativa de sus legítimas.

## II. La intangibilidad cuantitativa

La intangibilidad cuantitativa es aquel mecanismo de protección de la legítima que aboga por el derecho del legitimario a recibir su parte sin merma alguna. Se presenta en aquellos casos en los que el *de cuius*, bien *inter vivos*, bien *mortis causa*, dispone de sus bienes en perjuicio de la legítima.

Ya nos decía el artículo 813.1 del Código Civil que el testador no podrá despojar a los legitimarios de su derecho a la legítima salvo en los supuestos que exprese la ley. Concretamente, estos casos se refieren a la desheredación como disposición testamentaria en virtud de la cual se priva al legitimario de su parte por justa causa enunciada en la ley<sup>44</sup>. Fuera de estos casos, cualquier privación o limitación ya sea total o parcial de la legítima, constituye una lesión cuantitativa reprochable por cuanto aquella es inviolable e indisponible para el testador.

Para hacer frente a esta posible lesión, el ordenamiento recoge varias acciones cuyo fin último es proteger la integridad de la legítima bien mediante una pretensión de complemento, bien mediante la impugnación de los legados y las donaciones inoficiosas para reducirlos. Sin embargo, también pueden darse simulaciones contractuales que encubren una causa inexistente. Este es el caso de los contratos de compraventa simulados que generalmente pretenden evadir el embargo de los bienes o dañar los derechos sucesorios de los legitimarios. En respuesta a ello, permite el ordenamiento la impugnación de dichos actos por realizarse en fraude de ley ya que el precio que acuerda el causante con el tercero es ficticio<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> La regulación de la desheredación se recoge en el artículo 848 y ss del Código Civil.

<sup>45</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, págs. 49-50.

D. Antonio, sin embargo, ha evadido este problema al instituir herederos universales a sus hijos matrimoniales, correspondiéndoles a todos ellos cuotas de igual valor. Resta por ver qué pasará con la legítima de D<sup>a</sup>. Rosario, pero esto se tratará más adelante.

### 3.1.2 Acciones de protección de la legítima

Visto el carácter indisponible de la legítima y la intangibilidad tanto cualitativa como cuantitativa que sobre ella recae, los hijos de D. Antonio, en cuanto legitimarios en su herencia, tendrían acceso a diferentes acciones para proteger sus legítimas de las posibles lesiones en las que el testador hubiera pudiera incurrir, lo que ya anticipamos no se ha producido con relación a los hijos matrimoniales, pero sí con relación a la hija extramatrimonial.

Para poder centrar la acción que corresponde a esa hija extramatrimonial, bueno será, en principio, exponer los diferentes medios que se les reconocen a los legitimarios para asegurar la integridad de la porción que les corresponde para, de este modo, estar en condiciones para determinar la acción que corresponde al caso.

En lo que respecta a la intangibilidad cualitativa, el ordenamiento jurídico no instituye un mecanismo de protección específico, pero el legitimario podrá entender no puestas o inexistentes los gravámenes, cargas, sustituciones e impedimentos de cualquier tipo que perjudican su legítima. Aquí prevalece la ley sobre la libertad de testar de modo que, si las disposiciones de este contrarían las normas, se tendrán por no puestas, ocasionando la nulidad absoluta y automática del gravamen. Es decir, la defensa de la intangibilidad cualitativa no requiere el ejercicio de una acción concreta, bastando con entender que la cláusula que constituye el gravamen no existe<sup>46</sup>. En caso de que la persona a cuyo favor se haya establecido el gravamen pretenda hacer uso del mismo, el legitimario gravado tiene abierta la vía judicial para defenderse frente a tal situación, negando la existencia del mismo por contradecir la intangibilidad cualitativa de la legítima.

---

<sup>46</sup> MARIÑO PARDO, F. (17 de noviembre de 2017). *La sucesión forzosa. Intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima. Reducción de disposiciones inoficiosas. La acción de complemento. La renuncia o transacción sobre la legítima. Cautela socini*. No incluimos número de página puesto que se ha consultado una versión electrónica de la obra.

Por el contrario, la intangibilidad cuantitativa sí engloba varias acciones específicas dirigidas a defender que el legitimario no perciba menos de lo que le corresponde.

a) **En primer lugar, nos hemos referido con anterioridad a los contratos de compraventa simulados en perjuicio de la legítima.** Teniendo en cuenta que el contrato de compraventa exige el pago de un precio a cambio de la entrega de una cosa, si el precio no es cierto ni determinable, sino que se simula, los legitimarios pueden impugnar dicha simulación. El resultado final sería la nulidad de la compraventa por inexistencia del contrato<sup>47</sup>. Por tanto, se reconoce a los legitimarios acción de nulidad frente a los contratos simulados ya que así lo reconoce la jurisprudencia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 3ª, 29/2002 de 21 de enero expuso que: *“La mera concurrencia de una donación encubierta no basta para que, sin más, prosperen una pretensión anulatoria... Lo que es necesario es acreditar cumplidamente que el concreto y verdadero negocio jurídico llevado a cabo entre las partes se encuentra viciado de nulidad por ser, por ejemplo, ilícita su causa. Tal ilicitud la ha proclamado la jurisprudencia en supuestos en que la donación, encubierta bajo otra forma contractual (generalmente compraventa) se realizaba con intención de defraudar los derechos de los legitimarios del donante, proclamando la radical nulidad de la donación por ilicitud de la causa y del negocio simulado por inexistencia de la misma... Cuando la escritura de compraventa se otorga con la exclusiva finalidad de defraudar derechos legitimarios, procede declarar también inexistente el contrato de donación, por ser ilícita su causa, pues el discutido contrato de compraventa fue simulado y carente de existencia real por carecer de un elemento como es el precio.”*

b) **En segundo lugar,** es de obligada mención la **acción de complemento de la legítima.** Esta se deduce del artículo 815 del Código Civil:

*“El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma.”*

---

<sup>47</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, pág. 51.

Esta acción otorga a los legitimarios el poder de exigir que su legítima sea cubierta en su totalidad al haberseles atribuido bienes insuficientes. Ahora bien, esto sólo es posible si el legitimario es mencionado en el testamento y si recibe bienes insuficientes, ya sea en concepto de herencia, legado o donación. No cabrá esta acción, por tanto, si nos encontráramos ante una desheredación injusta o ante una preterición<sup>48</sup> por lo que D<sup>a</sup>. Rosario no podría emplear esta acción ya que ni ha recibido bienes insuficientes ni ha sido mencionada en el testamento, sino que ha sido preterida. Sin embargo, los herederos testamentarios sí podrían emplearla si se les hubiese entregado menos de lo que les correspondería, cosa que no ocurre.

Si el legitimario ha recibido alguna donación en vida del causante podrá reclamar el complemento de su legítima cuando surja su derecho a ella ya que el testador puede entregarla por cualquier título. Así, el legitimario que haya recibido algo mientras vivía el *de cuius*, aunque no reciba bien alguno en el testamento, no podrá ser considerado desheredado, pero sí podrá reclamar la diferencia entre lo que ha percibido realmente y lo que le corresponde en concepto de legítima.

La legitimación activa, por tanto, la tienen aquellos legitimarios cuya legítima se ha visto mermada por disposición del causante, y la legitimación pasiva los demás coherederos, sin poderse dirigir la acción contra el contador-partidor<sup>49</sup>.

En cuanto a la cuantía que se puede reclamar, esta es nada más y nada menos que la que se necesite para completar la porción de legítima que corresponde al legitimario perjudicado. En caso de los hijos y descendientes, lo que se puede reclamar es el suplemento hasta cubrir la legítima estricta. Pero no se puede saber cuál es esta cuantía sin determinar antes a cuánto asciende la legítima de cada legitimario. Para ello se tendrán en cuenta los bienes que existan en el momento del fallecimiento del causante, con deducción de las deudas y las cargas, a excepción de las determinadas en el propio testamento<sup>50</sup>, más todas las atribuciones gratuitas hechas en vida, de conformidad con el artículo 808 CC.

---

<sup>48</sup> SAN SEGUNDO MANUEL, T. (2008). La acción de suplemento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 707. pág. 1379.

<sup>49</sup> PANIZA FULLANA, A. (2014). *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista, Tomo I*. Madrid: Dykinson. No incluimos número de página puesto que se ha consultado una versión electrónica de la obra.

<sup>50</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, pág. 55.

Otra de las cuestiones discutidas respecto de la acción de complemento es su transmisibilidad a los herederos de los legitimarios. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979 se ha pronunciado en sentido favorable a esta idea, incluso aunque el legitimario no llegue a emplearla en vida, pasando su ejercicio a sus descendientes<sup>51</sup>.

Con relación a la prescripción de esta acción, la doctrina mayoritaria se inclina por considerarla una acción real con un plazo de ejercicio de 30 años<sup>52</sup>. Pero esta acción habrá de ejercitarse antes de la acción de reducción si no hubiera bienes suficientes debido a disposiciones inoficiosas. De este modo, si se pone en práctica la acción de complemento y esta no resulta exitosa, se podrá ejercitar la acción de reducción que explicaremos a continuación<sup>53</sup>.

c) **En tercer lugar**, otra de las acciones que protege la intangibilidad cuantitativa es la **reducción de disposiciones inoficiosas**. Como sabemos, el causante puede disponer libremente de sus bienes tanto en vida, a través de donaciones, como para después de su muerte a través de legados o nombramiento de herederos. Ahora bien, puede suceder que estas operaciones vulneren la legítima de los legitimarios, en cuyo caso estos pueden poner en marcha la acción de reducción de donaciones o legados inoficiosos, en virtud del artículo 817 del Código Civil. Conforme a este precepto: *“Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas”*

Pero, una vez más, para determinar si ha habido inoficiosidad habrá que esperar al fallecimiento del causante pues solo entonces se podrá determinar el montante sobre el cual se ha de calcular la cuantía de la legítima. Así lo expresa el artículo 818 del Código<sup>54</sup>. Además, esta acción es irrenunciable hasta que se produzca la muerte del causante. De hacerse antes de este momento, sería ineficaz. La renuncia habría de hacerse, además, por todos los legitimarios afectados, ya sea expresa o tácitamente<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> MARIÑO PARDO, F. *ob. cit.*

<sup>52</sup> PANIZA FULLANA, A. *ob. cit.*

<sup>53</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, pág. 56.

<sup>54</sup> Artículo 818 del Código Civil: “Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables.”

<sup>55</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, págs. 57-59.

La legitimación activa para interponer esta acción la tendrán los legitimarios y sus herederos, así como los legitimarios que nazcan con posterioridad a una donación ya efectuada. Asimismo, tiene legitimación el cónyuge viudo, incluso aunque el matrimonio fuese posterior a la donación, y los acreedores hereditarios subrogándose en el lugar de los legitimarios que, siendo instituidos herederos, no acepten la herencia a beneficio de inventario<sup>56</sup>.

El orden de reducción de las disposiciones inoficiosas, de haber varias, dependerá de si nos encontramos ante donaciones o ante legados. En primer lugar, se reducirán los legados y se concluirá con las donaciones pues así lo establece el artículo 820 del Código Civil. Si se redujeran antes las donaciones podrían surgir prácticas fraudulentas ya que, con las donaciones el bien sale del patrimonio del donante y el donatario puede disponer de lo donado, no siendo esto posible en el caso de los legados ya que estos no se pueden poseer ni se puede disponer de ellos hasta que no sean entregados<sup>57</sup>.

Por otra parte, en cuanto al plazo de prescripción de esta acción, pese a las distintas opiniones, parece ser que nuestro Tribunal Supremo se inclina por considerar un plazo de cinco años. Ya mostró esta predilección en su sentencia 1326/1984 de 12 de junio en la que se pronunció en los siguientes términos:

*"el plazo para la prescripción de la acción ciertamente ejercitada no es con seguridad el de quince años que la Audiencia le reconoce apoyándose en la generalidad del mismo según los términos del artículo 1.964 ("las personales que no tengan señalado término especial de prescripción"), cabiendo pensar en otro plazo menor, así el de un año del artículo 652 o acaso mejor el de cuatro años del 1.299 y más próximamente aún el de cinco años del 646 que contempla un supuesto semejante al caso litigioso y entre los que se aprecia identidad de razón por lo que procedería su aplicación analógica"*

Pero hay que especificar que el plazo de cinco años no es de prescripción sino de caducidad. Esta postura no sólo ha sido asentada en la doctrina sino también en la jurisprudencia menor. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 178/2020 de 21 de julio afirma: "En la

---

<sup>56</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, págs. 57-58.

<sup>57</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, págs. 62-63.

*sentencia de 15/3/2011, recaída en el rollo 96/2010, expresamos para esta problemática que es aplicable «el plazo de caducidad de cinco años, que el artículo 646 del Código Civil establece para la revocación por superveniencia o supervivencia de hijos». Así lo entiende el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de marzo de 1999”.* Esta sentencia referenciada<sup>58</sup> enuncia que el plazo no puede ser de prescripción ya que el objetivo de la reducción es dejar sin efecto una disposición inoficiosa que, por motivos de seguridad jurídica, no interesa que se alargue en el tiempo sino todo lo contrario, que se consolide.

Dicho esto, hemos de entrar a analizar tanto la reducción de los legados como la de las donaciones. En primer lugar, **en cuanto a la reducción de los legados que vulneren la legítima** no serán nulos, pero darán lugar a su reducción y, para saber cómo se desarrollará esta disminución, tenemos que estudiar la imputación de los mismos.

- Si el legado se hace en favor de un legitimario descendiente que es heredero, aquél se imputará en primer lugar al tercio de libre disposición, seguidamente al de mejora y, si siguiese habiendo exceso, al tercio de legítima estricta. No obstante, si el legado tuviere el carácter de mejora, se imputará primero a este tercio y, posteriormente al tercio de libre disposición<sup>59</sup>.

- Si el legado se hace a un legitimario, sin que el testador establezca reglas de imputación, la imputación se producirá al tercio de legítima en previsión de que el causante puede cubrir la legítima estricta de cada legitimario por cualquier título<sup>60</sup>.

- Si el legado se realiza a favor de descendientes no legitimarios, se imputará al tercio de libre disposición y a la mejora de haber exceso, o al contrario si el testador mejora expresamente al descendiente. No obstante, si sigue existiendo exceso, este no podrá vulnerar la legítima estricta por lo que habrá que reducirse.

---

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 1499/1999, de 4 de marzo. Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. ECLI:ES:TS:1999:1499

<sup>59</sup> SEVILLA CÁCERES, F. (28 de junio de 2021). *Cálculo de la legítima*. No incluimos número de página puesto que se ha consultado una versión electrónica de la obra.

<sup>60</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, pág. 60.

- Por su parte, el legado al cónyuge se imputa a su legítima y el exceso a la parte de libre disposición, a no ser que el testador exprese claramente que habrá de imputarse primero a la libre disposición y en segundo lugar a la legítima<sup>61</sup>.

- Finalmente, los legados a terceros extraños se imputarán al tercio de libre disposición, reduciéndose en todo aquello que supere esta parte<sup>62</sup>.

De haber varios legados inoficiosos, su reducción se hará a prorrata, salvo que el propio testador otorgue preferencia a alguno de ellos, en cuyo caso, el legado preferente solo se verá disminuido si no basta con la reducción de los demás para satisfacer los derechos de los legitimarios<sup>63</sup>.

La reducción se realizará *in natura*. No obstante, hay determinados legados que escapan a esta regla. Se trata de la reducción de los legados consistentes en fincas que no admiten división cómoda, regulados en el artículo 821 que establece:

*“Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.*

*El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.*

*Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados.”*

Aunque el artículo menciona sólo el ejemplo de la finca, se aplica a cualquier bien que no admita cómoda división pues la reducción *in natura* implicaría necesariamente una situación de indivisión<sup>64</sup>. Lo que se pretende con este artículo es que una persona se quede con el bien en su

---

<sup>61</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, pág. 61.

<sup>62</sup> SEVILLA CÁCERES, F. *ob. cit.*

<sup>63</sup> Artículo 820.2º del Código Civil: “La reducción de éstas se hará a prorrata, sin distinción alguna. Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima.”

<sup>64</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2014). *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Madrid: Dykinson, págs. 916-918.

totalidad, pagando a los demás la diferencia en metálico, siendo la venta en pública subasta una solución subsidiaria cuando los interesados no hagan uso de lo dispuesto en el artículo 821.

Dejando atrás la reducción de los legados, debemos analizar ahora la reducción de donaciones. Al respecto, el artículo 636 del Código Civil enuncia que nadie *“podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida”*.

Con esta acción se declarará la inoficiosidad de los excesos y se buscará la restitución *in natura* de lo donado en el estado en el que se recibió, si bien, de haberse perdido, dañado, enajenado, etc., el bien donado, el donatario deberá abonar el valor en metálico<sup>65</sup>. Esto nos lleva a la afirmación de que la acción de reducción de donaciones, al igual que la de los legados, es una acción declarativa pero también una acción de condena pues no sólo reconocerá las disposiciones que disminuyen la legítima como inoficiosas, sino que también pretenderá la restitución del exceso. No obstante, serán los legitimarios los que decidan si dejar a las donaciones sin efecto, obligando al donatario a devolver el bien, o que simplemente les entregue los que le corresponde a cada uno como legítima individual. Es decir, la reducción de la donación no implica su rescisión obligatoria ya que los legitimarios pueden querer que se les pague el exceso de la donación<sup>66</sup>. Una donación inoficiosa tampoco será una donación nula, como ocurriría en el caso de una simulación, ya que produce efectos y tiene validez.

Tendrán legitimación activa para ejercer esta acción las personas enunciadas en el artículo 655 del Código Civil, aunque hayan nacido con posterioridad a la donación. Más concretamente, tendrán legitimación activa los legitimarios, los que tengan derecho a una parte alícuota siempre que sean legitimarios, y sus herederos o causahabiente, pero no tendrán legitimación los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota ni los acreedores del causante. Los donatarios serán los que tengan la legitimación pasiva.

Asimismo, es importante subrayar que la acción de reducción de donaciones es transmisible ya que el legitimario puede disponer de este derecho tanto *inter vivo* como *mortis causa*. De este

---

<sup>65</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, pág. 72

<sup>66</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, pág. 67

modo, los herederos del legitimario que muera sin hacer uso de esta acción podrán ejercerla siempre y cuando el legitimario no hubiese renunciado a ella<sup>67</sup>.

**En lo concerniente a la imputación de las donaciones** hay que acudir al artículo 819 del Código Civil:

*“Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima. Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes.”*

De este modo, las donaciones efectuadas por los padres a los hijos, si no son mejoras, se presentarán como un pago anticipado de su legítima estricta, pero, de superar dicha porción, ocuparán el tercio de libre disposición. Si la donación se realiza expresamente en concepto de mejora, esta se imputará a este tercio y seguidamente al de libre disposición para ocupar en último lugar el tercio de legítima estricta. Este parece ser el criterio que se ha de seguir expresado por el Tribunal Supremo en su Sentencia 375/2019 de 27 de junio que manifiesta:

*“Debemos partir de que en el caso las donaciones litigiosas no tienen el carácter de mejora, como dice la sentencia recurrida, porque la mejora mediante donación (como dice el art. 825 CC, a diferencia de lo que sucede con los legados que no caben en la parte libre, conforme al art. 828 CC) siempre debe ser expresa, lo que en el caso no se da. El orden de imputación de las donaciones a los hijos, por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 819 CC es, primero a su legítima y, en lo que exceda de su cuota legitimaria, como dice la sentencia 502/2006, de 29 de mayo, los legitimarios deben ser tratados como extraños, es decir, que el exceso ha de imputarse a la parte de libre disposición, y es el exceso sobre esta parte el que será objeto de reducción.”*

Volviendo al artículo 819, las donaciones serán reducidas en cuanto excedan de lo disponible. Aun así, las donaciones se respetarán siempre y cuando la vulneración de las legítimas se solucione mediante la acción de reducción de legados. Una vez reducidos los legados, se procederá a la reducción de las donaciones salvo lo dispuesto en el artículo 1044 del Código Civil, en referencia

---

<sup>67</sup> MERINO HERRERO, M. D. *ob. cit.*, pág. 69.

a los regalos de boda<sup>68</sup>. A diferencia de la reducción de los legados, que se hará a prorrata si el testador no dispone otra cosa, las donaciones se reducirán por orden de antigüedad inverso, comenzando por las más próximas en el tiempo<sup>69</sup>. De ser las donaciones de la misma fecha, se reducirán a prorrata<sup>70</sup>.

Por último, uno de los problemas que se presenta en cuanto a la reducción de las donaciones que no lo hace con respecto a la de los legados es la insolvencia del donatario puesto que este sí puede disponer de lo donado. Recordemos que la reducción ha de hacerse *in natura* o en metálico, dependiendo de los casos, pero si se es insolvente no se podrá hacer ni lo uno ni lo otro. Ante esta situación, la doctrina mayoritaria opina que los legitimarios han de asumir el riesgo de dicha insolvencia, sin poder afectar a las demás donaciones<sup>71</sup>.

#### **4. ¿Qué es la preterición?**

El punto focal de la consulta que nos está realizando D. Ricardo gira alrededor de la preterición de D<sup>a</sup>. Rosario en el testamento de su padre así que dedicaremos este apartado a explicar qué es la preterición, sus tipos y efectos, los derechos sucesorios que se le reconocen a la preterida, la acción que se prevé para este específico caso, además de su regulación, así como la delimitación de esta figura con la desheredación y la posibilidad de emplear otras acciones en defecto de la de preterición.

##### ***4.1 Concepto de preterición***

Antiguamente, se reconocía la libertad absoluta del testador al otorgar testamento. Sin embargo, esta autonomía fue coartada en el Derecho Romano por la sucesión forzosa formal. Según este principio, el testador debía mencionar expresamente a los descendientes *sui heredes* bien para instituirlos herederos, bien para desheredarlos<sup>72</sup>. Es en este contexto donde nació la preterición

---

<sup>68</sup> Artículo 1044 del Código Civil: "Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento."

<sup>69</sup> Artículo 656 del Código Civil: "Si, siendo dos o más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente."

<sup>70</sup> MARIÑO PARDO, F. *ob. cit.*

<sup>71</sup> MARIÑO PARDO, F. *ob. cit.*

<sup>72</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2020). La preterición en el Código Civil, en *El Derecho de Sucesiones Contemporáneo. Aspectos civiles y fiscales*, dirigido por LASARTE, C, coordinado por JIMÉNEZ MUNOZ, F.J. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. Valencia: Tirant Lo Blanch. pág. 120.

como figura jurídica conexas a la protección del legitimario en el testamento. Si el causante no otorga testamento, no podemos afirmar que nos encontramos ante una preterición puesto que, en ese caso, lo que procedería sería la aplicación de las normas de la sucesión intestada. Por ello, tal como precisa LASARTE, la preterición se circunscribe solamente al ámbito de la sucesión testamentaria<sup>73</sup>.

La preterición cuenta con numerosas definiciones, pero puede ser definida como la omisión en el testamento de un legitimario sin que este haya recibido atribución alguna en pago de su legítima y sin que se le haya desheredado expresamente. Además, tal como expresa el artículo 814, el legitimario ha de sobrevivir al causante. Se trataría de una privación tácita de la legítima, a diferencia de la desheredación que implica una privación expresa<sup>74</sup>.

De esta definición podemos extraer la siguiente idea. Para que se pueda hablar de preterición, es necesario que el legitimario haya sido omitido de manera integral de su legítima ya que, de haber recibido algún bien mediante donación o a título *mortis causa*, imputable a su porción, pero sin llegar a cubrirla en su totalidad, no estaríamos ante una preterición sino ante una vulneración de la intangibilidad cuantitativa. Es decir, no habrá preterición cuando el testador atribuya a un legitimario un legado especial e inferior a la porción de su legítima, aunque no lo instituya como heredero en el testamento. Se trataría de una insuficiencia en la atribución de la legítima, debiendo ejercerse en este caso la acción de complemento expuesta con anterioridad. Igualmente, si un legitimario recibe toda su legítima en vida, tampoco se considerará preterido si en testamento no se le atribuye nada<sup>75</sup>.

De esta manera, pueden darse diversas situaciones<sup>76</sup> en las que quepa preguntarse si estamos o no ante un supuesto de preterición<sup>77</sup>:

---

<sup>73</sup> LASARTE, C. (2016). *Derecho de sucesiones. Principios de Derecho Civil, Tomo VII*. Madrid: Marcial Pons. pág. 202.

<sup>74</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J. (2015). CASTÁN TOBEÑAS, J. (2015). *Derecho Civil Español, Común y Foral*. (novena ed., Vol. II). Madrid: Reus, S.A. pág. 569.

<sup>75</sup> VIVAS TESÓN, I. (2014). Intangibilidad cuantitativa de la legítima y preterición testamentaria: revisión crítica de las cuestiones controvertidas en materia de preterición, sus clases y efectos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (745). pág. 680.

<sup>76</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009). *Derecho de sucesiones común y foral. Tomo II* (Cuarta ed.). Madrid: Dykinson. págs. 1896-1900

<sup>77</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *ob. cit.*, págs. 129-133

- En primer lugar, si el legitimario no es nombrado en el testamento ni se le atribuye bien alguno en vida del causante, no cabe duda de que estamos ante una preterición, siendo este el supuesto en el que se encuentra D<sup>a</sup>. Rosario.

- En segundo lugar, si el legitimario no es nombrado en el testamento, pero sí recibió algún bien mediante donación imputable a la legítima, conforme a la jurisprudencia y la doctrina actuales, no hay preterición ya que el Código Civil permite que la legítima sea satisfecha por cualquier título (ex art. 815 CC). Es más, el artículo 819 del Código da pie a concluir que las donaciones realizadas en vida del causante son un anticipo de la cuota legitimaria.

- En tercer lugar, si el legitimario es mencionado en el testamento, pero no recibe atribuciones patrimoniales directas ni se indica que las haya recibido por vía de donación, hay dudas sobre si se trata realmente de una preterición. Por un lado, una parte de la doctrina defiende que solo mediante una atribución patrimonial efectiva se evita la preterición. Sin embargo, hoy en día, es cada vez más extendida la idea de que la simple mención testamentaria, aun sin atribución, impide la preterición. Si se menciona al legitimario, para cualquier propósito, pero sin imputarle nada a su legítima, podríamos estar ante una desheredación sin causa o ante un derecho al suplemento, pero no ante una preterición. Eso sí, para eludir la preterición, la alusión a un legitimario ha de tener suficiente entidad como para entender que el causante lo ha tenido en cuenta al momento de disponer. Aunque se admiten expresiones genéricas, estas sólo valdrán respecto de aquellas personas que el causante tuvo realmente en mente al momento de otorgar testamento. Es decir, la preterición se puede evitar mediante el uso de fórmulas genéricas las cuales, aunque no designen al legitimario por su nombre, no dejan duda alguna acerca de la voluntad del testador de incluirle. Sin embargo, el Tribunal Supremo requiere que estas fórmulas no sean imprecisas<sup>78</sup>.

- Por último, en el caso de que el legitimario sea simplemente mencionado en el testamento, indicando que ha recibido bienes en vida o si se le atribuyen en el propio testamento, no habrá preterición.

---

<sup>78</sup> LACALLE SERER, E., SANMARTÍN ESCRICHE, F., & APARICIO URTASUM, C. (1 de Diciembre de 2008). *Sucesiones y Herencias. La Preterición*. pág. 10.

#### ***4.2 Efectos y tipos de preterición***

Para determinar los efectos de la preterición es necesario distinguir entre sus tipos. Al hilo de esta cuestión cabe precisar que la figura de la preterición se regula en el Código Civil en el artículo 814 de la siguiente manera:

*“La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos: 1. ° Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. 2. ° En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.*

*Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.*

*Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.*

*A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.”*

Este precepto ha tenido distintas redacciones a lo largo de los años. Concretamente, ha habido tres redacciones siendo la primera la originaria de 1889, la segunda la introducida por la Ley de 24 de abril de 1958, y la tercera y actual de 1981 debida a la Ley de 13 de mayo de aquel año. La evolución fue concretando los matices de la preterición para evitar perjudicar a hijos extramatrimoniales, de manera que hoy en día se diferencia entre dos tipos de preterición de hijos o descendientes: la preterición intencional, como ocurre en nuestro caso, en el que ha resultado preterida D<sup>a</sup> Rosario, aunque no se expresa literalmente esta denominación en el artículo; y la no

intencional o errónea. La distinción entre ambas figuras es imprescindible pues no solo representan diferentes voluntades del testador, sino que también generan efectos distintos<sup>79</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo 325/2010 de 31 de mayo de 2010 concreta lo que ha de entenderse por cada una de ellas: *“La intencional se produce cuando el testador sabía que existía el legitimario preterido, al tiempo de otorgar testamento y la no intencional o errónea, cuando el testador omitió la mención de legitimario hijo o descendiente ignorando su existencia, siempre al tiempo de otorgar testamento (así la distinguen las sentencias de 30 de enero de 1995, 23 de enero de 2001 y 22 de junio de 2006)”*

Además, esta misma sentencia refiere a los efectos que cada tipo tiene sobre el testamento: *“los efectos son bien distintos: mientras en la intencional se rescinde la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta, se rescinden los legados a prorrata, en la errónea de alguno de los hijos o descendientes, se anula la institución de heredero y si no basta, los legados”*.

El momento al que hay que atender para calificar la preterición de uno u otro modo es concretado por la Sentencia del Tribunal Supremo 669/2006 de 22 de junio que dijo lo siguiente: *“la preterición se produce si en el testamento se omite al legitimario, sin importar que, en la apertura de la sucesión, producida por la muerte del causante, éste haya sabido o no de la existencia de aquel. No se tiene en cuenta la preterición al tiempo de la muerte, según conozca o no de la existencia del legitimario, sino al tiempo del testamento.”*

En la preterición intencional, se deja entrever la voluntad del testador de que el legitimario no aparezca en el testamento. Se trata de una decisión deliberada, a sabiendas de la existencia de dicho legitimario. Esta se encuentra regulada en el primer párrafo del artículo 814 del Código Civil y presupone la voluntad del testador<sup>80</sup>.

Por su parte, la preterición no intencional o errónea es el resultado de la ignorancia del testador respecto de la existencia de un legitimario al momento de testar de manera que la falta de alusión

---

<sup>79</sup> CAROL ROSÉS, F. (2017). La preterición: entre la libertad para testar y los derechos fundamentales. Una revisitación del derecho foral y ordenamientos comparados. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 93 (759). Pág 423.

<sup>80</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J. *ob. cit.*, págs. 1900-1901.

a este no se debe a una voluntad de excluirle<sup>81</sup>. Puede ocurrir que este tipo de preterición sea el resultado de la negligencia del testador que, aunque en el momento de otorgar testamento desconociese a algún legitimario, sí lo hiciese con posterioridad, pero no rectificase las disposiciones testamentarias antes de fallecer<sup>82</sup>.

Una vez delimitadas las dos tipologías de la preterición, hemos de pasar a determinar los efectos de cada una de ellas. La preterición intencional no afecta a la validez del testamento y se limita a conceder un beneficio económico al legitimario preterido. La preterición errónea por su parte tiene una consecuencia más radical ya que provoca la anulación, bien de la institución de heredero, bien de todo el contenido patrimonial del testamento<sup>83</sup>.

a) Más concretamente, **la preterición intencional** presupone que de haber querido el testador nombrar al legitimario en el testamento le habría dejado solamente aquello que la ley le obliga. A efectos prácticos, equivale a una desheredación injusta. Por ello, al afirmar el Código Civil que la preterición no perjudicará a la legítima, reduciéndose la institución de heredero antes que las mejoras, legados y demás disposiciones testamentarias, lo que pretende es que el preterido reciba solamente aquella porción de legítima indisponible para el causante a través de la reducción de la institución de heredero, no mediante su anulación. Si la legítima del preterido se viese cubierta solamente con la reducción, en todo lo demás habrá que estar a la voluntad del testador<sup>84</sup>.

La preterición intencional puede referirse a ascendientes, descendientes y al cónyuge viudo. La legítima de estos no se verá afectada por la preterición, pero recibirán solamente aquella parte que les reconoce la ley y que ya hemos expresado más arriba, con cargo al caudal hereditario. De no ser suficiente se reducirán los legados, mejoras y demás disposiciones en lo que no perjudique a las demás legítimas<sup>85</sup>. Así pues, lo que ocasiona esta preterición es la pérdida de eficacia parcial, no la anulación total del testamento.

---

<sup>81</sup> LASARTE, C. (2016). La legítima y la desheredación. En C. Lasarte, *Derecho de sucesiones. Principios de Derecho Civil. Tomo VII*: Madrid: Marcial Pons. pág. 204.

<sup>82</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. *ob. cit.*, pág. 402.

<sup>83</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. *ob. cit.*, pág.405.

<sup>84</sup> LASARTE, C. *ob. cit.*, pág. 203.

<sup>85</sup> LACALLE SERER, E., SANMARTÍN ESCRICHE, F., & APARICIO URTASUM, C. *ob. cit.*, págs. 5-6.

Una de las cuestiones que se plantean en este ámbito es a qué legítima tienen derecho los preteridos que sean hijos o descendientes, si a la legítima larga o solamente a la estricta. RIVAS MARTÍNEZ<sup>86</sup>, entre muchos otros autores, opina que por legítima ha de entenderse la estricta por la innegable equiparación actual entre preterición intencional y desheredación injusta del artículo 851 del Código Civil. El preterido, al igual que el desheredado injustamente únicamente tienen derecho a la legítima corta ya que la intención del testador es privarle de todo aquello de lo que puede disponer libremente. Puesto que la mejora puede ser distribuida entre hijos y descendientes, si el testador omite a un legitimario es porque no quiere atribuirle ninguna porción del tercio de mejora<sup>87</sup>. Atendiendo a esto, debe respetarse en lo posible la voluntad del testador, no atribuyendo la mejora al preterido ya que aquel quiso dejarla exclusivamente a los otros legitimarios<sup>88</sup>.

b) Por su parte, **la preterición errónea o no intencional**, al omitir al legitimario involuntariamente, ya sea porque el testador desconociera la existencia de este al momento de testar o porque no contemplara la posibilidad de tener hijos después de otorgar testamento, presupone que, de haber sido consciente de ese hecho, no habría preterido al legitimario. El artículo 814, para regularizar esta situación y atribuirle al preterido los derechos que le corresponden prevé anular todas las disposiciones patrimoniales del testamento, en el supuesto de que resultaren preteridos todos los legitimarios, o anular la institución de herederos, manteniendo las mandas y mejoras en cuanto no fuesen inoficiosas. Los efectos de la preterición errónea, circunscrita al ámbito de los hijos y descendientes<sup>89</sup>, son más intensos que los de la intencional ya que aquí el legislador interpreta que, de haber conocido el testador la existencia de otros hijos al momento de testar les habría tratado igual que al resto o, de ser el preterido o preteridos los únicos legitimarios, les habría atribuido la totalidad de su haber, sin perjuicio del derecho de usufructo del cónyuge<sup>90</sup>.

Establece el artículo 814.2.1º del Código Civil que en caso de "preterición no intencional", de resultar preteridos todos los legitimarios, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. Aquí se ponen de manifiesto los efectos plenamente anulatorios del testamento en lo que concierne a su contenido patrimonial. *A sensu contrario*, permanecerán aquellas disposiciones

---

<sup>86</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J.J. *ob. cit.*, pág. 1902.

<sup>87</sup> LACALLE SERER, E., SANMARTÍN ESCRICHE, F., & APARICIO URTASUM, C. *ob. cit.*, pág. 6.

<sup>88</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *ob. cit.*, págs. 145-146.

<sup>89</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J.J. *ob. cit.*, pág. 1903.

<sup>90</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *ob. cit.*, pág. 147.

no patrimoniales como pueden ser el nombramiento de tutor, de contador-partidor, etc. Si, por el contrario, solo resultaran preteridos erróneamente alguno o algunos de los hijos o descendientes, pero no todos, en virtud del artículo 814.2.2º se anulará la institución de herederos, pero se mantendrán los legados y las mejoras hechas por cualquier título, siempre y cuando no sean inoficiosas. Al respecto, los herederos instituidos en una cosa cierta serán considerados como legatarios conforme al artículo 768. Ahora bien, de considerar que este precepto es meramente interpretativo, habrá de estar a la voluntad del testador. Por otra parte, en cuanto a la subsistencia de las mejoras, resulta curioso que, en una preterición errónea, el legislador permita la existencia de una voluntad desigualitaria<sup>91</sup>.

El artículo 814.2.2º *in fine*, al referirse a la institución de heredero a favor del cónyuge viudo determina que esta se anulará solo en cuanto perjudique a las legítimas. La razón de esta regla es que el legislador piensa que los bienes del causante que pasan a su cónyuge volverán a los hijos que tengan en común. No obstante, no parece haber tenido en cuenta que el cónyuge puede ser de segundas nupcias y haber hijos de un primer matrimonio<sup>92</sup>.

Finalmente, dentro de la preterición errónea, debemos hacer alusión al supuesto del nacimiento de un hijo con posterioridad al otorgamiento de testamento. Para ello, recordamos una vez más la Sentencia del Tribunal Supremo 669/2006 de 22 de junio que respecto de la preterición de un hijo extramatrimonial concebido y nacido después de testar estimó que, aunque el causante conociera la existencia del hijo, el testamento otorgado y no modificado antes de morir estaría viciado de preterición errónea con el efecto de anular las disposiciones patrimoniales al ser el preterido el único legitimario. Esta sentencia, aludiendo a la Sentencia del Tribunal supremo de 23 de enero de 2001 especificó que: *"en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada ex re ipsa. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento"; y respecto al caso que contempla, añade (con total semejanza al caso presente): "Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de su sexto*

---

<sup>91</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J.J. *ob. cit.*, págs. 1903-1905.

<sup>92</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J.J. *ob. cit.*, pág. 1905

*hijo en el año 1991 no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria”*

La no modificación del testamento tras el nacimiento de un nuevo legitimario no puede interpretarse en el sentido de una preterición intencional. No obstante, sería discutible este argumento en aquellos casos en los que una testadora embarazada no contempla a su futuro hijo en el testamento o en los casos en los que el causante, conociendo haber dejado embarazada a una mujer, no menciona al nasciturus en su última voluntad<sup>93</sup>.

En cualquier caso, esta es una cuestión probatoria. La regla general es la preterición intencional ya que sus efectos no son tan devastadores como los previstos para la preterición errónea, que es la excepción y la que ha de probarse por quien la alega<sup>94</sup>.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, 129/2005 de 10 de marzo expone: *“el artículo 814 del Código Civil no establece presunción alguna a favor de una u otra clase de preterición, pero se entiende por la doctrina que ha de ser la regla la preterición intencional, en función de que tiene efectos menos rigurosos, siendo la excepción la preterición errónea y deberá esta probarse por quien la alega, para lo cual serán utilizables los medios demostrativos extrínsecos al testamento (sentencia del Tribunal Supremo del 9 de julio de 2002)”*.

Si no se prueba de manera clara el carácter no intencional de la preterición, esta habrá de considerarse como intencional, a no ser que las partes, en su facultad de disponer del objeto del proceso, acuerden calificar la preterición como errónea. Si esto ocurre, la decisión vinculará al juez<sup>95</sup>.

**Dicho todo lo anterior, debemos calificar y determinar los efectos de la preterición sufrida por D<sup>a</sup>. Rosario.** Del relato de los hechos se deduce que esta fue preterida intencionalmente por su padre, pues el testamento del causante se otorgó con posterioridad al nacimiento de ésta, siendo el testador conocedor del nacimiento y de que D<sup>a</sup> Rosario era hija suya, por lo que lo que procedería sería reducir la institución de heredero de sus hermanos hasta cubrir la cuota que le corresponde,

---

<sup>93</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *ob. cit.*, pág. 139.

<sup>94</sup> VIVAS TESÓN, I. *ob. cit.*, pág. 689.

<sup>95</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *ob. cit.*, pág. 140.

que sería la legítima corta, de conformidad con el art. 814.1 CC. La preterida sólo tiene derecho a legítima corta, es decir, a una cuarta parte del tercio de legítima corta, correspondiéndoles a sus hermanos no apartados en el testamento el tercio de mejora.

No se podrían anular las disposiciones testamentarias ya que no nos encontramos ante una preterición no intencional. En todo caso, a la vista de que sólo D<sup>a</sup> Rosario ha sido preterida, el efecto de su preterición en el caso de que hubiese sido no intencional (que, tal como hemos señalado no es la presente en nuestro caso) sería la anulación de la institución hereditaria, manteniendo las mandas y mejoras en cuanto no fuesen inoficiosas. Sin embargo, si D<sup>a</sup>. Rosario alegara este tipo de preterición, recaería en ella la carga de probar este extremo, lo que no parece acertado ya que la propia preterida ha sostenido que su padre conocía su existencia. En todo caso, de no poder probarse la preterición errónea, se aplicará la regla general, que es la preterición intencional.

El reiterado artículo 814 también regula, en su tercer apartado, el denominado derecho de representación del descendiente no preterido. Estos descendientes no se considerarán preteridos y pasan a representar a su progenitor en la herencia del ascendiente. Una parte minoritaria de la doctrina considera que la representación solo se dará en cuanto a la legítima. No obstante, la mayoritaria entiende que el descendiente del progenitor premuerto no preterido sucederá a este en todo aquello que hubiera recibido de no haber fallecido, incluso aunque exceda de lo que le correspondía en concepto de legítima<sup>96</sup>.

Para finalizar este apartado, en consonancia con el último apartado del artículo que venimos tratando, ponemos énfasis una vez más en la idea de que la voluntad del testador es de preferente aplicación en materia sucesoria, siendo la protección de las legítimas el único límite que le impone el ordenamiento jurídico. Aunque el testador no puede vulnerar la legítima estricta, sí podrá crear cláusulas por las que otorgue más o cambiar el orden en el que se deban hacer las reducciones<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> LASARTE, C. *ob. cit.*, pág. 205.

<sup>97</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *ob. cit.*, pág. 153.

### ***4.3 Acción de preterición***

Los legitimarios cuentan con variadas acciones para proteger su legítima. Algunas de estas acciones son específicas para la obtención de la legítima que les corresponde, y otras son genéricas pero destinadas a hacer realidad el contenido material que las legítimas tratan de asegurar.

Entre las acciones genéricas, según CASTÁN TOBEÑAS<sup>98</sup>, está la acción de petición de herencia, la acción de nulidad o rectificación de la partición en que se haya preterido al legitimario, la acción de rescisión de la partición, la acción de impugnación de donaciones disimuladas en compraventas simuladas, la acción e impugnación de enajenaciones que sobrepasan el ámbito de disponibilidad del transferente, entre otras.

En cuanto a las acciones específicas, estas ya han sido expuestas anteriormente, sumando a la acción de complemento, a la reducción de legados y a la reducción de donaciones inoficiosas, la acción de desheredación injusta y la acción específicamente prevista para el caso de preterición. Si bien esta última no tiene una regulación concreta en el Código Civil, sí ha sido ampliamente tratada por la doctrina y la jurisprudencia, si bien, hoy en día, sigue habiendo grandes interrogantes en relación con la misma.

No podemos confundir la acción de preterición, que sirve para defender las expectativas legitimarias cuando estas se ven vulneradas por el silencio del testador, con la acción de complemento que se da ante una insuficiencia de atribución, o con la acción de petición de herencia que fue definida por el Tribunal Supremo como la acción de la que dispone el heredero para obtener los bienes que integran el patrimonio hereditario que le corresponde mediante el reconocimiento de su título hereditario<sup>99</sup>.

Aclaramos en este punto que el Tribunal Supremo declaró la compatibilidad entre las acciones de defensa de la legítima encaminadas a impugnar los negocios jurídicos realizados por el causante en vida, y las acciones que surgen de la preterición, ya que estas última no atacan *per se* aquellos

---

<sup>98</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J. *ob. cit.*, págs. 580-583.

<sup>99</sup> VIVAS TESÓN, I. (2014). Distinción de efectos entre la preterición intencional y la errónea y los aspectos procesales en el ejercicio de las acciones en el procedimiento de preterición. En F. Lledó Yagüe, O. Monje Balmaseda, J. Á. Torres Lana, & M. P. Ferrer Vanrell, *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Vol. I. págs. 772-773. Madrid: Dykinson S.L.

negocios *inter vivos* sino que se circunscriben a una determinada masa hereditaria, mientras que las acciones protectoras de las legítimas se dirigen a una reintegración de dicha masa<sup>100</sup>.

Pasando a discutir la naturaleza de la acción de preterición, subrayamos que esta ha sido muy debatida. Hay quien la ha tratado como una acción personal, otros como una acción real que se dirige contra el poseedor de los bienes hereditarios y otros como una acción mixta que varía en función de qué se persigue, siendo real si se reclaman derechos reales y personal si se persiguen créditos<sup>101</sup>. No obstante, parece haber una inclinación hacia la caracterización de esta acción como personalísima ya que el legitimario puede renunciar o transigir.

Dicho esto, otra de las cuestiones debatidas es el plazo de ejercicio de la acción de preterición. Para la doctrina mayoritaria este mecanismo de protección tiene un plazo de caducidad de cuatro años, en consonancia con las acciones rescisorias del artículo 1299.1 del Código Civil y las de anulabilidad contractual del artículo 1300 del mismo texto legal.

A favor de la consideración de la calificación rescisoria están autores como LASARTE o VALLET DE GOYTISOLO. Este último, califica la acción de preterición como una acción rescisoria de carácter personalísimo, no enajenable y no transmisible salvo a los descendientes<sup>102</sup>.

Igualmente, el Tribunal Supremo se ha decantado por esta postura en la Sentencia de 15 de febrero de 2001, que declara que: *“la reclamación de la legítima no da lugar a la nulidad del testamento o de algunas de las cláusulas ni a la nulidad de la institución de heredero; tan solo la preterición intencional puede dar lugar a su rescisión y la desheredación injusta, lo mismo”*. Asimismo, su Sentencia 695/2014 de 10 de diciembre añade: *“En efecto, aunque conforme al contexto doctrinal e interpretativo analizado, la acción de impugnación testamentaria por preterición no intencional de un heredero forzoso no esté sujeta a un régimen de imprescriptibilidad, sino de caducidad y, a su vez, tampoco esté sujeta a la posible interrupción prescriptiva, propia del régimen de la anulabilidad de los contratos, hay que puntualizar que, de acuerdo con las circunstancias del*

---

<sup>100</sup> LACALLE SERER, E., SANMARTÍN ESCRICHE, F., & APARICIO URTASUM, C. *ob. cit.*, pág. 101.

<sup>101</sup> RODRÍGUEZ DE TEJADA, G. (26 de mayo de 2018). *Tema 114 civil: Desheredación y preterición en el Código Civil y en las legislaciones forales. Acciones del heredero forzoso. Acción de petición de herencia: prescripción. El problema del heredero aparente*. No incluimos número de página puesto que se ha consultado una versión electrónica de la obra.

<sup>102</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J. *ob. cit.*, pág. 1921.

*presente caso, dicho plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de la acción no se encuentra consumado o transcurrido."*

Por su lado, los defensores de la equivalencia de la acción de preterición con la de anulabilidad y su plazo de cuatro años sustentan su postura en que la preterición es subsanable ya que se permite al legitimario renunciar o transigir en relación con la misma. De este modo, aunque en un principio hubiera preterición, no se consideraría nulo el testamento<sup>103</sup>.

Sobre la base de la equivalencia de la preterición intencional y la desheredación injusta, incluso podríamos plantearnos si fuera posible aplicar la doctrina del Alto Tribunal sobre la segunda a la primera. La Sentencia del Tribunal Supremo 492/2019 de 25 de septiembre, que analizaremos con más detenimiento cuando exponamos la desheredación, declara como doctrina jurisprudencial que la acción para impugnar la desheredación injusta está sujeta en su ejercicio al plazo de caducidad de cuatro años que establece el art. 1301 CC, empezando su computo a contar desde que se abre la sucesión y puede ser conocido el testamento.

Otros autores defienden la aplicación de un plazo de cinco años al ser este el plazo reconocido para la reducción de las donaciones inoficiosas y otros entienden aplicable el artículo 1964 del Código Civil que antes de la entrada en vigor de la Ley 42/2015 preveía un plazo de quince años, ahora cinco, para las acciones que no tienen establecido un plazo especial de prescripción. Así, LACRUZ BERDEJO<sup>104</sup> opina que para el caso de la preterición no intencional la acción de preterición ha de someterse al plazo de prescripción de quince años desde que pudo ser ejercida, al ser personal y no tener un plazo específico.

Por último, hay quien entiende que la acción de prescripción es imprescriptible al considerar que determina la nulidad absoluta del testamento o de parte del mismo. Entre los autores que se inclinan por esta consideración está el catedrático MIQUEL GONZÁLEZ al estimar que la nulidad

---

<sup>103</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *ob. cit.*, pág. 153.

<sup>104</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. *ob. cit.*, págs. 407-408.

se produce *ipso iure* y puede ser apreciada de oficio<sup>105</sup>. En la misma línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 366/2012 de 3 de julio declara:

*“Estimamos que en el supuesto como el que nos ocupa de preterición no intencional la naturaleza jurídica de la acción que asiste al heredero preterido se acomoda mejor a la nulidad absoluta, no sometida a plazo, que a la anulabilidad, pues se afecta a la intangibilidad de la legítima y no en forma que permita su complemento o subsanación, sino afectando a la propia determinación de los herederos legitimarios llamados a la sucesión por expresa disposición legal y sin posibilidad de omisión por el testador salvo la concurrencia de justa causa de desheredación, y todo ello de manera no intencional, lo que es tanto como decir sin el consentimiento del testador en el momento en el que se hace el testamento, no pareciendo ello incluirse en la posibilidad de rescisión de los artículos 1290 a 1299 del CC, y expresando el artículo 814 CC en cuanto a la preterición no intencional que si son preteridos todos los herederos "se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial", y en otro caso, "se anulará la institución de herederos", lo que desde luego no conduce necesariamente al artículo 1301 CC en relación con los supuestos del artículo 1300 CC.”*

En último lugar, siendo también una cuestión muy discutida, hemos de referirnos al momento a partir del cual comienza el cómputo de la acción de preterición. Ante la falta de previsión del Código Civil, la postura mayoritaria opta por empezar el plazo desde el fallecimiento o declaración de fallecimiento del testador, aunque también parece razonable hacerlo desde el momento en el que el preterido tiene conocimiento del testamento o fallecimiento del causante. En cuanto a las personas sujetas a tutela o a las ausentes, el plazo comienza a partir del momento en que cese la incapacidad o se conozca el domicilio respectivamente. Los preteridos menores de edad no podrán ejercer la acción hasta que cumplan la mayoría, sin perjuicio de que la acción pueda ser ejercida por su representante legal antes de este momento. Finalmente, se ha planteado también que el plazo comience en la fecha de determinación de la filiación si esta se reconoce con posterioridad al fallecimiento del causante<sup>106</sup>, siendo este el caso en el que se encuentra D<sup>a</sup>. Rosario. Dado que

---

<sup>105</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2003). La preterición. En A. Cabanillas Sánchez, J. Caffarena Laporta, J. M. Miquel González, V. Montés Penadés, A. M. Morales Moreno, & F. Pantaleón Prieto, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L. págs. 5376-5379.

<sup>106</sup> GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *ob. cit.*, págs. 159-160.

hasta el momento de su reconocimiento como hija extramatrimonial no tenía legitimación para poner en marcha esta acción, este inicio del cómputo parece el más acertado. No obstante, teniendo en cuenta las posturas mayoritarias, que consideran un plazo de ejercicio de esta acción de 4 o 5 años, la acción de preterición ha de ser tenida por caducada/prescrita ya que, desde el 16 de noviembre de 2015, fecha en la cual recayó sentencia declarando la paternidad de D. Antonio, hasta septiembre de 2021, han pasado más de 5 años.

#### ***4.4 La desheredación***

Expuesta la preterición, hemos de diferenciarla de la desheredación. Mientras la preterición es la omisión del legitimario en el testamento bien de manera intencional, bien erróneamente, la desheredación es la privación intencionada de derechos sucesorios al legitimario. El problema radica en que estas figuras jurídicas pueden confundirse muy fácilmente y más cuando la desheredación se realiza sin expresión de la causa o mediante una causa falsa ya que puede dar lugar a la consideración de una preterición intencional.

Además, aunque la legítima es indisponible para el testador, conforme al artículo 813 del Código Civil, esta afirmación no es del todo cierta ya que se permite la privación de la legítima en los casos previstos por la ley, siendo la desheredación una de estas posibilidades. La desheredación se regula en el artículo 848 y siguientes del Código Civil.

La desheredación puede ser definida como el acto formal o sanción civil por la cual el testador priva al legitimario de su condición de heredero, de toda la herencia (salvo que el causante disponga otra cosa) y la posibilidad de exigir su legítima<sup>107</sup>. Lo que diferencia a la desheredación de la preterición es que aquella ha de realizarse de manera expresa en el cuerpo del testamento, expresando alguna de las causas que la ley señala en el Código Civil, algunas de las cuales se extraen directamente de los preceptos dedicados a la indignidad para suceder. Ahora bien, pese a que hay una clara vinculación entre la desheredación y la indignidad, esta última se refiere a cualquier heredero y a cualquier porción atribuida a este, operando tanto en la sucesión testada como en la intestada, incluso aunque el causante desconozca la causa de indignidad. La

---

<sup>107</sup> ALGABA ROS, S. (2015, abril). Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. pág. 5.

desheredación, en cambio, se aplica únicamente a los legitimarios, va referida a la legítima y el testador debe conocer su causa ya que debe plasmarla en el testamento<sup>108</sup>.

Sólo el testador tiene la facultad de desheredar y puede hacerlo respecto de los hijos y descendientes, los padres y ascendientes y el cónyuge. El Código Civil establece un listado de causas *numerus clausus* en que pueden incurrir estos legitimarios para ser desheredados. De esta manera, no cabe acudir fuera del Código para encontrar otras causas no previstas, aunque sean de mayor gravedad. Además, pese a que el Código Civil no prohíbe expresamente la desheredación parcial, la opinión mayoritaria sostiene que la desheredación ha de realizarse respecto de toda la herencia, aunque autores como Lacruz o Vallet opinen lo contrario. Igualmente, la doctrina mayoritaria considera que la desheredación no puede condicionarse, aunque hay posturas que defienden que el testador puede otorgar un perdón condicionado a que el desheredado realice una determinada conducta con anterioridad a su fallecimiento (del testador)<sup>109</sup>.

La desheredación puede producir diferentes efectos dependiendo de si es justa o injusta. Será justa y dará lugar a la pérdida del derecho a legítima cuando responda a una causa establecida por la ley. Las causas de desheredación son las enunciadas en los artículos 853, 854, 855 y 765.1, 2, 3, 5 y 6 del Código Civil. En virtud de este último precepto, son causas de desheredación, además de indignidad: abandonar, prostituir o corromper a los hijos; haber sido condenado por atentar contra la vida del testador, su cónyuge, ascendientes o descendientes; haber acusado falsamente al testador de un delito para el que la ley señala pena grave; haber compelido mediante violencia, amenazas o engaños al testador para otorgar testamento o cambiarlo; y haber impedido al testador realizar o revocar testamento por iguales medios<sup>110</sup>.

A los descendientes se les puede desheredar por las causas del artículo 756.2, 3, 5 y 6 y por negar alimentos, sin motivo legítimo, a los padres o ascendientes que les desheredan, y maltratar de obra o injuriar gravemente de palabra a estos (art. 853 del Código Civil). Conforme a la Sentencia del 258/2014, 3 de junio de 2014 en el concepto de "maltrato de obra" entra el maltrato psicológico y

---

<sup>108</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., & ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Las Legítimas (I) Protección de la legítima. En A. Domínguez Luelmo, & H. Álvarez Álvarez, *Manual de Derecho Civil. Volumen VI. Derecho de sucesiones*. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A. pág. 363.

<sup>109</sup> RODRÍGUEZ DE TEJADA, G. *ob. cit.*, págs. 2-3.

<sup>110</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. *ob. cit.*, págs. 409-410.

reiterado y el menosprecio, pero no es relevante el simple "abandono emocional" como manifestación de la ruptura del vínculo afectivo<sup>111</sup>.

A los ascendientes se les puede desheredar por las causas del artículo 756.1, 2, 3, 5 y 6 y por perder la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, por negar alimentos sin justificación legítima a los hijos o descendientes y por atentar contra la vida del otro progenitor, salvo que hubiese recaído conciliación (art. 854 del Código Civil).

El cónyuge, por su parte, puede ser desheredado por las causas del artículo 756.2, 3, 5 y 6 y por incumplir gravemente los deberes conyugales, por perder la patria potestad conforme al artículo 170, por negar alimentos al otro cónyuge o a los hijos y por atentar contra la vida del testador, si no se hubiesen conciliado (art. 855 del Código Civil).

En cuanto a la desheredación injusta, el artículo 851 del Código Civil establece:

*"La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima."*

Este enunciado es prácticamente el mismo que el de la preterición intencional equiparándose el "perjuicio al desheredado" al "perjuicio a la legítima". Además, en este ámbito la legítima a la que tiene derecho el desheredado es también la estricta<sup>112</sup>.

Por último, resta explicar la acción derivada de la desheredación. Esta es calificada por LACRUZ BERDEJO como acción de impugnación dirigida a anular la institución de heredero en la medida en que vulnera la legítima del desheredado injustamente con efecto al día de la apertura de la sucesión. A través de esta acción se abrirá la sucesión forzosa. El autor especifica que la institución de heredero es anulable por lesionar la legítima del desheredado legitimario, pero no es nula de pleno derecho y el plazo de prescripción que probablemente le es aplicable es el del art. 1.964 del Código Civil<sup>113</sup>. Sin embargo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su sentencia 492/2019

---

<sup>111</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., & ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. *ob. cit.*, pág. 363.

<sup>112</sup> ALGABA ROS, S. *ob. cit.*, págs. 6-7.

<sup>113</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. *ob. cit.*, pág. 412.

de 25 de septiembre sienta doctrina al declarar que la acción está sujeta a un plazo de caducidad de 4 años: *“En consecuencia no puede considerarse infringido el artículo 1301 CC por el hecho de haber sido extendido el plazo de cuatro años propio de las acciones de anulabilidad al presente supuesto y el motivo ha de ser desestimado, declarando como doctrina jurisprudencial que la acción para impugnar la desheredación que se considera injusta está sujeta en su ejercicio al plazo de cuatro años desde que se abre la sucesión y puede ser conocido el contenido del testamento.”*

#### ***4.5 La acción de petición de herencia como alternativa a la acción de preterición***

Teniendo en cuenta las posturas mayoritarias, consideramos prescrita la acción de preterición pues aun cuando esta tuviese un plazo de prescripción de cinco años, y no de caducidad de cuatro, lo cierto es que se ha sobrepasado con creces la posibilidad de accionar. D<sup>a</sup>. Rosario obtuvo la sentencia en la que se reconocía su filiación extramatrimonial en noviembre de 2015, con posterioridad a la apertura de la sucesión, obteniendo la condición de legitimaria y el derecho a ejercer pretensiones sucesorias en dicho momento. Aquella será, por tanto, la fecha para el inicio del cómputo por lo que, hoy en día, la acción ya no es posible.

Ahora bien, ¿cabe alguna otra posibilidad de que la preterida obtenga su cuota legitimaria habiendo caducado su acción de preterición? Si bien la respuesta a esta pregunta sigue siendo debatida, debemos referirnos a la acción de petición de herencia. Esta acción tampoco cuenta con una regulación específica en el Código Civil, pero en virtud de la jurisprudencia y de la doctrina se puede definir como aquella que ejercita el heredero para que se le declare como tal y se le reconozca y atribuya la cuota que le corresponde; o como aquella que pertenece al heredero para exigir de otros el reconocimiento de su cualidad de heredero y la reposición de los bienes que integran la herencia del causante<sup>114</sup>.

Más concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo 725/2002, de 9 de julio la define del siguiente modo: *“La acción de petición de herencia se ha tratado en la doctrina como la que ejercita el heredero frente a quien detenta la herencia y se ha ampliado en la jurisprudencia a la*

---

<sup>114</sup> MARGALLO TORAL, M. (2016). *Análisis jurisprudencial entorno a la impugnación por nulidad en la partición de la herencia*. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía. págs. 49-50.

*que ejercita la persona para que se le declare heredero y se le atribuya la cuota que le corresponde."*

Esta acción tiene un plazo de prescripción de 30 años, aunque no se establece en el Código Civil sino en la jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1992 que en relación a la acción de petición de herencia establece que: *"hay que admitir la concurrencia o complejidad tanto de derechos personales, como de derechos reales dentro del patrimonio relicto, todo lo cual conduce a descartar se trate, pues sin más, de una acción personal, sino de una acción que, por su universalidad y por comprender justamente los bienes, derechos y obligaciones del citado art. 659, ha de subsumirse a efectos de prescripción, en la normativa contenida en el art. 1.962, en la idea, del 1.963, por lo que sin poder excluir de antemano lo relativo a los derechos sobre bienes inmuebles el plazo será el de treinta años"*. Dicho plazo se computa desde que el demandado o demandados comienzan a poseer los bienes hereditarios en concepto de dueños<sup>115</sup>.

Los requerimientos tardíos del legitimario preterido han provocado un gran debate acerca de la posibilidad de emplear la acción expuesta como cauce alternativo para reclamar la cuota legitimaria cuando por el transcurso del tiempo se ha producido la caducidad/ prescripción de la acción de preterición.

La referida sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002, que trataba un caso de preterición intencional de hijos extramatrimoniales que ejercieron directamente la acción de petición de herencia contra los instituidos herederos en el testamento, justificó la procedencia de la acción por considerar que el objeto de esta era el reconocimiento del título sucesorio de los preteridos y la atribución de la cuota hereditaria que les correspondía en concepto de legítima<sup>116</sup>.

Además, en la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo 339/2015, de 23 de junio, ante la reclamación de su legítima por parte de un preterido se estima que, en el ejercicio conjunto de la acción de preterición y la de petición de herencia, se reconoce el juego autónomo de cada una de ellas y se confirma que el ejercicio de la acción de preterición no condiciona ni imposibilita la interposición de otras acciones que también asisten al heredero en la defensa de sus derechos

---

<sup>115</sup> GASPARELERA, S. (2020). Preterición de descendiente sobrevenido al testamento. Calificación y acciones sucesorias tardías. *Revista de Derecho Civil*, 7 (5), pág. 249.

<sup>116</sup> GASPARELERA, S. *ob. cit.*, pág. 250.

hereditarios. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 55/2019 de 1 de febrero refuerza esta postura añadiendo que: *“en caso de ejercicio acumulado de ambas acciones, es preciso diferenciar entre una y otra, atendida su distinta naturaleza, contenido y finalidad, sin que el hecho de que la acción petición de herencia se base en el previo reconocimiento de la condición de heredero, objeto de la acción de preterición, suponga que exista una supeditación de aquélla a ésta en el sentido de que la caducidad de la segunda impida abordar, y en su caso, el éxito de primera.”*

Esta idea, sin embargo, no es compartida por la doctrina. Autores como Albaladejo o Díez-Picazo son contrarios a esta postura al entender que el presupuesto de la acción de petición de herencia es su ejercicio por quien posee la cualidad de heredero, de modo que, si no se ejercitan las acciones encaminadas a constatar tal condición o si se ejercitan fuera de plazo, la acción de petición, aunque no esté prescrita, no podrá surtir efectos. En pocas palabras, si la acción de preterición no se ejercita en plazo, la acción de petición de herencia no prosperará ya que quien la interponga no cumplirá el presupuesto elemental de tener consideración de heredero<sup>117</sup>. ATXUTEGI GUTIÉRREZ<sup>118</sup> proclama que si la obtención de la cualidad de legitimario, por inexistencia de una atribución material que la otorgue o por omisión, no se somete a la figura de la preterición, la misma carece de significación en la práctica. Este autor incluso califica de “descuido” el criterio seguido por el Tribunal Supremo

Esta disconformidad cobra más sentido a la vista de la jurisprudencia menor relativa a la acción de desheredación en conjunto con la acción de petición de herencia ya que la posibilidad de aplicar el plazo de 30 años de esta acción, sostenido por la Sentencia del Tribunal Supremo 339/2015, de 23 de junio es rechazada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 30 de diciembre de 2005 que declara terminantemente que, de no ejercerse en plazo la impugnación de la desheredación, no se podrá acudir a la acción de petición de herencia aunque no hayan transcurrido los 30 años previstos para su prescripción<sup>119</sup>. Como quiera que la preterición intencional está

---

<sup>117</sup> ECHEVARRÍA DE RADA, M. T. (2019). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2019 (492/2019). La acción de impugnación de la desheredación injusta: plazo de ejercicio. En M. Yzquierdo Tolsada, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina. Civil y mercantil*. Madrid: Dykinson, S.L. pág. 381.

<sup>118</sup> ATXUTEGI GUTIÉRREZ, J. (2016). 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*. 101, págs. 162-163.

<sup>119</sup> ECHEVARRÍA DE RADA, M. T. *ob. cit.*, pág. 381.

destinada a proteger la legítima del preterido voluntariamente, es patente su similitud con la desheredación injusta por lo que su tratamiento también debería ser similar. Por su parte, la preterición no intencional, concede al preterido el derecho a recibir su legítima a través de la acción de preterición mediante la cual se le declarará heredero<sup>120</sup>.

En última instancia, sin embargo, aunque es candente el debate al respecto, lo cierto es que el Tribunal Supremo, en virtud de la sentencia 339/2015, de 23 de junio, permite que la acción de petición se emplee como una alternativa en caso de caducidad/prescripción de la acción de preterición, sin perjuicio de que las Audiencias Provinciales apliquen el criterio contrario en tanto no se sienta jurisprudencia.

### **5. ¿Qué consecuencias se derivan de la partición realizada con preterición testamentaria de heredero?**

Suponiendo que la preterida estuviese en plazo para interponer la acción de preterición, cosa que entendemos no concurre en nuestro supuesto, debemos tener en cuenta que, en el caso que nos consulta D. Rodrigo, él y sus hermanos firmaron escritura de partición de herencia en la que se adjudicaron los distintos lotes de bienes hereditarios el día 20 de octubre de 2010, mucho antes de que la filiación extramatrimonial de D<sup>a</sup>. Rosario fuera reconocida por sentencia. De este modo, la división y el reparto de los bienes hereditarios ya se han producido por lo que la posibilidad de que la preterida obtenga su cuota legitimaria se vuelve mucho más tediosa que si la herencia se encontrara pendiente de liquidación.

En este ámbito rige el principio general del Derecho denominado *favor partitionis* que trata de evitar una nueva partición que pueda perjudicar los derechos consolidados de los herederos y los terceros que hubiesen contratado con aquellos de buena fe. Este principio se vincula a otros como el de seguridad jurídica y tiene especial significación en el Derecho Sucesorio por cuanto se

---

<sup>120</sup> GAGO SIMARRO, C. (2021). La preterición de los descendientes. En A. A. Romano, *Fundamentos Románticos del Derecho Contemporáneo*. Barcelona: Editorial BOE. pág 342.

relaciona con la primacía de la voluntad del testador, así como con la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de las legítimas<sup>121</sup>.

El legislador por razones de economía y seguridad jurídicas opta así por preservar en lo posible aquellos actos jurídicos que suponen una adjudicación de derechos que no es conveniente sustraer del tráfico jurídico.

No obstante, llegados a este punto hay que diferenciar la repercusión de la preterición testamentaria intencional sobre la preterición particional, de la repercusión de la preterición testamentaria errónea.

En el primer caso, si la partición deriva de una institución hereditaria eficaz, su conservación ha de tramitarse conforme al artículo 1080 del Código Civil que distingue diferentes efectos en función de la buena o mala fe de los participantes en la partición. La literalidad de este precepto es la siguiente:

*“La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindiré, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda.”*

La buena fe implica que los herederos testamentarios deberán pagar al preterido la cuota que le corresponde, tomando como valor de referencia el de los bienes al tiempo de la partición, teniendo en cuenta el interés legal y los frutos percibidos por los demandados, además de los gastos de conservación y mejoras realizadas en los bienes. En relación con este pago, lo que se discute es si ha de realizarse en bienes hereditarios o en dinero, pero atendiendo al artículo 1061 del Código Civil<sup>122</sup>, parece ser que el pago en metálico queda reservado únicamente para aquellos supuestos en los que no sea posible atribuir bienes hereditarios o para los casos en los que así lo quiera el preterido<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> MARTÍNEZ VELENCOSO, L. (23 de diciembre de 2019). *La partición de la herencia. Un estudio jurisprudencial*. pág. 1252.

<sup>122</sup> Artículo 1061 del Código Civil: “En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.”

<sup>123</sup> GASPARE LERA, S. *ob. cit.*, págs. 254-255

Esto se determina en la Sentencia del Tribunal Supremo 116/2019, de 21 de febrero que expone: *“En contra de lo que sustenta la sentencia recurrida, 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 no fue objeto de adjudicación en dinero, por lo que a la demandante preterida le corresponde la titularidad del 50% de dicha cuota de participación del heredero demandado, sin que proceda alterar, con trato desigual, la naturaleza y consistencia del derecho hereditario objeto de transmisión.”*

Por otra parte, la mala fe, que se materializa en el conocimiento de la existencia del preterido, provoca la rescisión de la partición consumada, permitiendo al preterido exigir que se vuelva a llevar a cabo sin que los demandados puedan impedirlo mediante el pago de una indemnización. En este caso, el valor de los bienes a tener en cuenta será el del momento en el que se realicen las nuevas operaciones particionales<sup>124</sup>.

En resumidas cuentas, aunque se deba conservar la partición realizada siempre que sea posible, si los participantes en las operaciones particionales no actúan de buena fe (buena fe que se presume *iuris tantum*) esto no será posible. En la Sentencia del Tribunal Supremo 695/2014, de 10 de diciembre se planteó un caso en que quedó acreditado que las herederas testamentarias actuaron de mala fe al omitir conscientemente a un legitimario en la partición. Ante aquella situación, la solución de la Audiencia Provincial fue declarar la nulidad, mientras que la del Tribunal Supremo

---

<sup>124</sup> GASPARELERA, S. *ob. cit.*, pág. 256.

fue declarar la rescisión. En cualquier caso, la consecuencia es que se ha de realizar una nueva partición<sup>125</sup>.

En segundo lugar, si la partición omite a un legitimario como consecuencia de una preterición testamentaria errónea, hay que aclarar que, de resultar nulo el título hereditario, también lo será la partición. Esto abrirá la sucesión intestada con indiferencia de que los interesados en la partición hubiesen actuado de buena o mala fe.

Todo ello no impide que, si así lo acuerdan todos los interesados, se reconozca al preterido los derechos que le corresponden, adjudicándole su cuota como si hubiese sido realmente instituido como heredero testamentario. Con el consentimiento unánime de todos los herederos se evitaría la nulidad de la institución, sin más requisitos que la acreditación del parentesco del preterido con el causante<sup>126</sup>.

En el caso sometido a consulta, D<sup>a</sup>. Rosario, en el hipotético caso de seguir teniendo el derecho a reclamar su legítima, sólo podría obligar a los demás herederos testamentarios a pagarle la parte que le corresponde, pero no podría rescindir la partición consumada para llevar a cabo otra, ya que su preterición fue intencional y tanto D. Rodrigo como sus hermanos actuaron de buena fe. Aunque estos desconocían la existencia de la susodicha al momento de la escritura de partición y adjudicación de bienes, solo podrán pagar en metálico a su hermana preterida si la restitución de bienes pertenecientes a la herencia de su padre fuera imposible o si la propia Rosario aceptara el dinero como satisfacción de sus derechos sucesorios.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- Como hemos visto, la legítima es aquella porción de bienes de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley imperativamente a sus legitimarios. Esto es: a los hijos y descendientes, ascendientes, en defecto de los primeros, y al cónyuge viudo. Se trata, por tanto, de una limitación a la facultad de disponer del testador sobre sus propios bienes, que no se restringe solo al ámbito testamentario sino también a los actos *inter vivos* gratuitos. De este modo, el

---

<sup>125</sup> MARTÍNEZ VELENCOSO, L. *ob. cit.*, págs. 1317-1318.

<sup>126</sup> CRUZ AUÑOM, A. (1946). Un caso frecuente de preterición. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo III, 543-568. págs. 564-567.

causante no podrá dejar a sus legitimarios menos de lo que les corresponde por ley ni podrá gravar ni condicionar la adquisición de sus legítimas.

Constituye la legítima de los hijos las dos terceras partes del haber hereditario, con las precisiones que establece el artículo 808 del Código Civil; la de los ascendientes, en defecto de descendientes, será de la mitad del haber hereditario del causante, a no ser que concurren con el cónyuge superviviente, en cuyo caso su legítima será de un tercio del haber; y la del cónyuge viudo, si no se encuentra separado legalmente ni de hecho del causante, será el derecho de usufructo sobre el tercio de mejora si concurre con los hijos o descendientes, y el usufructo de mitad de la herencia si concurre con ascendientes. De no concurrir con nadie, el cónyuge tendrá derecho al usufructo de dos tercios de la herencia.

En nuestro supuesto, los únicos legitimarios son D. Ricardo, D<sup>a</sup>. Alicia y D. Alberto, hijos matrimoniales de D. Antonio y también D<sup>a</sup>. Rosario como hija extramatrimonial, pero no será legitimaria la cónyuge del causante por haberle premuerto. De no haber sido así, esta habría tenido derecho al usufructo del tercio de mejora.

SEGUNDA.- Es fundamental la aplicación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que equipara los derechos de los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales ya que reconoce el principio de igualdad de los hijos con independencia de la naturaleza de la filiación.

Ahora bien, cabe matizar que, a pesar de la igualdad de los hijos, el causante tiene el poder de beneficiar a los hijos o descendientes que desee, disponiendo del tercio de mejora en todo o en parte. La facultad de mejorar puede revestir distintas formas y aunque la ley exige que se haga de manera expresa, la jurisprudencia ha aclarado que también son válidas las mejoras tácitas, es decir, aquellas que se desprenden de los actos del causante de manera que su voluntad sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora.

Aplicando todo ello a nuestro caso, podemos afirmar que D. Ricardo, D<sup>a</sup>. Alicia y D. Alberto, a pesar de poseer filiación matrimonial, no tienen un mejor derecho que su media hermana D<sup>a</sup>. Rosario, aunque sea hija extramatrimonial. A cada uno de ellos les corresponde un cuarto del tercio de legítima estricta, si bien el tercio de mejora sólo se repartirá entre los tres primeros en concepto

de mejora tácita ya que la intención de D. Antonio ha sido privar a D<sup>a</sup>. Rosario de todo aquello de lo que podía disponer libremente.

TERCERA.- Los cuatro hijos de D. Antonio, incluida D<sup>a</sup>. Rosario, en cuanto legitimarios tienen derecho de recibir su legítima de forma íntegra, en bienes hereditarios y sin gravámenes, condiciones ni sustituciones, siendo esta una norma imperativa del ordenamiento jurídico español. Esta intangibilidad se configura como un mecanismo de protección defendiendo tanto la calidad como la cuantía de la legítima.

Las acciones que pueden emplear los legitimarios para proteger su legítima son diversas, destacando la acción de complemento para exigir que la misma sea cubierta en su totalidad cuando al legitimario se le hubieren atribuido bienes insuficientes; y la acción de reducción de las disposiciones que menguan la legítima en lo que resulten inoficiosas o excesivas, reduciéndose primero los legados a prorrata, salvo que el propio testador otorgue preferencia a alguno de ellos, y posteriormente las donaciones por orden inverso de antigüedad.

CUARTA.- En el supuesto que hemos estudiado se ha producido una preterición, es decir, un atentado a la intangibilidad cuantitativa de la legítima de D<sup>a</sup>. Rosario ya que esta ha sido omitida íntegramente en el testamento, sin que se le haya atribuido bien alguno, ni siquiera en vida. Su preterición se ha producido intencionalmente ya que D. Antonio la excluyó de su testamento de manera voluntaria, siendo consciente de que era su hija al momento de otorgar el acto de última voluntad.

No nos encontramos ante una desheredación injusta puesto que D<sup>a</sup>. Rosario no ha sido desheredada expresamente en el testamento, aunque el efecto de la preterición intencional es el mismo que el de la desheredación injusta: la reducción de la institución de herederos solo en lo que resulta necesario para atribuirle a la hija extramatrimonial su legítima estricta ya que la intención del testador fue privarla de todo aquello de lo que puede disponer libremente. De no ser suficiente con esta operación, se reducirían las mejoras, los legados y demás disposiciones testamentarias.

Ante esta lesión de su legítima, D<sup>a</sup>. Rosario podía ejercer la acción de preterición para defender sus expectativas legitimarias. No obstante, para la mayor parte de la doctrina el plazo para el ejercicio de esta acción es de cuatro años en consonancia con la acción de desheredación o las

acciones rescisorias, tratándose de un plazo de caducidad y no de prescripción. Sin embargo, también hay quien piensa que el plazo ha de ser de cinco años al ser este el plazo reconocido para la reducción de las donaciones inoficiosas, o de cinco años en virtud del artículo 1964 del Código Civil. En cualquier caso, la acción ya no tendría cabida ya que el inicio del cómputo del plazo comienza el día del fallecimiento o de la declaración de fallecimiento del testador, si bien, en nuestro supuesto es más acertado considerar como punto de partida el 16 de noviembre de 2015, momento a partir del cual D<sup>a</sup>. Rosario adquirió legitimación para interponer la acción de preterición ya que es la fecha en la cual recayó sentencia declarando su filiación extramatrimonial.

Sin embargo, cabe preguntarnos si la preterida puede acudir a la acción de petición de herencia para hacer efectivo su derecho a la legítima ante la caducidad/prescripción de la acción de preterición. Al respecto el Tribunal Supremo declaró la autonomía de estas dos acciones y permitió el empleo aislado de la petición de herencia, cuyo plazo de ejercicio es de 30 años. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia menor no están de acuerdo y exigen el ejercicio de la acción de preterición en plazo, para poder interponer la acción de petición de herencia ya que, de lo contrario no se cumpliría el presupuesto elemental de tener consideración de heredero.

QUINTA.- Finalmente, teniendo en cuenta que la partición de la herencia se produjo en el año 2010, mucho antes incluso de que D<sup>a</sup>. Rosario fuese declarada hija extramatrimonial, subrayamos que, en el ámbito sucesorio, rige el principio de conservación de la partición consumada para no perjudicar los derechos adquiridos por los herederos o terceros. De esta manera, la partición no se rescindiría ya que D. Ricardo, D<sup>a</sup>. Alicia y D. Alberto no actuaron de mala fe, pero deberán pagarle a su hermana la cantidad que le corresponde en bienes hereditarios, salvo que esto sea imposible o la preterida acepte ser pagada en metálico.

Ahora bien, ello no impide que, si así lo acuerdan todos los interesados, se le reconozca D<sup>a</sup>. Rosario los derechos que le corresponden como preterida intencionalmente, adjudicándole su cuota como si realmente hubiese sido instituida heredera.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2014). La reducción de las disposiciones inoficiosas: Especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados. En K. J. Albiez Dohrmann, *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista, Tomo I*, (págs. 913-938). Madrid: Dykinson.
- ALGABA ROS, S. (2015, abril). Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. Obtenido de InDret: <https://indret.com/maltrato-de-obra-y-abandono-emocional-como-causa-de-desheredacion/> (fecha de recuperación 12/10/2021)
- ATXUTEGI GUTIÉRREZ, J. (2016). 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*, 101, 151-166.
- BARRÓN ARNICHEs, P. (2001). *El pacto de renuncia a la legítima futura* (Primera ed.). Barcelona: Cedecs Editorial S.L.
- BOTELLO HERMOSA, P. (2016). *La sustitución fideicomisaria: resurgimiento de una de las figuras más importantes del derecho sucesorio español como forma de protección patrimonial de los incapacitados judicialmente*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- CAROL ROSÉS, F. (2017). La preterición: entre la libertad para testar y los derechos fundamentales. Una revisitación del derecho foral y ordenamientos comparados. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 93 (759), 421-447.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (2015). *Derecho Civil Español, Común y Foral*. (novena ed., Vol. II). Madrid: Reus, S.A.
- CASTAÑO GÓMEZ, A. (2018). *La problemática de la legítima de los hijos y descendientes en España. Propuesta para una renovación de la regulación*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- CRUZ AUÑOM, A. (1946). Un caso frecuente de preterición. *Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo III*, 543-568.

- DÍEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil* (undécima ed., Vol. IV). Madrid: Tecnos.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., & ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Las Legítimas (I) Protección de la legítima. En A. Domínguez Luelmo, & H. Álvarez Álvarez, *Manual de Derecho Civil. Volumen VI. Derecho de sucesiones* (págs. 345-366). Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.
- ECHEVARRÍA DE RADA, M. T. (2019). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2019 (492/2019). La acción de impugnación de la desheredación injusta:plazo de ejercicio. En M. Yzquierdo Tolsada, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina. Civil y mercantil.* (págs. 731-386). Madrid: Dykinson, S.L.
- FAUS PUJOL, M. (2021). *Manual Práctico de Sucesiones*. Obtenido de VLEX: <https://vlex.es/vid/intangibilidad-legitima-cautela-socini-278956>. (fecha de recuperación 12/10/2021).
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M. (2004). *La sucesión forzosa*. Granada: Comares.
- GAGO SIMARRO, C. (2021). La preterición de los descendientes. En A. A. Romano, *Fundamentos Románticos del Derecho Contemporáneo* (págs. 325-342). Barcelona: Editorial BOE. Obtenido de [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-R-2021-80250302520](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-R-2021-80250302520) (fecha de recuperación 14/10/2021).
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2020). La preterición en el Código Civil, en *El Derecho de Sucesiones Contemporáneo. Aspectos civiles y fiscales*, dirigido por LASARTE, C, coordinado por JIMÉNEZ MUNOZ, F.J. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. (págs. 119-160). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GARCÍA VICIANA, I. (2019). *La legítima hereditaria. Presente y futuro en el Código Civil*. Madrid: Comillas Universidad Pontificia.
- GASPAS LERA, S. (2020). Preterición de descendiente sobrevenido al testamento. Calificación y acciones sucesorias tardías. *Revista de Derecho Civil*, 7 (5), 225–263.
- GÓMEZ GÓMEZ-VILLALVA, J. D. (2014). *La institución de la legítima en el Código Civil y en los derechos forales*. Madrid: Comillas Universidad Pontificia.

- GONZÁLEZ COLLADO, S. (1946). El legitimario no es sucesor. *Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo III*, 531-541.
- IBERLEY. (11 de Marzo de 2021). *Los herederos forzosos o legitimarios según el Código Civil*. Obtenido de IBERLEY COLEX: <https://www.iberley.es/temas/herederos-forzosos-legitimarios-59754> (fecha de recuperación 09/10/2021)
- IRURZUN GOICOA, D. (2015). ¿Qué es la legítima para el Código Civil español? Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres. *Revista de Derecho Civil*, 2 (2), 257-279.
- LACALLE SERER, E., SANMARTÍN ESCRICHE, F., & APARICIO URTASUM, C. (1 de Diciembre de 2008). *Sucesiones y Herencias. La Preterición*. Obtenido de Tirant Online:  
<https://www.tirantonline.com/tol/documento/show/1399641?route=ser&general=la+preterici%C3%B3n&searchtype=substring> (fecha de recuperación 10/10/2021)
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2009). *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones* (4ª ed., Vol. V). Madrid: Dykinson.
- LASARTE, C. (2016). *Derecho de sucesiones. Principios de Derecho Civil, Tomo VII*. Madrid: Marcial Pons.
- MARGALLO TORAL, M. (2016). *Análisis jurisprudencial entorno a la impugnación por nulidad en la partición de la herencia*. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.
- MARIÑO PARDO, F. (17 de noviembre de 2017). *La sucesión forzosa. Intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima. Reducción de disposiciones inoficiosas. La acción de complemento. La renuncia o transacción sobre la legítima. Cautela socini*. Obtenido de Iuris prudente:  
<http://www.iurisprudente.com/2017/11/la-sucesion-forzosa-intangibilidad.html> (fecha de recuperación 09/10/2021)
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. (23 de diciembre de 2019). *La partición de la herencia. Un estudio jurisprudencial*. Obtenido de Ministerio de Justicia. Gobierno de España: <https://ojs.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/3836> (fecha de recuperación 13/10/2021)

- MERINO HERRERO, M. D. (2019). *Protección y defensa de la legítima en el Código Civil*. Valladolid: Universidad de Valladolid.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2003). La preterición. En A. Cabanillas Sánchez, J. Caffarena Laporta, J. M. Miquel González, V. Montés Penadés, A. M. Morales Moreno, & F. Pantaleón Prieto, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (págs. 5339-5390). Madrid: Civitas Ediciones, S.L.
- MONDRAGÓN MARTÍN, H. (2019). *La legítima en el derecho español*. Castellón de la Plata: Universidad Jaume I.
- O'CALLAGHAN, X, (1999), *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones* (Quinta ed.,). Madrid: EDERSA.
- PANIZA FULLANA, A. (2014). *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista, Tomo I*. Madrid: Dykinson.
- PÉREZ DE DIEGO GÓMEZ, M. (2020). *Cálculo de las legítimas y protección frente a las disposiciones del testador*. Valladolid: Universidad de Valladolid.
- PUIG BRUTAU, J. (1983). *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo V* (Tercera ed., Vol. III). Barcelona: Bosch S.A.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., (2004), *La Cautela Gualdense o Socini y el artículo 820.3.º del Código Civil*. Madrid: Dykinson.
- REAL PÉREZ, A. (1988). *Intangibilidad cualitativa de la legítima*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009). *Derecho de sucesiones común y foral. Tomo II* (Cuarta ed.). Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ DE TEJADA, G. (26 de mayo de 2018). *Tema 114 civil: Desheredación y preterición en el Código Civil y en las legislaciones forales. Acciones del heredero forzoso. Acción de petición de herencia: prescripción. El problema del heredero aparente*. Obtenido de Notarios y Registradores:  
<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oposiciones/temas/tema-114-derecho-civil-notarias-y-registros-desheredacion-y-pretericion-peticion-de-herencia/>  
(fecha de recuperación 10/10/2021)

- SAN SEGUNDO MANUEL, T. (2008). La acción de suplemento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 707, 1376-1379.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., & GAGO SIMARRO, C. (2019). La igualdad por razón de filiación y la sucesión hereditaria. *Derecho Privado y Constitución*, 34, 139-195.
- SERRANO CHAMORRO, M. E. (7 de febrero de 2019). *El derecho a la igualdad en las herencias sin distinción de tipos de parentesco*. Obtenido de LEFEBVRE: <https://elderecho.com/derecho-la-igualdad-las-herencias-sin-distincion-tipos-parentesco> (fecha de recuperación 11/10/2021)
- SEVILLA CÁCERES, F. (28 de junio de 2021). *Cálculo de la legítima*. Obtenido de ¿Qué es necesario para hacer el cálculo de la legítima?: <https://www.mundojuridico.info/calculo-de-la-legitima/> (fecha de recuperación 08/10/2021)
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1991). Comentario al art. 813 CC. *Comentario del Código Civil, Tomo I*. Madrid: EDERSA.
- VIVAS TESÓN, I. (2014). Distinción de efectos entre la preterición intencional y la errónea y los aspectos procesales en el ejercicio de las acciones en el procedimiento de preterición. En F. Lledó Yagüe, O. Monje Balmaseda, J. Á. Torres Lana, & M. P. Ferrer Vanrell, *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista, Vol. I*. (págs. 755-778). Madrid: Dykinson S.L.
- VIVAS TESÓN, I. (2014). Intangibilidad cuantitativa de la legítima y preterición testamentaria: revisión crítica de las cuestiones controvertidas en materia de preterición, sus clases y efectos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (745), 679-799.

## RELACIÓN JURISPRUDENCIAL

- **Tribunal Supremo**

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primero, de lo Civil) 1326/1984 de 12 de junio. Ponente: Cecilio Serena Velloso. ECLI:ES:TS:1984:1326
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primero, de lo Civil) de 27 de noviembre de 1992. Ponente: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez. ECLI:ES:TS:1992:18216
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 1499/1999, de 4 de marzo. Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. ECLI:ES:TS:1999:1499
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 15 de febrero de 2001. Ponente Xavier O´Callaghan Muñoz. ECLI: ES:TS:2001:1026
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 1132/2001, de 3 de diciembre. Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. ECLI:ES:TS:2001:9482
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 725/2002, de 9 de julio. Ponente Xavier O´Callaghan Muñoz. ECLI: ES:TS:2002:5118
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 715/2003, de 10 de julio. Ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. ECLI: ES:TS:2003:4886
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 669/2006 de 22 de junio. Ponente: Xavier O´Callaghan Muñoz. ECLI: ES:TS:2006:3616
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 339/2010 de 27 de mayo. Ponente: Antonio Salas Carceller. ECLI: ES:TS:2010:2529
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 325/2010 de 31 de mayo de 2010. Ponente: Xavier O´Callaghan Muñoz. ECLI: ES:TS:2010:2654
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 524/2012 de 18 de julio. Ponente: María Encarnación Roca Trias. ECLI:ES:TS:2012:5678
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 536/2013, de 29 de julio. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI: ES:TS:2013:4809
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 838/2013, 17 de enero de 2014. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI: ES:TS:2014:2381

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 258/2014, 3 de junio de 2014.  
Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI: ES:TS:2014:2484
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 254/2014 de 3 de septiembre  
Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:ES:TS:2014:3743
- Sentencia Del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 695/2014 de 10 de diciembre.  
Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI: ECLI:ES:TS:2014:5773
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 193/2015 de 6 de abril.  
Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. ECLI:ES:TS:2015:1416
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 339/2015, de 23 de junio.  
Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI: ES:TS:2015:3154
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 116/2019, de 21 de febrero.  
Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI: ES:TS:2019:515
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 375/2019 de 27 de junio.  
Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán. ECLI: ES:TS:2019:2179
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) 492/2019 de 25 de septiembre.  
Ponente: Antonio Salas Carceller. ECLI:ES:TS:2019:2917
- **Audiencias Provinciales**
  - Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 3ª, 29/2002 de 21 de enero.  
Ponente: Bruno Arias Berrioategortua. ECLI:ES:APS:2002:117
  - Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, 129/2005 de 10 de marzo.  
Ponente: Miguel Ángel Lombardía del Pozo. ECLI:ES:APM:2005:2653
  - Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11, 366/2012 8960/2012 de 3 de julio. Ponente: Cesareo Francisco Duro Ventura. ECLI:ES:APM:2012:8960
  - Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12, 257/2017 de 28 de junio de 2017. Ponente: Fernando Octavio Herrero de Egaña de Toledo.ECLI:ES:APM:2017:11154
  - Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, 55/2019 de 1 de febrero.  
Ponente: Manuel Almenar Belenguer. ECLI:ES:APPO:2019:157
  - Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 6, 178/2020 de 21 de julio.  
Ponente: Ángel Manuel Pantin Reigada. ECLI:ES:APC:2020:1745