

“La preterición: Notas necesarias para su definición”

Esp. Yanet Alfaro Guillén¹

PUBLICADO EN Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2013, bajo la dirección de Agustín Pérez-Bustamante de Monasterio, pp 501-519. ISBN 978-84-9031-645-0.

I La sucesión legitimaria y los sistemas legitimarios 1.1 Definiciones 1.2 Clasificaciones de los sistemas legitimarios 1.2.1 Según su naturaleza o aspecto funcional 1.2.2 Según su contenido 1.3 Necesarias distinciones 1.3.1 Notas iniciales 1.3.2 Presupuestos distintivos de la “sucesión legitimaria” 1.3.2.1 Delación 1.3.2.2 Contenido 1.3.2.3 Sujetos 1.3.2.4 Efectos 1.3.2.5 Fundamento 1.3.3 Precisiones finales II La preterición: su dinámica en los sistemas legitimarios de naturaleza romana 2.1 Definición y ámbito 2.1.1 Supuestos en los que existe preterición 2.1.2 Supuestos en los que se excluye la preterición 2.1.3 Supuestos de duda 2.1.4 Consideraciones conclusivas III Conclusiones

Palabras claves:

Sucesión forzosa
Delación forzosa
Legítima asistencial
Preterición: concepto

Resumen:

La autonomía de la sucesión forzosa es presupuesto indispensable para el adecuado despliegue de la protección legitimaria. Predomina en los estudios anteriores, la negación de este carácter pero los enfoques se centran en su regulación normativa y no profundizan en los postulados teóricos de la categoría. En la actualidad la demanda del carácter asistencial de la obligación legitimaria va ganando cada vez más fuerza y las reformas legislativas de las últimas décadas se van haciendo eco. En ese contexto, la debida ubicación de esta clase de sucesión *mortis causa* es primordial para una consecuente regulación de su régimen jurídico. La preterición es la institución jurídica propia de la sucesión forzosa de naturaleza romana, cuyo régimen jurídico ha de procurar la armónica coexistencia de los principios de libertad de testar y protección legitimaria. La previsión de su concepto a partir de la autonomía del tipo de sucesión al que pertenece, le permite desempeñar una mejor función y dispensar una óptima tutela a los derechos legitimarios lesionados.

¹ Especialista en Derecho Civil y patrimonial de Familia, Jueza titular de la Sala Segunda de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial de La Habana y Profesora Asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba.

I La sucesión legitimaria y los sistemas legitimarios

1.1 Definiciones

Los tipos de sucesión son las maneras por las cuales llega a ofrecerse la herencia o a concretarse la delación² y tradicionalmente dentro del sistema sucesorio romano se ha concebido que ello se verifica a través del testamento o la ley, identificando de este modo a las sucesiones exclusivamente como testadas o intestadas. En cambio en el modelo sucesorio germánico, se plantea sin oposiciones que son tres los tipos o formas de sucesión: testada, intestada y forzosa.³ Dado que los tipos de sucesión son los que ordenan la forma en la que ha de deferirse la herencia y ese ofrecimiento se verifica con la delación, entonces para entender que también en el sistema legitimario romano existe la forzosa o legitimaria como una tercera forma sin que riña ello con su naturaleza de reglamentación negativa, es preciso sentar ciertas pautas.⁴

Hablar de “sucesión legitimaria” no resulta nada simple. Se advierte en la doctrina una infeliz equiparación de esta categoría a la de “sistema legitimario” dando al traste con importantísimos análisis que han profundizado en los puntos neurálgicos de la sucesión forzosa. Los sistemas legitimarios, pueden ser instrumentalmente definidos como el conjunto de normas, instituciones y principios que ordenan la forma en la que opera la sucesión legitimaria. Con la confusión de estas instituciones se han perdido los contornos de un relevante presupuesto de la construcción teórica de las formas de sucesión, en lo que a la autonomía y peculiaridades de la legitimaria o forzosa se refiere.

1.2 Clasificaciones de los sistemas legitimarios⁵

² Mientras que las formas de suceder son las vías a través de las cuales puede un individuo llegar a convertirse en sucesor de otro por causa de muerte, de modo que se refieren a las vías de acceso a la delación –a través del derecho propio, derecho de representación o derecho de transmisión-, los tipos de sucesión contienen los mecanismos de colocación o activación del ofrecimiento para que por las vías correspondientes pueda accederse.

³ Este contraste de sistemas legitimarios es consecuencia de las opuestas concepciones que del fenómeno sucesorio han gestado los modelos romano y germano de adquisición de la herencia.

⁴ Vid. *infra* epígrafe 1.3.

⁵ El estudio de la clasificación de los sistemas legitimarios va a circunscribirse al sistema continental por ser aquel que engendra verdaderos regímenes de sucesión forzosa. El *Common Law* no concibe este tipo de sucesión porque rige como principio general la libertad de testar, aunque matizada por los ordenamientos contemporáneos de este tipo con las previsiones de cierta tutela familia *mortis causa*. En el ordenamiento inglés se prevé la *family provision*, limitando la libertad de testar sólo para proteger a ciertas personas dependientes económicamente del causante mediante asignaciones de cantidades monetarias suficientes. Vid. BARRIO GALLARDO, Aurelio, La evolución de la libertad de testar en el "Common Law" inglés, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 299-300; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Derecho Europeo de Sucesiones?: un apunte”, *Derecho privado europeo*, coordinado por Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2003, p. 1219 y VAQUER ALOY, Antoni, “La convergencia espontánea del Derecho de Sucesiones en Europa”, *Obligaciones y sucesiones en el Derecho comparado*, ARA Editores, E.I.R.L., Perú, 2010, p. 199. Similar orientación sigue Estados Unidos cuando en su Código Uniforme de Sucesiones se protege a los hijos de la inexistencia de atribución *mortis causa*. Dieciocho estados han adoptado este Código. Luisiana constituye una excepción al régimen imperante en este país porque establece, aunque limitado, un régimen de legítima que no se encuentra con exactitud en ninguno de los modelos continentales. Vid. GARCÍA MORENO, José Miguel, “La preterición de herederos forzosos”, *Manuales de formación continuada*, N°.

1.2.1 Según su naturaleza o aspecto funcional

En primer orden aparece la escisión de los sistemas legitimarios a partir de la clásica concepción de su naturaleza o de la más reciente terminología que alude a su aspecto funcional, pero constituyen valoraciones del mismo fenómeno. Así aparece: un sistema germánico, de atribución legal o de reserva legal en el que constituye la legítima una *pars reservata* y un sistema romano de reglamentación negativa o de freno en el que constituye una *pars debita*.

Sistema germánico, de atribución legal o de reserva legal: opera la legítima como una porción forzosa de la sucesión intestada de modo que la ley concede al legitimario una protección directa a través de una delación legal al margen de las disposiciones volitivas del causante mediante una reserva legal. En su contexto se habla más de una *reserve* que de una porción legítima.

Sistema romano de reglamentación negativa o de freno: opera la legítima como un límite a la libertad de disponer por testamento o cualquier modalidad de liberalidad *inter vivos* de modo que constituyen una porción de la que el causante no puede disponer libremente sino a favor de sus legitimarios. Engendra por excelencia la porción legítima.

Ha señalado RIVAS MARTÍNEZ⁶ que en el denominado genéricamente sistema romano las legítimas constituyen sólo una limitación a la libertad dispositiva del causante mientras que en el denominado genéricamente sistema germánico de atribución legal, aparecen como una excepción a la posibilidad de que el causante disponga de una parte reducida de su haber y concluye que en el Código Civil español no hay una legítima de tipo rigurosamente unitario, sino diversas modalidades legitimarias dirigidas a alcanzar una finalidad práctica.

La doctrina española, contiene diversos análisis en cuanto a la calificación del sistema legitimario regulado en el ordenamiento español según este primer criterio. Se ha planteado que en la regulación del Código Civil convergen elementos de ambos sistemas,⁷ que se trata de un sistema romano o de reglamentación negativa⁸ y también que se regula un sistema germánico o de

47, 2008, pp. 621-623 y MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "Legítima material y legítima formal", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 49, 2009 pp. 520-524. En las codificaciones aún vigentes en países de Europa del Este como Estonia, Lituania y Polonia, el sistema legitimario tiene un marcado carácter asistencial, cuyo régimen VAQUER ha calificado como una propuesta intermedia entre los sistemas de determinación de una cuantía fija de la legítima y el sistema inglés de las provisiones familiares, *Vid.* VAQUER ALOY, Antoni, "La convergencia ...", *op. cit.*, pp. 200-201.

⁶ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones común y foral*, tomo II, 4ª edición, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 1410 y 1411.

⁷ REAL PÉREZ, Alicia, *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 22 y 23 afirma que la legítima española se formó tomando en cuenta elementos de ambos sistemas pero predominan las notas características del sistema romano; O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de derecho civil*, 6ª edición, corregida y puesta al día, Derecho Reunidas, Madrid, 2006-2007, p. 225 plantea que en el Código Civil español se mezclan elementos de la legítima romana y la germana, esta última en lo que a la mejora se refiere aunque en Cataluña, Navarra y Baleares, se ha mantenido casi íntegramente el sistema y los principios de la legítima romana.

⁸ VALLET aclara que esta calificación no es absoluta, sino efectuada al contrastar el sistema legitimario español con el germánico de delación legal, indicativa de que no se regula en España una delación directa a favor de los legitimarios, *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchams, "Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas", *Anuario de derecho civil*, Vol. 25, Nº 1, 1972, p. 38. El mismo autor advierte que no es *pars reservata* por razón de la interpretación histórica y sistemática del art. 806 frente a las cuales la literal no

reserva.⁹ Según otro criterio ha de atenderse a la legislación concreta reguladora de la legítima para poder ofrecer la precisa calificación del sistema.¹⁰

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ¹¹ en enfoque similar advierte tres sistemas que pretenden determinar la naturaleza de la legítima y concluye la pertenencia del ordenamiento español al tercero de ellos:

1. La legítima como parte de la herencia que se defiere *ab intestato* a los legitimarios de modo que el testador solo podrá disponer *mortis causa* o a título gratuito de una parte de la herencia. Según la doctrina dominante en Italia, una variante de este sistema es la de imaginar junto a la delación *ab intestato* y testamentaria que existe un tercer tipo de delación o llamamiento *ex lege* a una cuota del haber hereditario. La legítima aquí es *pars hereditatis* y tiene su máxima expresión en el derecho francés.
2. Sistema opuesto al primero, el legitimario por el hecho de serlo sólo ostenta un crédito contra la herencia por el valor que represente su legítima. Aquí el legitimario no es heredero por lo que la legítima será *pars valoris* o *pars valoris bonorum*. Es el sistema que adopta el ordenamiento alemán.
3. La legítima se concibe como obligación o deber impuesto al testador de dejar una parte de su patrimonio líquido a los legitimarios, pero se

tiene suficiente fuerza y que las expresión de que *no puede disponer* empleada en el precepto no implica que el causante no pueda disponer de la parte de su patrimonio relicto –en la técnica de la reserva germánica- sino que admite que el causante pueda disponer de todos sus bienes pero en atención a las limitaciones que se establecen en el propio código en materia de legítima. Que tampoco la expresión *por haberla reservado la ley* tiene la trascendencia del sostenimiento de la tesis germana sino que es empleado sólo en su acepción gramatical, *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XI, Arts. 806 a 857 del Código civil, EDESA, Madrid, 1978, p. 8. RIVAS ha entendido que el sistema de reglamentación negativa o de freno es el seguido fundamentalmente por el Código Civil español porque la ley deja hacer y disponer al causante en cuanto éste cumpla voluntariamente el deber que le impone y no se salga de los límites que le señala para disponer con uno u otro destino, y sólo confiere al legitimario, en forma subsidiaria, derecho de impugnación, o bien al complemento, cuando en perjuicio suyo el testador o donante se hubiese excedido de las limitaciones señaladas en la ley, *Vid.* RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones ...*, *op. cit.*, pp. 1410 y 1411.

⁹ *Vid.* Vgr. ORTEGA PARDO, Gregorio, “Herederlo testamentario y herederlo forzoso”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 3, Nº 2, 1950, p. 361 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, “La naturaleza de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil*, XXXVIII-IV, octubre-diciembre 1985, pp. 850 y ss.

¹⁰ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, distinguen dentro del Derecho español tres grupos de legislaciones en cuanto al sistema de legítimas:

1. En los territorios de Derecho Común, sistema romano, con influjo de la reserva germana, *quantum* más reducido y la flexibilidad de las mejoras.
2. Cataluña y Baleares fuertemente romanizadas, sistema romano del período clásico Cataluña, Mallorca sistema justiniano o de legítima elevada y variable.
3. Aragón, Navarra y Vizcaya, regiones del Fuero de Ayala y del Privilegio de Ager, no recibieron en toda su pureza el sistema legitimario romano clásico ni tampoco el fuertemente limitativo de la reserva germánica. En estas regiones es posible, gracias a la legítima ficticia o reducida, acumular los bienes en un sólo heredero posibilitándose con ello la subsistencia indefinida del tipo de familia troncal. *Vid.* ROCA SASTRE, Ramón M.^a y PUIG BRUTAU, José, *Estudios de derecho privado*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, p. 180

¹¹ DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel, *Compendio de derecho sucesorio*, 3ra edición actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, La Ley, Madrid, 2011, pp. 192 y 193.

permite al testador que elija la forma en que pueda cumplir esa obligación.¹²

Considero que el sistema legitimario del Código Civil español corresponde al modelo de reglamentación negativa. Dada la imprecisa redacción del artículo 806 del Código, las acciones de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima, reguladas en lo fundamental¹³ en los artículos 814 y 815, delatan este carácter si se tiene en cuenta que su objeto es privar de efectos a las disposiciones volitivas del testador que lesionen derechos legitimarios. Ello conduce indubitadamente, a la conclusión de que opera la sucesión legitimaria como límite a la libertad de testar y no como atribución legal directa.

1.2.2 Según su contenido

En segundo orden se califican los sistemas legitimarios atendiendo a su contenido fundamentalmente en sistemas *pars hereditatis*, *pars valoris*, *pars valoris bonorum* y *pars bonorum*.¹⁴

Pars hereditatis: opera atribuyendo al legitimario la condición de heredero para que reciba una parte de la herencia integrada tanto por activo como por pasivo.

Pars valoris: es el sistema por el que se concede al legitimario un derecho de crédito a pagar en la cuantía que se determine en la norma.

Pars valoris bonorum: es la modalidad que concibe la composición de la legítima con el valor de cada uno de los bienes que componen la herencia.

Pars bonorum: se considera en este sistema al legitimario como un destinatario forzoso de bienes más que como un sucesor, por ser considerado cotitular de los bienes del activo hereditario.

¹² En este último se discute con mucha fuerza la interrelación de la observancia del principio de libertad de testar y la limitación que las legítimas imponen a esta *sui generis* libertad individual. Los análisis discurren por los senderos del cuestionamiento de la preservación, actualización o flexibilización del deber legitimario a partir de las vigentes condiciones socioeconómicas que tanto difieren de las que motivaron su surgimiento. Cfr. Vgr. RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., pp. 1406-1407; O'CALLAGHAN, Xavier, *Código civil: comentado y con jurisprudencia*, 6ª ed., La Ley, Madrid, 2008, p. 800; VALLADARES RASCÓN, Etelvina, "Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil", *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J. M. González Porras, F. P. Méndez González, tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004, p. 4893; BARRIO GALLARDO, Aurelio, "Atemperar la rigidez de la legítima", *Aranzadi civil: revista doctrinal*, No. 3, 2007, p. 2714; RENTERÍA AROCENA, Alfonso, "La libertad de testar en Derecho Comparado", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año 87, No. 726, 2011, p. 2106; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte", *La Ley*, No. 7675, 18 de julio 2011, p. 8; MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "Legítima material ...", op. cit., pp. 497 y 499-500; TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, "Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", *Derecho de sucesiones: presente y futuro*, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2006, p. 220; VAQUER ALOY, Antoni, "La convergencia ...", op. cit., pp. 194 - 196 y CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Derecho Europeo de ...", op. cit., pp. 1218, 1224 y 1225. Realmente se advierte este debate sólo en el plano de las disquisiciones teóricas, porque en el legislativo aunque se matizan y aligeran en cuanto a contenido y esencia los sistemas legitimarios, de alguna forma predomina irrefutablemente su previsión como cortapisa a la libertad dispositiva del testador en el sistema romano. Aún las Codificaciones de última generación los contemplan. Vgr. Código Civil italiano y Código Civil de Perú.

¹³ Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Compendio...*, op. cit., p. 194.

¹⁴ También aunque con mucha menor incidencia suelen calificarse dentro de este mismo parámetro como sistemas *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet* o puramente simbólicas.

La legítima como *pars bonorum* parece ser posición predominante¹⁵ en la calificación española y además muy antigua.¹⁶

No obstante, se han vertido importantes criterios totalmente opuestos¹⁷ que califican al sistema de *pars hereditatis* a partir de las imprecisiones gramaticales de las normas reguladoras y a la par opiniones intermedias.¹⁸ Coincido con el criterio mayoritario que vincula la calificación del modelo del tipo *pars bonorum* a la posibilidad que franquea el artículo 815¹⁹ de satisfacer el derecho legitimario por cualquier título.²⁰

¹⁵ Vid. Vgr. VALLET DE GOYTISOLO Juan Berchmans, "Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima", *Anuario de derecho civil*, vol. 39, No. 3, 1986, p. 846; RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones...*, op. cit. p. 1417; O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de...*, op. cit., p. 226; QUINCE FANJUL, José Antonio, "Preterición: interpretación del art. 814.3 Cc", *Revista jurídica de Asturias*, No. 32, 2008, p.117. También la Dirección General de los Registros y del Notariado ha seguido este criterio de clasificación para el sistema legitimario español: Vid. Resolución de 1 de marzo de 2006 (RJ2006\3919): "En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una «*pars bonorum*», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o *pars valoris bonorum*. De ahí, que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima."

¹⁶ Citado por VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Las Legítimas según Claude Chifflet", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVII, Fascículo III, 1974, p. 683.

¹⁷ Vgr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, "La naturaleza...", op. cit., pp. 864 y 865 y ORTEGA PARDO, Gregorio, "Hereditario...", op. cit., p. 342.

¹⁸ LACRUZ sostiene que el problema de la determinación de la naturaleza jurídica de la legítima no puede resolverse mediante una solución única, las alternativas deben ser planteadas no aisladamente si no en relación unas con otras por no ser unívocas ni absolutas. Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al, *Elementos de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de Sucesiones*, José María Bosch, Barcelona, 1993, p. 354. REAL PÉREZ reconoce la superioridad del criterio que considera la legítima una *pars bonorum*, pero considera que la naturaleza de la legítima en el Código español es plural porque no puede ser *pars hereditatis* dada la no imposición normativa de la institución de heredero a favor del legitimario y la previsión de la posibilidad de pagar la legítima por cualquier título, tampoco *pars valoris* porque aunque a veces constituye un derecho de crédito, tiene garantías especiales que no le son reconocidas a ningún otro acreedor y no es por último en los casos de pago de la legítima en metálico una *pars bonorum*, Vid. REAL PÉREZ, Alicia, *Intangibilidad ...*, op. cit., pp. 54 y 55. MARTÍN PEREZ, considera que en la calificación del sistema legitimario español en atención a su contenido, el Tribunal Supremo tiene una posición dubitativa porque la ha considerado indistintamente *pars hereditatis* y *pars bonorum*, Vid. MARTÍN PEREZ, José Antonio, "Sección Quinta de las Legítimas", *Jurisprudencia civil comentada: código civil*, dirigido por Miguel Pasquau Liaño, Comares, Granada, 2000, p. 1479. LLEDÓ advierte que no es fácil determinar calificación en cuanto a contenido del sistema legitimario español, porque no es clara la terminología del legislador pero pese a ello la posición predominante es que se trata en principio de una *pars bonorum*, Vid. LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Sistema de derecho civil: derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 360. TORRES y Domínguez plantean que aunque como regla pueda sustentarse que se trata de una *pars bonorum*, se exceptúan los supuestos contemplados en el Código español en los que se prevé el pago de la legítima en dinero, incluso extrahereditario, Vid. TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, "La legítima en el Código Civil I", *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica : Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, dirigido por María del Carmen Gete-Alonso y Calera, vol. 2, 2011, p. 1842. La última autora sostuvo el mismo criterio en trabajo precedente, Vid. TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, "Legítima, legitimarios...", op. cit., p. 202.

¹⁹ En el articulado posterior al precepto, encontramos alternativas al cumplimiento del deber legitimario por título distinto al de heredero Vid. Vgr. artículos 817, 818, 819, 820.1, 821, 822, 823, 831. Cfr. DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel, *Compendio de...*, op. cit., pp. 194 y ss;

Restringir el contenido de la legítima a una *pars hereditatis* no parece admisible cuando puede ser atribuida al legitimario por concepto distinto al de herencia. La clasificación de los sistemas legitimarios a partir de su configuración y contenido permite una completa calificación de la sucesión forzosa que cada ordenamiento establezca²¹ y trasciende significativamente a la regulación de la preterición. El aspecto funcional de la sucesión legitimaria determina la utilidad de la figura de la preterición. Sólo en el sistema de reglamentación negativa, por depender la protección del cumplimiento del deber del testador, será necesaria su previsión.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, "Artículos 815 al 822", *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 933 y BUSTO LAGO, José Manuel, "Artículos 806 al 822", *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009 pp. 963-993.

²⁰ ORTEGA PARDO sostiene criterio distinto sobre la previsión del artículo 815, al estimar que existen razones de economía jurídica que procuran que los actos jurídicos produzcan siempre sus efectos normales, acudiendo sólo en última instancia a la ineficacia y esa es la *ratio* del artículo 815 del Código Civil español: evitar la ineficacia testamentaria por violaciones legitimarias sin intención de definir la naturaleza y esencia de los derechos del legitimario, *Vid.* Gregorio, ORTEGA PARDO, "Herederero testamentario...", *op. cit.*, pp. 342-351.

²¹ Las codificaciones europeas, en su mayoría integrantes del modelo jurídico continental, adoptan diferentes sistemas legitimarios en atención a su contenido, de modo que confluyen ordenamientos que regulan la legítima y otros la *reserve*. Como ocurre en España, la terminología y en general el régimen jurídico que el legislador les confiere impide su nítida catalogación. En Francia rige un sistema de *reserve* al amparo de los artículos 724 y 1004 del Código Civil que autores como DE LA CÁMARA, RIVERA, ALICIA REAL y GARCÍA MORENO, insertan en el modelo legitimario del tipo *pars hereditatis* o germano. En cambio ALFONSO RENTERÍA la concibe del tipo *pars bonorum* y CÁMARA LAPUENTE la inserta también en el sistema romano. *Cfr.* DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel, *Compendio de...*, *op. cit.*, p. 192; RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La preterición en el Derecho común español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 416; REAL PÉREZ, Alicia, *Intangibilidad ...*, *op. cit.*, pp. 26, 44 y 45; GARCÍA MORENO, José Miguel, "La preterición de ...", *op. cit.*, p. 614; RENTERÍA AROCENA, Alfonso, "La libertad de testar...", *op. cit.*, p. 2112; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Derecho Europeo...", *op. cit.* p. 1222. La reciente reforma legislativa en ese país que se produce por la Ley 728 de 23 de junio de 2006 debilita la fuerza de la *reserve* al suprimirla a favor de los ascendientes y reducirla para los descendientes, *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "Legítima material...", *op. cit.*, p. 495. En Alemania a la *pflichtteil* se le concibe como una *pars valoris* porque se configura como obligación a la que se da cumplimiento luego de las deudas de la herencia pero antes que los legados y cargas modales. *Cfr.* RÖTHEL, Anne, *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, traducción de Antoni Vaquer Aloy, Bosch, Barcelona, 2008, p. 54. El sistema legitimario italiano, adopta una variante de difícil calificación bajo el acápite de la sucesión necesaria. ZACCARIA afirma que cuando el legitimario ejercita las acciones de reducción contra las disposiciones testamentarias, no hace valer su calidad de heredero sino un derecho propio y más, cuando ejercita las mismas acciones para reducir donaciones, ni siquiera adquiere la condición sucesoria, por lo que en aquel contexto la llamada sucesión necesaria no siempre se traduce en un fenómeno sucesorio. *Vid.* ZACCARIA, Alessio, *Perfiles del derecho italiano de sucesiones*, Bosch, Barcelona 2008, pp. 69 y ss y GARCÍA MORENO, José Miguel, "La preterición de ...", *op. cit.*, p. 615. No obstante parece configurarse la legítima como una *pars bonorum*, *Vid.* RENTERÍA AROCENA, Alfonso, "La libertad de testar...", *op. cit.*, p. 2114. Holanda, según MIQUEL transitó del modelo que concibe a la legítima como una *pars hereditatis* al que la establece como una *pars valoris*, asemejándose con ello a la legislación alemana a partir de la Ley de Reforma de 1 de enero de 2003, *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "Legítima material...", *op. cit.*, p. 495. Esta divergencia se manifiesta también en las codificaciones latinoamericanas, aunque en ellas predomina la regulación del sistema cuyo contenido es una *pars bonorum*, *Vid.* Vgr. artículo 1181 del Código Civil de Chile, 1059 del de Bolivia, 884 del de Uruguay, 3591 y 3593 del de Argentina, 1229 y siguientes del de Ecuador, 1239 del de Colombia. En cambio parecen seguir el modelo de contenido *pars hereditatis* los artículos 723 y siguientes del Código de Perú y 883 y siguientes del de Venezuela.

1.3 Necesarias distinciones

1.3.1 Notas iniciales

Suelen trastocarse los análisis de la calificación del sistema legitimario atendiendo a su naturaleza o aspecto funcional con los tipos de sucesión y de las líneas que anteceden, quedan esbozados los presupuestos de la distinción: Sistema legitimario es el modo en el que cada ordenamiento concibe la dinámica de la legítima, atendiendo a su aspecto funcional, a su contenido, a su aspecto formal o material y a su cuantía o extensión²². Así existen como ya vimos, sistemas legitimarios romanos/*pars debita* o germanos/*pars reservata*; *pars hereditatis*, *pars valoris*, *pars valoris bonorum*, *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet*, *pars bonorum* o puramente simbólicas.

Forma de sucesión, en cambio, alude al modo en el que llega a ofrecerse la herencia sea a través de delación voluntaria en sus modalidades contractual o testamentaria, de delación legal que dimana de la norma y de delación legitimaria que en el sistema legitimario germano dimana siempre de la norma pero en el romano según se cumpla o no el deber de legítima por el testador tendrá la voluntad o la ley como fuente.

Por ser la vigencia de una forma de sucesión propiamente legitimaria el aspecto más polémico de la construcción teórica objeto de análisis, se esbozarán los pilares fundamentales sobre los que se sustenta.

1.3.2 Presupuestos distintivos de la “sucesión legitimaria”

La legitimaria es sin dudas una tercera forma de sucesión, distinta de la testada e intestada porque se viabiliza a través de una delación propia o independiente y no por ello califica como de reserva legal un sistema legitimario. Además se presenta con contenido, efectos, *nomen* y fundamentos propios y muy distintos a los de las sucesiones testada e intestada.²³

1.3.2.1 Delación

Existe una delación legitimaria autónoma que individualiza este tipo de sucesión. En los casos de cumplimiento del deber de legítimas el llamamiento surge de la voluntad del testador y en los casos de incumplimiento dimana de la norma, pero no llega a ser ni voluntaria ni legal. Aunque coexiste con una u otra presenta las siguientes atipicidades:

- Opera de distinto modo según se trate del modelo de legítimas de reglamentación negativa o del de reserva legal:

²² Estos dos últimos indicadores de calificación no han sido desarrollados en este trabajo, dada la poca trascendencia que se les atribuye pero que sí los reconoce la doctrina. Vgr. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; “Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa”, *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Félix Varela, La Habana, 2004, p. 240.

²³ Resulta muy interesante el criterio de ORTEGA PARDO al estructurar las peculiaridades de la sucesión forzosa, con la intención no de demostrar su independencia sino de indicar las peculiaridades que cobra el legitimario desde su condición de heredero. Advierte como particularidades las relativas al título de la sucesión, a la composición de la cuota legitimaria, al cálculo de su cuantía, a las acciones de defensa de los derechos legitimarios, a la imposibilidad de actuación volitiva del causante en la determinación de estos sucesores y a su específica finalidad, Vd. ORTEGA PARDO. Gregorio, “Heredero ..., *op. cit.*, p. 359.

1. En el de reglamentación negativa o de freno, vocación y delación manan de un límite legalmente establecido a la libertad de testar. De forma natural dimanar del cumplimiento del deber de legítimas (o sea de la voluntad del testador) y de forma impuesta del ejercicio exitoso de las acciones protectoras de la intangibilidad cuantitativa de la legítima (de la ley). En el de reserva legal o germano vocación y delación legitimarias se producen *ipso facto* con la muerte del causante y proceden directamente y en todos los casos de la ley.
2. En el de reglamentación negativa o romano nunca la delación tiene un contenido atributivo directo²⁴ sino de mero llamamiento mientras que en el sistema germano con la delación legitimaria a la vez que se ofrece se atribuye directamente. Así, en el sistema de reglamentación negativa si se cumple el deber legitimario por el testador vía *mortis causa*, la delación se concreta únicamente con la vigencia de un título sucesorio sin viabilizar la atribución legitimaria que deberá verificarse mediante negocios jurídicos de adjudicación posteriores. De cumplirse íntegramente este deber mediante actos *inter vivos*, no tendría lugar la delación forzosa, porque nada deberá adquirir por causa de muerte el legitimario. En cambio de incumplirse dicho deber y vulnerarse en todo en parte los derechos de los legitimarios, en este sistema la delación adecuada debe producirse a partir de la firmeza de las resoluciones judiciales que estimen las acciones de defensa, sin que con ello se produzca atribución alguna.

En este sentido ha dicho VALLET²⁵ que en el sistema de reserva legal la adquisición de la legítima se produce automáticamente mediante una vocación legal forzosa que no requiere aceptación, mientras que en el sistema de reglamentación negativa la adquisición de la legítima discurre por vías diferentes:²⁶

- La adquisición del derecho(s) a la legítima dimana *ope legis*, surge *ipso iure* al fallecer el causante.
- El surgimiento concreto del derecho para asegurar y obtener el contenido efectivo al cual da derecho sólo surge concretamente cuando por incumplimiento por el causante de su deber de otorgar las legítimas a su respectivo destinatario o de respetarla, se produce su respectivo supuesto de hecho. Así nacen los derechos de impugnación por causa de preterición, desheredación injusta, inoficiosidad cualitativa o cuantitativa y los

²⁴ Sin embargo ORTEGA PARDO, sin negar la configuración de reglamentación negativa que tiene el sistema legitimario español, considera que en su regulación la legítima es atribuida directamente por la Ley a título de herencia, *Vid.* ORTEGA PARDO, Gregorio, *Idem*, p. 349. *Cfr.* también PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, “La naturaleza ...”, *op. cit.*, p. 865.

²⁵ VALLET DE GOYTISOLO Juan Berchmans, *Aclaraciones acerca ...*, *op. cit.*, pp. 835 y ss y VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, “Atribución...”, *op. cit.*, p. 12.

²⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Idem.*, pp. 6-9, afirma, sin embargo, que la legítima como conjunto de derechos que aseguran al legitimario su adquisición procede ciertamente de la ley no sólo en cuanto a su cuantía sino también a su contenido y es así que nace de ella y no de la voluntad del causante, cualquiera sea el sistema legitimario de que se trate.

derechos de reclamación del suplemento, de rescisión de donaciones inoficiosas, etc.

- La adquisición del contenido material de la legítima puede derivar de uno o varios actos dispositivos del causante – *inter vivos* o *mortis causa*- o bien subsidiariamente de la ley, *praeter* o *contra tabulas*; y en este último caso, es hecho efectivo a consecuencia del ejercicio con éxito de los correspondientes derechos de impugnación o reclamación.²⁷
- Esta tercera forma de delación a diferencia de las otras dos, opera como límite a la libertad de testar en los sistemas *pars debita* y en consecuencia difiere la titulación sucesoria por la que se produce el llamamiento al heredero forzoso según se haya cumplido o no el deber de legítimas por el testador:
 1. Cuando el legitimario ha sido protegido por el testador, el título sucesorio en virtud del cual se inviste de la condición de sucesor (imprescindible en el modelo sucesorio romano dados los presupuestos para que opere la sucesión *mortis causa*) es el testamento en el que ha sido instituido por cualquier título²⁸ pero el contenido de su derecho dimana de la ley y no de la voluntad del causante, quien en virtud de la anterior se encuentra obligado a satisfacerlo. En la sucesión propiamente testamentaria en cambio, los sucesores heredan exclusivamente por la voluntad del testador tanto en el *quantum* como en el *nomen*, es decir no hay sino margen a la voluntad del causante para la ordenación de quién y cuánto hereda. Por su parte, en la sucesión intestada es únicamente la norma, la que dispone el contenido y los sucesores. Se mezclan entonces, para formar un tipo de sucesión diferente, elementos de las anteriores de modo que: en la sucesión legitimaria la voluntad del testador se limita por la norma a efectuar o no el llamamiento, pero nunca tiene cabida en cuanto a su contenido y por ello una vez agotado el margen volitivo (se cumpla o no el deber legitimario), es la norma la que determina el curso de la sucesión.²⁹
 2. Cuando el legitimario ha sido preterido, debe concebirse que el título sucesorio que le permite investirse de la condición es la sentencia firme que estima las acciones por preterición y luego al igual que en el caso del legitimario protegido, el contenido de su derecho dimana de la norma. En este caso tanto la delación como su contenido proceden de la ley limitando la libertad de testar. Por su parte, cuando el legitimario resulta lesionado, pero no preterido, entonces su titulación sucesoria dimana en parte de la

²⁷ Cfr. también VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchams, "Atribución,...", *op. cit.* p. 5.

²⁸ Nótese que también puede haberse satisfecho la legítima por actos *inter vivos* de modo que en estos casos el título por el que se dio cumplimiento al deber legitimario se identifica con el negocio jurídico realizado por el testador lucrativamente a favor del legitimario (donación, cesión, condonación, etc.)

²⁹ Vid. GONZÁLEZ PALOMINO, citado por RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La preterición ...*, *op. cit.*, p. 224, que afirma que no es obligación del testador atribuir beneficio alguno al legitimario, cuyo derecho no deriva del testamento, sino de la ley.

voluntad del causante, conforme al apartado que antecede, y en parte de la ley como ocurre con el preterido. No por ello se trata entonces de una sucesión legal, porque en la legitimaria el ordenamiento jurídico deja margen a esa intervención de la voluntad del causante en el sentido de elegir el modo en el que se va a desplegar la protección (por actos *inter vivos* o *mortis causa* a través del cumplimiento del deber propio de legítima o de la institución de heredero o legatario).³⁰

Visto de este modo, es posible afirmar que si bien en la sucesión legitimaria el estatus jurídico-sucesorio de legitimario depende de la voluntad del causante, ello es sólo en lo relativo a la especificación del título por el que se satisface su derecho, pero en cuanto a su contenido no tiene intervención alguna la *voluntas testatoris*, porque dimana íntegramente de normas de *ius cogens*.

La asimilación de los planteamientos anteriores no ha sido nada pacífica.

En varios interesantes trabajos, VALLET y PEÑA abordan el tema con la óptica que identifica al tipo de sucesión con el tipo de sistema legitimario. VALLET,³¹ en crítica a un trabajo precedente de PEÑA³² en el que este autor planteaba que la legítima regulada en el Código Civil “produce un llamamiento forzoso” a los legitimarios, afirma que según ese criterio la legítima que regula el ordenamiento español responde a los caracteres de la denominada legítima germana: delación legal forzosa a título de heredero. Califica este análisis de simplista sin llegar a ser justo ni práctico, por su falta de flexibilidad. Concluye que “la legítima es una institución formada en la historia, como todas las del derecho privado, modelada en la vida, puesta en contacto leyes y práctica jurídica, que las ha interpretado y adecuado en su aplicación, para ajustar la voluntad del testador -ley de la sucesión- y la protección de los justos intereses de los legitimarios, mientras que la significación de un artículo no viene definida únicamente por su texto, sino por sus antecedentes morfológicos y funcionales, por su contenido histórico presente y decisivo para el redactor, de modo que el fenómeno hereditario hay que referirlo al ciclo de significaciones precisas que ha tenido durante siglos.”³³

VALLET en un trabajo anterior,³⁴ había dejado claro que sería chocante que por el sólo hecho de otorgar menos al preterido, en una reforma en la que redujeron los efectos de la preterición intencional, su atribución intestada, consecuente con la invalidación de la institución de heredero, se hubiese transformado no en una atribución intestada menor, sino en una delación legal forzosa, la que no operaría como consecuencia y complemento de la invalidación sino como un preexistente llamamiento directo e inmediato.³⁵

³⁰ Téngase en cuenta, sólo como un elemento más, que los artículos 815 y 494 de los Códigos Civiles cubano y español respectivamente, admiten la satisfacción de la legítima por *cualquier título* y con tal regulación lejos de excluirse, el título legitimario *per se* ha de entenderse comprendido.

³¹ VALLET DE GOYTISOLO Juan Berchmans, *Aclaraciones acerca ...*, *op. cit.*, p. 834.

³² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, “La naturaleza ...”, *op. cit.*, pp. 849 y siguientes.

³³ VALLET, descartó también la autonomía de la sucesión legitimaria en las legislaciones forales. *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Panorama del derecho de sucesiones*, tomo I, Civitas, Madrid, 1982, p. 531.

³⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, “Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, No. 1, 1986, p. 44.

³⁵ VALLET niega también la autonomía de la delación forzosa en los ordenamientos forales, *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, “Los complementos de la legítima”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 26, No. 1, 1973, p. 40.

Ambos, como otros autores, aunque con posiciones encontradas, debaten la existencia de delación legitimaria propia a partir de su traspolación a otro modelo o sistema legitimario. Se muestra convincente la posición de VALLET al refutar la protección de los derechos de los legitimarios lesionados a partir de la concepción germánica de la legítima en el contexto del derecho español y puede añadirse que es incluso forzado y desprovisto de antecedentes que lo justifiquen y de elementos contundentes en el orden teórico. Sin embargo, cosa distinta es la concepción de la dinámica de la sucesión legitimaria en este contexto y cuando se pierde de vista esta distinción, el análisis resulta circundante y muy poco productivo. Nótese como en la última cita, este autor descarta la posibilidad de que se viabilice la atribución legitimaria mediante la titulación que resulta de las acciones de invalidación, pero sólo por trastocarlo con el llamamiento legal o directo.

Otras voces niegan también la autonomía de la delación forzosa, algunas con el mismo afán de sostener su inviabilidad en el sistema legitimario de reglamentación negativa o de freno³⁶ y otras con diversos argumentos.³⁷

En cambio, otros autores se refieren a la autonomía de la delación forzosa, partiendo de la interpretación de los artículos 806 y 807 del Código Civil. Según PEÑA,³⁸ el Código Civil regula un especial llamamiento de herederos, diferente

³⁶ Vgr. ALGUER plantea que la delación puede tener tres causas diferentes: la testamentaria, la contractual, allí donde se admite, y la legítima y que el llamamiento forzoso sino es más que un límite puesto al llamamiento voluntario, Vid. ALGUER, J., "Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil", VI, *Revista Jurídica de Cataluña*, XXXVII, 1931, pp. 132 y ss. ALBALADEJO sostiene igualmente que la sucesión legitimaria generalmente no funciona como otra nueva forma de adquirir los bienes junto a la testada e intestada, sino sólo como un límite a la libertad dispositiva del causante de modo que únicamente se adquieren por sucesión forzosa cuando no se respeta la legítima y por tanto el testamento es invalidado en cuanto la viole, adquiriendo los legitimarios la legítima en ese concepto de sucesión forzosa, Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Curso de derecho civil*, vol. V. *Derecho de sucesiones*, 9ª edición, Edisofer, 2008, p. 9. RIVAS afirma que el Código Civil español sigue un sistema legitimario de freno y no regula como un modo de adquirir por herencia a las legítimas, sino que asegura a los legitimarios imponiendo a las facultades dispositivas del causante una pluralidad de limitaciones legales y relativas a fin de que los parientes íntimos y su cónyuge, puedan recibir del patrimonio o de la herencia, determinada cuota o un usufructo respectivamente, bien por donación o por disposición testamentaria del causante, bien por sucesión intestada abierta en defecto de testamento o por ineficacia de sus disposiciones, pero no la atribuye directamente por una tercera vía sucesoria, Vid. RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones ... op. cit.*, p. 1412.

³⁷ CLAUDE CHIFFLET señaló que con la legítima no se trató de establecer una delación legal de la cuota, sino de determinar cuál era cuantitativamente la cuota debida, citado por VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Las Legítimas según...*, *op. cit.*, p. 684. POLACO niega la autonomía de la sucesión forzosa por entender que las legislaciones modernas no conciben a la sucesión necesaria en el sentido romano de la adquisición *ipso iure* de la herencia aún en contra de la voluntad del heredero, citado por ORTEGA PARDO, Gregorio, "Hereditario ...", *op. cit.*, p. 358. GARCÍA-BERNARDO LANDETA sostiene que la sucesión forzosa de los legitimarios no es en el Código Civil español un tercer modo sucesorio de adquirir, que haya de agregarse a la sucesión testamentaria e intestada, pues el artículo 609 desconoce que la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten por un tercer género sucesorio distinto de la sucesión testada e intestada, que son los dos únicos modos de adquirirlos por vía sucesoria que regula, citado por RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones ...*, *op. cit.*, p. 1412.

³⁸ PEÑA, como fundamento de orden histórico, agrega que el legislador español no se inspiró en el romanismo de las partidas sino en el Fuero Juzgo, Fuero Real y Leyes de Toro que establecieron la legítima tal cual ha llegado hasta nosotros. Enumera este autor ocho elocuentes supuestos en los cuales se patentiza el carácter forzoso y especial del llamamiento legitimario, porque prevalece en ellos el régimen jurídico de la sucesión forzosa con

al voluntario y al intestado, pues se funda sólo en la ley pero no es supletorio, sino forzoso, es un llamamiento general primario y estas diferencias existen no sólo en la forma de producirse los llamamientos sino también en su régimen. Asimismo dejó claro que no siempre se produce por el imperio legal, sino también por el cumplimiento del deber legitimario, o sea por voluntad del causante. En la misma línea GONZÁLEZ COLLADO³⁹ afirma que el legitimario en España no precisa un “*ius abstenendi*” su adquisición *ipso iure* es sólo de activo y no puede acarrearle perjuicios. Adquiere y no sucede; por eso no es necesario un tercer tipo de delación: la forzosa, porque esta adquisición *ex lege* no es que se imponga a la voluntad del causante, sino que no la toma en consideración. Estos autores se aproximan bastante a la concepción de la independencia de la delación legitimaria sólo que sus puntos de partida se ubican también en la regulación del sistema germano en el Código Civil español. Ofrecen un análisis que estructura este llamamiento del tipo legal forzoso y con ello se debilitan sus argumentos porque se ha visto que la delación legitimaria, si bien estará determinada en todos los casos por su carácter forzoso, no siempre tendrá como fuente a la ley.

LACRUZ⁴⁰ estima que hay tres supuestos en los cuales cabe hablar de verdadera vocación legitimaria, distinta a la testada e intestada porque el llamamiento opera a favor de los legitimarios afectados y no de los restantes sucesores legales. Los supuestos que enumera este autor son:

- a) En los casos de protección parcial, en los que tiene el perjudicado derecho a recibir el complemento de su porción por ley y contra el testamento.
- b) En el caso de desheredación injusta en el que se llama por ley al desheredado en concurrencia con el llamamiento voluntario a los restantes sucesores.
- c) En los casos de preterición intencional, según establece el artículo 814 del Código Civil español, porque se reducen las disposiciones testamentarias y se produce a favor del preterido un llamamiento legal contra el testamento -sucesión forzosa- idéntico al del injustamente desheredado.

Concluye este autor en análisis interpretativo del artículo 806 del Código Civil español, que si el testador no puede disponer de la legítima, evidentemente el llamamiento a la misma procede sólo de la ley y que así lo confirma el precepto al explicar la causa de la indisponibilidad de modo que concibe una reserva, una atribución directa.

independencia del que corresponde a los llamamientos testamentarios o legales supletorios. Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, “La naturaleza ...”, *op. cit.*, pp. 863 y ss., 870-873.

³⁹ GONZÁLEZ COLLADO, Sergio “El legitimario no es sucesor”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo III, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, pp. 540-541.

⁴⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho Civil*, vol. II, *Derecho de Sucesiones*, José María Bosch, Barcelona, 1973, pp. 35-37 y LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al*, *Elementos de ...*, *op. cit.*, pp. 354, 364 y 365.

En otros estudios⁴¹ se aborda el tema sin tomar partido entre una u otra alternativa pero inclinándose hacia la autonomía de la sucesión forzosa desde distintos ángulos.

1.3.2.2 Contenido

El contenido de la legítima está integrado, según lo posibiliten las codificaciones nacionales por una porción alícuota y sólo activa del patrimonio reconstruido del causante, de modo que para su debida composición no son suficientes los activos que existen tras su muerte, sino que se imputan a estos valores el de las posiciones jurídicas activas de las que en vida fue titular el causante, siempre que sean transmisibles *mortis causa* y aunque hubieren sido enajenadas gratuitamente mediante actos *inter vivos* por el testador.

De esta forma la magnitud de la sucesión legitimaria se extiende sobre cierta porción transmisible del patrimonio del causante aunque ésta no se haya convertido en herencia, lo que sintoniza con el fundamento de este tipo de sucesión y le aleja notablemente del contenido de las sucesiones testada e intestada cuya integración es idéntica y se produce únicamente a partir de la conformación de la herencia, sin expectativa alguna de inclusión de bienes, derechos o acciones anteriores del causante.

Plantea LACRUZ⁴² que aunque la sucesión universal y el derecho del legitimario se expresan en partes alícuotas de un todo, se trata en cada caso de un todo absolutamente diferente.

1.3.2.3 Sujetos

Legitimarios, herederos forzosos, herederos especialmente protegidos, donatarios, cesionarios, beneficiarios, según se acepte o no por título distinto al sucesorio, son algunos de los nombres de los destinatarios de la legítima. Aunque pudiera presentarse como un elemento poco trascendente en el análisis que se viene hilvanando, si se atiende al contenido de estas instituciones sí que trasciende como nota distintiva con respecto a las sucesiones testadas e intestada. En estas últimas los causahabientes serán siempre sucesores *mortis causa* a título de heredero o legatario según el caso, cuyos contenidos son invariables. En cambio en la sucesión legitimaria los causahabientes aunque son siempre legitimarios, pueden ver satisfecho su derecho a título propiamente legitimario, de herencia, de legado o de beneficios que le haya dispuesto *inter vivos* el causante. Las particularidades de la

⁴¹ Vgr. MIQUEL afirma que lo que falta en caso de preterición no es un título sucesorio al heredero forzoso preterido porque la ley se lo da, sino al testamento una declaración de voluntad testamentaria, que la ley exige al testador como carga formal para garantizar que tome en cuenta a los hijos o descendientes legitimarios, que además de legitimarios son herederos *ab intestato* de primer orden y grado, Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "Preterición no intencional. Momento decisivo para juzgar la no intencionalidad. Comentario a la STS de 23 enero 2001", *Revista de derecho patrimonial*, Nº 9, 2002, p. 536 y QUINCE FANJUL señala que tras la reforma legislativa de 1981 en España, la regulación actual en sede de preterición avanza con respecto a la anterior pues tras la nulidad de la institución de heredero en cuanto afecte a la legítima se abre la sucesión legitimaria y se crea un nuevo título de imputación sucesoria, Vid. QUINCE FANJUL, José Antonio, "Preterición: ...", *op. cit.*, p. 119.

⁴² LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho ...*, *op. cit.*, p. 33.

institución de heredero o legatario a favor del legitimario, son ajenas a estas instituciones en las sucesiones testada e intestada.

Algunos autores españoles han concebido la ubicación subjetiva del legitimario como herederos a partir de la interpretación del artículo 806 del Código Civil, siguiendo el criterio interpretativo gramatical, mientras que otros guiados por una exégesis integradora, advierten las notables diferencias entre los sujetos beneficiados con la sucesión forzosa y los herederos. En la primera posición⁴³ se les concibe como herederos con el argumento fundamental de que ningún análisis de la doctrina moderna puede negar la condición legal del legitimario. En cambio estiman distinto estado de la cuestión otros autores, sobre la base de la imprecisión terminológica del indicado precepto al llamarlos herederos forzosos, la que se patentiza con la posibilidad de satisfacer la legítima por cualquier título y con la no responsabilidad por deudas del causante a cargo de los legitimarios, previstas en los artículos 815 y 818 respectivamente del mismo cuerpo legal. En este grupo no ha sido uniforme la calificación de estos sucesores.⁴⁴

En el presupuesto subjetivo de la sucesión legitimaria, se inserta la polémica – sin equivalencia en las sucesiones testada e intestada- en cuanto a los derechos que le asisten al legitimario a partir de la muerte del causante en tanto adquiera lo que por legítima le corresponde, cuando la adquiere por título

⁴³ Vgr. ORTEGA PARDO considera al legitimario irrefutablemente heredero por imperativa atribución legal de esa condición, aunque venga matizada por una serie de peculiaridades y protegida con unas garantías específicamente establecidas para asegurar el fin especial de la sucesión forzosa, así lo afirma a pesar del criterio de determinación de la sucesión a título universal para la institución de heredero, por entender que el heredero forzoso constituye una excepción a esta regla, Vid. ORTEGA PARDO, Gregorio, "Heredero ...", *op. cit.*, p. 361 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *La naturaleza ...*, *op. cit.*, pp. 850 y ss.

⁴⁴ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU consideran que cuando el Código Civil español habla de herederos forzosos en lugar de legitimarios incurre en una imprecisión terminológica que no debe perjudicar la doctrina que él mismo desarrolla y que la concepción de la legítima como derecho a una parte alícuota del saldo activo de la herencia permite reforzar la doctrina del legado de parte alícuota, Vid. ROCA SASTRE, Ramón M.^a y PUIG BRUTAU, José, *Estudios de derecho ...*, *op. cit.*, pp. 188 y 189. LACRUZ afirma que el legitimario es muy peculiar porque en cuanto tal está dotado de poderes que le constituyen en un súper sucesor al poder reclamar en la herencia una participación superior a la que le asignó el causante, cuya voluntad aquí es rectificadora y contradicha, pero sobre todo pudiendo reclamar bienes o valores que ya no están en el patrimonio del causante, pero que salieron de él en perjuicio de sus derechos, así el legitimario, cualquiera se la terminología legal, es una persona que tiene derechos sobre el patrimonio del causante, Vid. LACRUZ, BERDEJO, José Luis, *et al*, *Elementos de Derecho...*, *op. cit.*, p. 365; ALBALADEJO plantea que la terminología de llamar herederos forzosos a los legitimarios es inexacta porque pueden ser también donatarios, legatarios, etc, Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Curso de ...*, *op. cit.*, p. 377. ESPEJO afirma que la condición de legitimario modifica algunas consecuencias de la titulación de este tipo de sucesor: si es legatario modifica las normas de prelación entre legatarios; si es heredero modifica su responsabilidad ante reclamaciones de la legítima de otros legitimarios en la medida en que afecte a su propia legítima, también su responsabilidad en legados y por deudas ordinarias, tampoco siendo heredero queda el legitimario vinculado a los actos del causante lesivos de su derecho, Vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 370 y 371. TEODORA los considera propiamente legitimarios, Vid. TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, "La legítima en el Código Civil", *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional)*, bajo la coordinación de Santiago Álvarez González, María Paz García Rubio, Marta Requejo Isidro, 2009, p. 315. Vid. párrafo 2079 del BGB que acoge la posición de considerarlos simplemente legitimarios resaltando la importancia patrimonialista de la institución.

distinto al de heredero. Como plantea LACRUZ⁴⁵, se discute con fuerza si la condición de legitimario reporta a su titular derechos superiores a los que comporta el título sucesorio elegido por el legitimario. La discusión pasa en lo fundamental por la controversia de si en estos casos resulta titular de la posesión civilísima, teniendo en cuenta que no hay una titulación sucesoria hereditaria.

Al parecer VALLET⁴⁶ considera que no, cuando al admitir que aunque con la regulación actual del Código Civil español no es necesario instituir heredero al legitimario, sólo a favor de aquellos es que subsisten las ventajas derivadas del hecho de poder ocupar por propia autoridad la cosa asignada, de adquirir *ipso iure* la posesión civilísima otorgada por el artículo 440 del Código Civil español y de gozar de la misma protección posesoria que el heredero.

Finalmente considero que el legitimario es un sujeto del Derecho de sucesiones, con regulación normativa propia obedeciendo a la satisfacción de una necesidad social y se yergue como categoría independiente con contenido determinado integrado por un conjunto de acciones de defensa de su derecho que le son inherentes y reconocidas en exclusiva.

1.3.2.4 Efectos

La sucesión forzosa tiene efectos positivos, como las otras dos que son respecto al causante los referidos a la posibilidad de determinar el modo en que da cumplimiento a su deber legitimario como manifestación del principio de libertad de testar y respecto a los legitimarios están referidos a la posibilidad de adquirir la legítima. También produce efectos negativos, que a diferencia de los primeros son exclusivos de esta forma de sucesión y se producen cuando se vulneran en todo o en parte los derechos legitimarios a través de las atribuciones insuficientes, las desheredaciones injustas o las pretericiones. Para cada uno de estos supuestos prevén los ordenamientos jurídicos un conjunto de acciones protectoras,⁴⁷ que resultan de vital importancia a la hora de calificar el sistema legitimario de que se trate.

1.3.2.5 Fundamento

La sucesión testamentaria tiene como único fundamento la voluntad del causante y la intestada traslada este fundamento ajustado al respeto a la presunta voluntad del causante sumado al general de la necesidad del derecho de sucesiones. En cambio la sucesión legitimaria, según ha ido evolucionando ha ido ajustando su fundamento pero ha conservado siempre su esencia ética, protectora de la familia primero con más fuerza patrimonialista y luego social. En la actualidad se va trasladando el sostén de este tipo de sucesión a la función asistencial con la que algunos ordenamientos, como el cubano,⁴⁸ ya lo conciben deviniendo en importante tutela a la incapacidad, la discapacidad y la minoridad.⁴⁹

⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho ...*, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Comentarios al Código Civil ...*, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁷ *Vgr.* Acciones de nulidad y de suplemento entre las que se encuentran acciones de reducción y de rescisión cada una concebida en función de la extensión de la lesión legitimaria.

⁴⁸ *Vid. infra* epígrafe 2.1.

⁴⁹ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "El Derecho de Sucesiones en cifras, Recapitulación y Pronósticos", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, No. 39, Madrid, 2009, p. 736.

1.3.3 Precisiones finales

Va quedando clara la distinción entre las categorías tipo de sucesión –en cuanto a la legitimaria se refiere- y sistema legitimario. El sistema legitimario, permite concebir el funcionamiento de la sucesión legitimaria de modo que existe entre ambas categorías una relación interactiva a modo género (sucesión legitimaria) – especie (sistema legitimario) pero nunca de equivalencia.

Pueden colegirse además los presupuestos distintivos de la sucesión legitimaria a la que en cada ordenamiento civil corresponderá un sistema legitimario cuya identificación permite determinar su funcionamiento.⁵⁰ Como tipo de sucesión, se integra siempre a la testamentaria o a la intestada, porque a diferencia de estas últimas, no opera nunca en exclusiva, sino en el contexto de una u otra según haya cumplido o no su deber legitimario el testador. A las ya vistas distinciones se adicionan un conjunto de instituciones propias de este tipo de sucesión como la mejora, el derecho al suplemento, la desheredación⁵¹ y el funcionamiento del acrecimiento sucesorio.⁵²

La independencia de la legitimaria como forma de sucesión, no obedece a criterios injustificados ni mucho menos intrascendentes. Por el contrario, resulta sustentable en el orden técnico a partir del esbozo de los argumentos anteriores y trasciende a una protección más efectiva de los derechos legitimarios, que en el contexto de los sistemas romanos -por operar como límite a las libertades del testador y no como forma de atribución directa- requieren un replanteamiento urgente.

RIVERA FERNÁNDEZ⁵³ afirma en este orden de ideas que “... lo más razonable sería definir la situación jurídica del legitimario. Con ello se simplificaría enormemente la posición de los herederos forzosos en el ámbito de los conflictos sucesorios.” Añade que si optamos por crear un nuevo título sucesorio, como puede ser el de simplemente legitimario, debemos dotarlo de contenido, al igual que ocurre con los títulos de heredero y legatario, pero en ningún caso dejar apuntada su creación, como hace el párrafo primero del artículo 814 del Código Civil español, y seguidamente no configurar su régimen jurídico.

En efecto, la autonomía del título sucesorio legitimario, requiere la regulación de su contenido, pero parece ya hecho en la propia norma cuando regula el contenido de la legítima, identifica a los legitimarios y establece sus acciones de defensa.

A igual conclusión arribó ESPEJO⁵⁴ al afirmar que la naturaleza de la legítima puede concebirse como título sucesorio con consecuencias propias que no excluye la existencia de otro título, sucesorio o no, a favor del legitimario y que

⁵⁰ Por ejemplo, la sucesión legitimaria en Cuba pertenece al sistema romano o de reglamentación negativa o de freno y es a su vez de tipo *pars bonorum*. Con independencia del modelo del que se trate, igual calificación puede hacerse en todo ordenamiento jurídico que conciba las legítimas.

⁵¹ Nótese que también tienen instituciones y principios propios las sucesiones testadas e intestada, que coadyuvan a sus autonomías, Vgr. legado, sublegado, sustitución, revocación, albaceazgo, etc. y representación, principio de exclusión de grados, etc., respectivamente.

⁵² Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *La naturaleza ...*, op. cit., pp. 866 y 867.

⁵³ RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La preterición en el ...*, op. cit., pp. 415 y 416.

⁵⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La legítima en la sucesión intestada ...*, op. cit., pp. 363, 369 y 370.

le otorga una posición sucesoria no asimilable a ninguna otra. Concluye que este título sucesorio funciona autónomamente para impugnar los actos lesivos de la legítima y luego justificar la adquisición de la porción que corresponde a los legitimarios.⁵⁵

La mayoría de las codificaciones latinoamericanas debieron estar impregnadas por este criterio de independencia de la sucesión forzosa al articular el sistema de efectos de la preterición a partir de su adquisición directamente derivada de las acciones de impugnación de los actos violatorios de su derecho, sin preverse la nulidad testamentaria.

Los artículos 467 y 509 .1 y .2 del Código Civil Cubano y 658, 912.1 y .2 del español⁵⁶ no constituyen verdaderos obstáculos porque:⁵⁷

⁵⁵ En la doctrina española se han producido otros acercamientos al tema. Vgr. LACRUZ, TEODORA y ANDRÉS DOMÍNGUEZ lo han abordado sólo en los supuestos de violaciones legitimarias, *Vid. cita No. 40*; TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, "La legítima...", *op. cit.*, p. 1850: "...cuando el testador cumple con su deber legitimario no hay por qué utilizar las medidas de freno en que consiste la legítima, por lo que no se puede decir que exista una forma singular de suceder: los legitimarios serán herederos, legatarios o donatarios dependiendo de la voluntad del causante, ... pero cuando existe inoficiosidad la atribución de bienes en la medida del perjuicio sufrido se produce en virtud de un llamamiento legal...". En trabajo precedente esta autora coincide con el criterio de DE LA CÁMARA, en cuanto a que se produce una delación legitimaria autónoma en los supuestos de la legítima del cónyuge viudo, pero este último autor la niega en el resto de los casos, *Vid. TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, "Legítima..., op. cit.*, p. 190 y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Compendio..., op. cit.*, p. 199. Estima además TEODORA, que la Reforma que introduce la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 a los preceptos del Código Civil avala la autonomía de la sucesión forzosa, *Vid. TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, "La legítima en..., op. cit.*, p. 305.

⁵⁶ Del Código Civil cubano:

Artículo 467: 1. La sucesión tiene lugar por testamento o por ley. La primera se denomina testamentaria y la segunda intestada. 2. La herencia puede transmitirse también en parte por testamento y en parte por disposición de la ley.

Artículo 509: La sucesión intestada tiene lugar cuando: a) Una persona muere sin haber otorgado testamento, o este se declara judicialmente nulo o ineficaz en todo o en parte; b) el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, derechos y acciones, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión intestada tiene lugar solamente respecto de aquellos de que no hubiera dispuesto.

Del Código Civil español:

Artículo 658: La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley.

Artículo 912: La sucesión legítima tiene lugar: 1. Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez. 2. Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.

⁵⁷ No ha sido éste el criterio seguido por VALLET cuando en interpretación del artículo 658 del Código Civil español, predecesor del 467 cubano, refiere que no hay sucesión legal forzosa, *Vid. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, Aclaraciones acerca..., op. cit.*, p. 839. Reitera el mismo autor su criterio cuando afirma que en el régimen del Código Civil sólo existen dos formas de delación hereditaria: la testamentaria y la intestada porque así resulta de los artículos 609, referente a los modos de adquirir, 658 y 913, que además muestran el carácter subsidiario de la segunda respecto de la primera, *Vid. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, Observaciones en torno..., op. cit.*, p. 68 y VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Atribución..., op. cit.*, p. 16. En sentido contrario PEÑA sostiene con fuerza que aunque los artículos 658, 609 y 1009 del Código Civil español parecen contradecir la existencia de un tercer modo de deferirse la herencia, deben ser entendidos como los demás preceptos que establecen respectos de las distintas relaciones jurídicas que éstas han de regirse por el

- Los artículos 467 y 658 son reguladores de los tipos de sucesión dispositivamente, pero omiten a la sucesión legitimaria como tercera forma de sucesión sin que sea esta omisión invalidante, porque en artículos posteriores (492 al 495 del Código cubano y 806 y ss. del español) se regula de forma específica, por lo que resulta enteramente viable en ambos ordenamientos. En el caso de Cuba, se vislumbra una situación paralela en el caso de la imprevisión del contenido atípico testamento en la correspondiente norma de carácter general (Vid. artículo 476) y luego en otros específicos se regulan particulares atipicidades en las disposiciones testamentarias (Vgr. artículo 469 apartado 2)
- Los artículos 509 y 912 son enunciativos de la apertura de la sucesión intestada. No impiden nada, sólo viabilizan su procedencia sin que pueda estimarse que se encuentran formulados bajo el sistema de *númerus clausus*. Por el contrario se muestran como el resto de los preceptos informados por el método normativo dispositivo propio del Derecho Civil. Se puede entender que omiten en sus apartados primeros la excepción de la nulidad de la cláusula de institución de heredero operada por preterición, tras lo cual sólo se debe abrir la *ab intestato* cuando satisfecha la legítima y cobrados los legados, si los hubiere, quedare aún herencia por transmitir. No previsto a las claras por el legislador, interpretarlo pudiera quebrantar el viejo dogma que prohíbe al intérprete distinguir cuando la norma no lo hace, pero si se analizan todos los elementos anteriores no podrá considerarse contundente este inconveniente.

Finalmente, la delación legitimaria opera siempre que existen sujetos con derecho a la porción de la que el causante no puede disponer libremente, haya otorgado o no testamento. No sólo en los casos en los el testador haya incumplido su deber y por tanto no haya ofrecido titulación alguna al legitimario,

correspondiente negocio jurídico y rige lo que llama régimen primario inderogable de la relación jurídica. Estima en este orden, que la sucesión forzosa forma parte de este régimen primario inderogable y aplicable, por consiguiente, tanto cuando hay como cuando no testamento, de forma tal que:

Existiendo testamento el régimen de la sucesión viene integrado por:

- a) Las normas imperativas y entre ellas las que precisan el régimen de los herederos forzosos.
- b) Las normas válidas establecidas por el testador
- c) Las normas dispositivas supletorias de la voluntad del testador, entre las que pueden estar las de la sucesión *ab intestato*.

No existiendo testamento, el régimen de la sucesión se integra por el imperativo primario de la sucesión forzosa y el legal supletorio, fundidos con primacía de las normas del primero, Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *La naturaleza ...*, op. oct., pp. 868 y 869. Similar criterio de integración con primacía ofrece ALBALADEJO, Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Curso de ...*, op. cit., p. 9. LACRUZ sostiene de igual modo que si bien el significado de los artículos 658 y 912 del Código Civil español es innegable, el hecho de que la adquisición del legitimario no figure entre ellos como parte de los modos de suceder, no quiere decir que se opere siempre y necesariamente a través de las formas testada e intestada, sino que no existe una sucesión necesaria como regla general, ni tampoco con caracteres unitarios, en cambio sí hay supuestos en los que el legitimario adquiere los bienes que integran su legítima por vías distintas de la testada y la intestada: por obra de la ley, Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho ...*, op. cit., p. 35 y LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al, *Elementos de Derecho Civil...*, op. cit., p. 364.

si no también cuando lo atribuye. En el primer caso ha sido más valorada su utilidad y luce más nítida su autonomía. Téngase en cuenta, que aún cuando se satisface el derecho legitimario, en todo o en parte, la titulación surge de la voluntad del causante o en su defecto de la ley, pero el contenido y los efectos de ese llamamiento, están imperativamente regulados por la norma, lo que le confiere autonomía y relevancia. Es por tanto una delación compleja por la variedad de manifestaciones y de fuentes

II La preterición: su dinámica en los sistemas legitimarios de naturaleza romana

La preterición acompaña como capa protectora al heredero forzoso desde las primigenias concepciones de esta forma de sucesión y, sin embargo, hasta la actualidad no cuenta con un contundente análisis conceptual que derive en una uniforme línea de pensamiento al respecto.⁵⁸ La mayoría de los ordenamientos jurídicos restringen la regulación de la figura al ámbito de sus efectos, creando con ello significativas incertidumbres con miras a su aplicación.⁵⁹ Se genera así gran conmoción en el ámbito de su construcción teórica porque resulta verdaderamente engorroso definirla en ausencia de previsión normativa y surgen polémicas valoraciones que engrosan la doctrina sucesoria.

En los Códigos civiles cubano y español, no logran los legisladores concebir un verdadero sistema de protección legitimaria porque:

- No se concibe, en el caso cubano, en la sucesión intestada y sin embargo los efectos de su incumplimiento pudieran derivar a este tipo de sucesión y en el español no es claro el legislador en este sentido y puede conducir tal imprecisión a diferentes interpretaciones.

⁵⁸ En la mutabilidad histórica de la esencia de este instituto jurídico pudiera encontrarse la causa de sus imprecisiones conceptuales. Transita de causal romana de radical ineficacia testamentaria a mecanismo de protección de los derechos legitimarios lesionados más allá de la eficacia del testamento.

⁵⁹ Los Códigos Civiles cubano y español omiten los conceptos de preterición y toda referencia a sus presupuestos, *Cfr. Vgr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, Comentarios al Código...*, *op. cit.*, p. 20; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de derecho civil*, vol. II, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 326; MARTÍN PEREZ, José Antonio, *Jurisprudencia civil ...*, *op. cit.*, p. 1524; ALCALÁ NAVARRO, Antonio, *Código civil: comentarios y jurisprudencia*, vol. II, coordinado por Antonio Salas Carceller, Madrid, 2009, p. 2349; BUSTO LAGO, José Manuel, "Artículos 806 al 822", *Comentarios al...*, *op. cit.*, p. 978; LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Compendio de Derecho civil*, tomo V, *Derecho de sucesiones*, 2ª edición, corregida, Dykinson, Madrid, 2008, p. 528. No obstante en ambos ordenamientos se alude a uno de los supuestos excluyentes de la figura en el apartado 2do del artículo 495 cubano y 3ro del 814 español, aunque con sobrados inconvenientes. *Cfr. QUINCE FANJUL, José Antonio, "Preterición: ...*, *op. cit.*, pp. 120 y ss.; al respecto GARCIA MORENO afirma que la Comisión de Codificación sí previó una variante conceptual, *Vid. GARCIA MORENO, José Miguel, "La preterición de herederos forzosos en el derecho común tras la reforma de 1981"*, *Actualidad Civil*, No. 44, 1995, p. 888, y *Vid. MORENO MOZO, Fernando, "El doble concepto de sujeto preterible contenido en el art. 814 del Código Civil"*, *Actualidad civil*, No. 18, 2009, pp. 1 y ss., este autor considera que aunque el artículo 814 del Código Civil español no define a la preterición, encierra un doble concepto de sujeto preterible: a) sujeto preterible real en los apartados 1 y 2; b) sujeto preterible instrumental en el apartado 3 porque en él el descendiente preterido no es un heredero forzoso real en la sucesión del causante al estar premuerto o ser indigno, sólo sirve de instrumento para que otros sucedan como legitimarios. Idéntica acefalía presentan los Códigos latinoamericanos *Vgr. artículos 1276 del Código Civil de Colombia, 1218 del Código Civil de Chile, 1008 del Código Civil de Uruguay y 3600 y 3601 del Código Civil de Argentina.*

- Regularan sólo los efectos preliminares de la preterición y no los definitivos.
- No se regula la existencia de delación y titulación legitimarias propias, lo que resulta colofón de una debida protección.

Los Códigos Civiles Latinoamericanos a pesar de tener el mismo antecedente legislativo con la acción de reforma se encuentran en mejor situación y han logrado revertir a través de la norma actual la situación del legitimario preterido. Bajo el imperio de un sistema legitimario asistencial, en el que por demás se ha reforzado la libertad de testar con la formulación actual del artículo 492 del Código Civil, toda grieta en el régimen de protección que ha de serle inherente alcanza dimensiones superiores porque entran en franca colisión, con incidencia notable en la armonía interna de la norma que lo articula. Es muy convincente en este sentido MIQUEL⁶⁰ cuando afirma que la preterición es tanto más importante cuanto más amplia sea la libertad de testar.

En el modelo romano, el régimen jurídico de la preterición refleja el verdadero funcionamiento de la dinámica legitimaria al ser el misionero de la protección por excelencia. Corrige en primer lugar, los actos del testador contrarios a su deber de legítima.⁶¹ Esta corrección implica modificación y con ella podría corromperse el equilibrio en la coexistencia de los principios de libertad de testar y de protección legitimaria. Presupuesto primordial para evitarlo es la regulación de la figura garantizando que en su escenario protagonice su correcta aplicación. Tal estado de cosas constituye una quimera ante la carencia de su definición normativa. Sin duda es este régimen jurídico el que agrava el antiguo conflicto⁶² de la procedencia de la limitación a la libertad de testar que supone la sucesión forzosa.⁶³ Aunque en el sistema legitimario cubano, de forma general la limitación a la voluntad del causante se reduce con la introducción de requisitos adicionales para el despliegue de la especial protección, se somete aquella a una injustificada invasión a partir de las falencias del régimen jurídico de la preterición. Ello se produce a partir de interpretaciones indebidas emanadas de las omisiones y las ambigüedades del artículo 495 que han ido en detrimento tanto de la protección legitimaria como de la voluntad del testador. Tan sólo con la definición de su concepto, aún con mayor o menor acierto, se encontraría un importante paliativo.

⁶⁰MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "La preterición", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. IV, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2003, p. 5374 y MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "Legítima material...", *op. cit.*, p. 542.

⁶¹ Vid. QUINCE FANJUL, José Antonio, "Preterición: ...", *op. cit.*, p. 116.

⁶² Vid. VALLET DE GOYTISOLO Juan B., "Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar", *Anuario de derecho civil*, vol. 19, No. 1, 1966, pp. 11 y 12. Afirma este autor que desde el período de la codificación civil en España se vivió un clima de polémica en torno al régimen sucesorio a elegir entre los sistemas de legítimas y el de libertad de testar. Indica que se vertieron criterios a favor de la libertad de testar de carácter individualista, familiar, político, social y empírico o práctico. A favor de las legítimas las razones son también de tipo individualistas -basadas en el principio de igualdad-, propiamente jurídicas, políticas y económicas.

⁶³ ESPEJO afirma que en la regulación de la preterición los principios normativos fundamentales son: protección a la legítima y respeto a la voluntad del testador y en este sentido la regulación legal toma en consideración dos elementos heterogéneos: por un lado la consistencia o recta formación de la voluntad testamentaria (más bien su falta), y de otro la satisfacción o cumplimiento de la legítima, porque pretende integrar y proteger estos dos elementos heterogéneos, Vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La legítima ...*, *op. cit.*, p. 307.

2.1 Definición y ámbito

El análisis de este epígrafe estará dirigido no a una simple conceptualización de la institución sino a determinar su ámbito de protección y con ello su ubicación en el ordenamiento jurídico. Ello permite sentar las pautas para sistematizar los elementos de una adecuada conceptualización a partir de las discusiones doctrinales y de la naturaleza de la institución y fijar el punto de partida para la debida regulación de sus efectos.

Como excepción a la omisión normativa del concepto, en el Derecho Civil aragonés, desde la hoy refundida Ley de Sucesiones por causa de muerte,⁶⁴ llegó el legislador en los artículos 188 y 189 a prever sus presupuestos de tipificación y exclusión, preceptos que por su acierto y exclusividad es conveniente reproducir:

Artículo 188. Supuestos de preterición. 1. Se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia. 2. No se consideran preteridos quienes en el momento de la delación de la herencia son legitimarios de grado preferente por sustitución de un ascendiente que no había sido preterido.

*Artículo 189. Mención suficiente. 1. Es suficiente para que no haya preterición cualquier mención del legitimario en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura en que se ordene la sucesión, aun sin disposición alguna a su favor ni exclusión expresa de la legítima o de beneficios sucesorios. 2. Es también suficiente cualquier atribución de carácter simbólico o de valor irrelevante. 3. No es mención suficiente, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento o la escritura, el uso de expresiones no referidas especialmente a ellos. Tampoco es mención suficiente la referencia a un descendiente como fallecido cuando en realidad vive.*⁶⁵

También en Cataluña, el artículo 451 16 del Libro Cuarto del Código Civil⁶⁶ establece los presupuestos de la figura.

La complejidad de estos contenidos aconseja sentar *ab initio* como ejes temáticos del análisis las categorías de mención, atribución, intención y olvido por ser las portadoras de los elementos definitorios claves.

Los afanes fundamentales de conceptualización se producen sobre las líneas de la atribución o la mención. No obstante ha habido acercamientos como el de ESPEJO⁶⁷ que no se decanta con exactitud por ninguno de estos dos ejes y prefiere la consideración de que la liberación del testamento de cualquier formalidad interna y la libertad amplísima en cuanto al modo de cumplir con el deber de legítima resuelven la cuestión del concepto legal de preterición de modo suficiente.

Para sistematizar el análisis deben repasarse los supuestos en los que se estima

⁶⁴ Vid. Ley 1 de 24 de febrero de 1999.

⁶⁵ Ambos han sido reiterados sin variaciones en los artículos 503 y 504 del vigente Código de Derecho foral aragonés de 2011. Vid. Código del Derecho Foral de Aragón publicado en el Boletín Oficial de Aragón de 29 de marzo de 2011

⁶⁶ Vid. Ley 10 de 10 de julio de 2008.

⁶⁷ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La legítima en la sucesión intestada ...*, op. cit., p. 286.

su existencia, en los que se excluye y en los que se duda de la preterición:

2.1.1 Supuestos en los que existe preterición:

Son contestes los autores en considerar preterido al legitimario en los supuestos de total omisión, de modo que no hay sido destinatario de atribución ni mención alguna.⁶⁸

2.1.2 Supuestos en los que se excluye la preterición :

En cambio se ha excluido la preterición con bastante consenso⁶⁹ cuando a pesar de no ser mencionado el legitimario o serlo con insuficiencia es

⁶⁸ Cfr. LLEDÓ ha expresado que la preterición equivale a una forma de privación total tácita de toda disposición patrimonial al legitimario a quien no se le menciona en el acto *mortis causa* o a la inexistencia de atribución patrimonial alguna *inter vivos* a favor de aquél sin mencionarle en el testamento ni tampoco hacer alusión a ninguna atribución efectuada en vida a favor del legitimario, Vid. LLEDÓ YAGÜE, Francisco, "La tutela de la legítima formal", *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, tomo III, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 2524. GONZÁLEZ PALOMINO sostiene que la base exclusiva y suficiente, para advertir la preterición del legitimario es su omisión en el testamento porque no es obligación del testador atribuir beneficio alguno al legitimario, cuyo derecho no deriva del testamento, sino de la Ley, citado por RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La preterición en ...*, *op. cit.*, p. 224. RIVAS MARTÍNEZ estima que en una acepción amplia y vulgar la preterición es la omisión de un heredero forzoso en el testamento y así identifica como supuestos en los que existe preterición a aquellos en los que el legitimario no ha sido destinatario de atribución alguna por título sucesorio ni por actos *inter vivos* ni tampoco ha sido mencionado en el negocio testamentario en modo alguno, Vid. RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones ...*, *op. cit.*, pp. 1895 y ss. CÁMARA LAPUENTE concibe a la preterición como la omisión intencional o inintencional del legitimario en el testamento, además de la ausencia de atribuciones patrimoniales en su favor realizadas mediante actos *inter vivos*, Vid. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Civitas, Madrid, 2000, p. 110. Contundentemente O'CALLAGHAN define a la preterición como la omisión (defecto formal) de un legitimario en el testamento, sin que el mismo (defecto material) haya recibido atribución alguna - sea suficiente o insuficiente- en concepto de legítima, Vid. O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de derecho...*, *op. cit.*, pp. 270 y 271. PÉREZ GALLARDO estima que la preterición puede catalogarse como el olvido voluntario o involuntario de mención (preterición formal) o de atribución patrimonial (preterición material) a favor de alguno de los legitimarios. Por lo tanto, presupuestos de la preterición lo son: 1º Existencia de legitimarios o especialmente protegidos y, en consecuencia, del deber de legítima; 2º Olvido voluntario o involuntario de atribución de bienes para el pago de la legítima, Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Los herederos especialmente...*, *op. cit.*, p. 291. RIVERA FERNÁNDEZ apunta que existe preterición cuando carece de un título sucesorio el legitimario para acceder a la sucesión sin que haya existido una desheredación en forma, Vid. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La preterición en ...*, *op. cit.*, pp. 420 y ss. Sobre esta última valoración a disenso MIQUEL porque considera que lo que falta en caso de preterición no es un título sucesorio al heredero forzoso preterido porque la ley se lo da, sino al testamento una declaración de voluntad testamentaria, que la ley exige al testador como carga formal para garantizar que toma en cuenta a los hijos o descendientes legitimarios, que además de legitimarios son herederos *ab intestato* de primer orden y grado, MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "Preterición no intencional...", *op. cit.*, p. 536.

⁶⁹ Nótese como los autores en la cita anterior establecen los supuestos separados por la conjunción disyuntiva ó. LACRUZ, ALBALADEJO Y RIVERA FERNÁNDEZ en interesante análisis plantean que la preterición supone que el legitimario no haya recibido nada incluso *mortis causa* a parte del testamento, porque si el testador sólo dispuso de la mitad de su herencia y el resto pasa a la *ab intestato* ahí tienen derecho los legitimarios por tanto no están preteridos porque algo recibirán, LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al, Elementos de Derecho ...*, *op. cit.*, p. 348; ALBALADEJO, Manuel, *Curso de derecho ...*, *op. cit.*, p. 392 y RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La preterición en ...*, *op. cit.*, p. 420. Esta posición, que en principio comparto con sus autores, obliga a acotar que en el contexto de la sucesión legitimaria en Cuba podría no resultar exitosa, porque pudiera darse el caso de un heredero especialmente protegido que fuere ascendiente

atributivo de su porción por cualquier título testamentario. Aquí reluce uno de los principales hitos evolutivos del instituto, porque se logran despojar sus formulaciones conceptuales de formalismos intrascendentes para atender con preferencia a las alternativas de protección efectiva.

2.1.3 Supuestos de duda

Por último varían aún los análisis conceptuales en torno a la existencia de preterición en tres supuestos fundamentales: el primero es cuando las atribuciones se han efectuado únicamente mediante liberalidades *inter vivos*,⁷⁰ el segundo cuando ha tenido lugar exclusivamente la mención legitimaria sin atribución concreta alguna⁷¹ y el tercero cuando la mención se realiza mediante

de segundo grado en adelante del causante, quien de haber sido protegido concurriría a la legítima con el resto de los sucesores de su tipo en igualdad de cuotas, pero de ser desprotegido y tener que lograr su satisfacción en la sucesión intestada, la exclusión de grados podría impedirse. De este modo se torna bien compleja la tipificación de la preterición en Cuba cuando se trata de la sucesión mixta, por cuanto si bien no agota el testador su acervo hereditario con sus disposiciones testamentarias y ello en principio conduce a no estimar la privación total de la porción, tampoco en el terreno intestado recibirá atribución alguna esta suerte de legitimario ante la concurrencia de parientes más próximos. Ante tal estado de cosas, considerarle preterido sería el único modo de compensar la lesión a los derechos de este específico legitimario.

⁷⁰ LACRUZ afirma que no hay preterición cuando el legitimario ha recibido ya donaciones en vida del causante teniendo en cuenta la función de sanción contra el olvido que tiene la preterición, haber pagado al menos una parte de la legítima mediante donaciones excluye ese olvido, *Vid.* LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al*, Elementos de Derecho Civil..., *op. cit.*, p. 436 y LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho ...*, *op. cit.*, p. 172. DE LA CÁMARA la excluye en este supuesto igualmente, *Vid.* DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel, *Compendio de ...*, *op. cit.*, p. 206. MIQUEL no logra despejar la preterición en los supuestos en los que el testador omite al legitimario en el testamento, por ello la concibe como la omisión de una declaración de voluntad testamentaria respecto a los herederos forzosos, concediendo con ello al deber legitimario formal una relevancia inusual en el estado actual del régimen de la sucesión forzosa, *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "Preterición no ...", *op. cit.*, p. 536. TEODORA y ANDRÉS DOMÍNGUEZ la excluyen en este supuesto, TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, "La legítima...", *op. cit.*, pp. 1875-1876.

⁷¹ Díez-PICAZO y GULLÓN consideran que existe preterición si el testador se limita a mencionar al legitimario sin atribuirle nada o si se omite totalmente al hijo que nace después del testamento o después de muerto el testador si estaba concebido antes de su muerte y en cambio la excluyen cuando el testador haya hecho una atribución por cualquier título a favor del legitimario aunque no fuere suficiente ni lo mencione en testamento, *Vid.* Díez-PICAZO Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de ...*, *op. cit.* p. 326. Con igual criterio *Vid.* DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel, *Compendio de ...*, *op. cit.*, p. 207 y LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Sistema de ...*, *op. cit.*, p. 390. Para GONZÁLEZ PALOMINO, si el testador conoce la cualidad del legitimario y lo menciona no se podría admitir la preterición, pues la mención del legitimario, en tal condición, sin atribución material alguna a su favor demuestra una clara voluntad excluyente de toda participación en la herencia por parte del testador, citado por RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La preterición en ...*, *op. cit.*, p. 225. RIVERA FERNÁNDEZ entiende excluida la preterición tanto a través de la atribución material a favor del legitimario realizada en testamento a título de heredero o legatario o por actos *inter vivos*, como a través de la simple mención del legitimario en el testamento acompañado de un título sucesorio con el que el heredero forzoso pueda hacer valer sus derechos en la herencia del causante, aún sin atribución material *mortis causa* o *inter vivos*, *Vid.* RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *Ídem*, pp. 420 y ss. Advierte CONTRERAS que según amplio sector doctrinal, se encuentran fundidos los deberes formal y material de legítima de modo que será necesario para que no haya preterición que el legitimario haya recibido algo, además de que haya sido mencionado en testamento, *Vid.* CONTRERAS, Pedro de Pablo, "Preterición, Derecho intertemporal y Constitución española", *Anuario de Derecho Civi*, tomo I XL, fasc. II, 1987, p. 706.

cláusulas genéricas.⁷² El empleo de estas últimas genera polémica en cuanto a su suficiencia. Son utilizadas por el testador con fines profilácticos para la preservación de la eficacia de su última voluntad testamentaria. Consisten en previsiones sobre la posible dispensa de protección legitimaria que al momento de su estipulación carece de certidumbre. Por la ambigüedad que de ella acusan algunos autores, se ha acudido a su interpretación literal o autointegradora, o sea a partir de la presumible voluntad del testador.⁷³

2.1.4 Consideraciones conclusivas

A modo conclusivo analicemos la cuestión desglosada a través de los puntos neurálgicos del concepto.

De todos, considero que la omisión es la terminología adecuada para definir el supuesto de hecho de la preterición, entendida como la total ausencia de mención y de atribución.⁷⁴

La suficiencia de la mención, es el aspecto cardinal de este componente conceptual de la institución en estudio. Debe validarse tanto cuando es atributiva de bienes, derechos o porciones alícuotas *mortis causa*, como cuando es referida a la condición legitimaria porque la norma indica lo que a este sucesor corresponde, de acuerdo a la línea de análisis que se viene trazando. Así, se va sentando con fuerza el favorable criterio de que es suficiente cualquier género de alusión testamentaria al legitimario por entender la figura como una exigencia de carácter formal.⁷⁵

⁷² Vid. DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel, *Compendio de ...*, *op. cit.*, p. 208; LÓPEZ FRIAS, María Jesús, "Comentario a la S.T.S. de 23 de enero de 2001: problemas interpretativos en relación a la preterición", *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, 2001, p.1783. GARCÍA MORENO asume que el empleo de fórmulas genéricas de mención no excluye la preterición a partir de criterio jurisprudencial de 1966 aplicable aún después de la reforma de 1981, GARCÍA MORENO, José Miguel, "La preterición de herederos...", *op. cit.*, p. 905.

⁷³ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, "Atribución...", *op. cit.*, pp. 43 ss, VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, "El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de preterición en los derechos civiles españoles", *Anuario de derecho civil*, vol. 20, No. 1, 1967, pp. 38 y ss; LLEDÓ YAGÜE, Francisco, "La tutela ...", *op. cit.*, pp. 2527 y ss, este autor aboga por una interpretación de este tipo y siempre restrictiva. ALBALADEJO aunque con menor restricción sigue el criterio de la interpretación de estas cláusulas a partir de la deducible voluntad del causante, Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Curso de ...*, *op. cit.*, p. 392.

⁷⁴ Fue esta la *ratio decidendi* para la exclusión de la preterición en el Tercer Considerando de la Sentencia No. 229 de 8 de abril 2003 de la Audiencia Provincial de Baleares: "... Pues bien, si la preterición es la omisión de alguno de los herederos forzosos en el testamento, sin desheredarlo expresamente, que puede consistir en no instituirlo ni desheredarlo expresamente, o bien en no dejarle bien alguno, o simplemente en omitirlo no mencionándole, deberá concluirse que en el presente caso no ha existido preterición, pues se le nombra en el testamento y se le nombra heredero, por sustitución, en el bien inmueble adjudicado a R..."

⁷⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Comentarios al Código Civil ...*, *op. cit.*, p. 21; LÓPEZ FRIAS, María Jesús, "Comentario a la S.T.S....", *op. cit.*, p.1783 y RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones ...*, *op. cit.*, p. 1899. En cambio no ha sido ese el criterio seguido por la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano cuando en su Sentencia No. 317 de 12 de mayo 2005, Primer Considerando valora que "...el heredero especialmente protegido no sólo requiere de su reconocimiento como tal por el testador, sino además de asignación patrimonial concreta que satisfaga su legítima..." Tampoco el legislador catalán acoge esta tesis cuando en el artículo 451 16 apartados primero y cuarto del Libro Cuarto del Código Civil tras la reforma del 2008 establece la absoluta insuficiencia de la mención desprovista de atribución.

La atribución posibilita, cualquiera que sea su contenido o cuantía, la exclusión de la total desprotección legitimaria mediante la preterición. De este modo y a tenor de los artículos 815 del Código Civil español y el 494 del cubano, ante la atribución por cualquier título –*mortis causa* o *inter vivos* y por insignificante que sea- de la porción legitimaria y sin necesidad alguna de mención, estaremos en presencia cuando menos, de una parcial protección y por tanto queda desvirtuada la condición de preterido del heredero forzoso. En todo caso, a mano del legitimario cuyo derecho haya sido satisfecho sólo en parte, quedan siempre las acciones de suplemento, cuales otras alternativas defensivas de la intangibilidad de la cuantía legitimaria.

La intencionalidad y el olvido, a diferencia de los anteriores, no son elementos tipificadores de la preterición, si no en todo caso calificadores. Se muestran totalmente intrascendentes sus análisis como categorías que componen el concepto porque la naturaleza jurídica de la preterición estriba en su esencia protectora de la intangibilidad legitimaria y sus efectos por tanto, deben dirigirse a reestablecerla sin importar cuál ha sido la fuente de la violación: si el olvido o la intención del causante. Ello no se desvirtúa con la responsabilidad que le corresponde a esta figura de mantener el adecuado equilibrio entre protección legitimaria y la preservación de voluntad del causante. No es escalonando los efectos de la preterición en atención a la intencionalidad del causante lo que permite armonizar la coexistencia entre libertad de testar y legítimas, si no la adecuada previsión de sus efectos. La preterición debe concebirse cual mecanismo de protección del legitimario que aunque debe –como el resto de las instituciones en el sistema romano- salvaguardar la última voluntad del causante, no deben partir de distinciones presuntivas la articulación de sus efectos, porque trátase de error o de intención, el resultado lesivo es el mismo y por tanto igual debe ser su reversión. Sobre estos componentes, no arroja elemento alguno el legislador cubano y en cambio el español los toma como punto de partida para la básica distinción de sus efectos.⁷⁶

Predomina afortunadamente el criterio de la prevalencia de la atribución sobre la mención, aunque valga precisar, lo valedero de estimar que en cualquiera de los dos supuestos por separado siempre que se verifiquen como se ha descrito en las líneas anteriores, debe entenderse excluida la preterición. De este modo el cumplimiento de los deberes formal y material de legítimas no deben ser integrados en el concepto de preterición en relación preponderante sino de ubicación en un mismo plano a los efectos de su exclusión. Así las cosas, se lograría sin inconvenientes ni casuismos que cumplido cualquiera de los deberes legitimarios, resulte al menos en parte protegido el sucesor forzoso de modo que no habría en su caso preterición.

⁷⁶ Tal estado de cosas se produce con la Reforma Legislativa que introduce la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 en el Código Civil que al parecer obedece a reclamos contenidos en estudios doctrinales precedentes. *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchams, “El deber formal...”, *op. cit.*, pp. 4, 5 y 102; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al*, Elementos de Derecho Civil..., *op. cit.*, pp. 438 y ss; RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La preterición en ...*, *op. cit.*, pp. 421 y 422; LLEDÓ YAGÜE, Francisco, “La tutela ...”, *op. cit.*, pp. 2532, según este autor, voces prestigiosas de la doctrina española reclamaron la distinción normativa de los efectos de la preterición según la intencionalidad del causante, de modo que la Reforma legislativa producida en 1981 arrojó el resultado distintivo en el orden de los efectos siguiendo esta orientación doctrinal; CONTRERAS, Pedro de Pablo, “Preterición, Derecho...”, *op. cit.*, p. 711. En cambio parece no coincidir MIQUEL GONZÁLEZ, José María, “Preterición no ...”, *op. cit.*, p. 536.

Si bien resulta atinado entender la optimización del cumplimiento del deber de legítimas a través de la atribución, no puede olvidarse la relevancia de la mención con el mismo objetivo. De ello hablan por sí solos los antecedentes romanos de la preterición y el espíritu legislativo de los Ordenamientos Forales en Navarra y Aragón, aunque con la reciente codificación en esta última región se ha pretendido moderar el carácter formal de la legítima con respecto a la normativa precedente.⁷⁷ La cuestión referida a la mención del legitimario en testamento, como contenido del deber formal de legítima, indiscutiblemente ha ido cediendo importancia en los planos teórico y legislativo, frente a la exigibilidad del cumplimiento del deber material. Ello obedece al surgimiento en Roma de la institución de la *portio debita* que determinó este giro en la concepción de la institución en examen, nacida sin la noción de atribución material alguna. Es comprensible la imposición de este viraje.

No se trata en modo alguno de proponer la obligatoriedad de mencionar a la vez que atribuir como deberes del testador para la satisfacción legitimaria, sino de que no sólo atribuir de modo exclusivo, sino también mencionar de la misma manera- siempre que sea con suficiencia- arroja protección a los herederos forzosos y por tanto excluyen la preterición. Añadir al cumplimiento del deber de atribuir el de mencionar, no cuenta en la actualidad con sustento alguno, dada la irrelevancia que van adquiriendo los formalismos determinantes en las primigenias concepciones de las instituciones con trascendencia a nuestras normas, ante las nuevas y crecientes necesidades objetivas que estas últimas se convocan a solventar. Sin embargo desechar la posibilidad de entender excluida la preterición por el sólo y estricto cumplimiento de la legítima formal, es criterio bien acogido en las concepciones doctrinales revisadas al que no encuentro fundamentación alguna.

La línea constructiva del concepto de preterición que antecede, encuentra sustento además en las siguientes cuestiones que tienen como punto de partida la ampliación de su espectro protector a partir de la restricción de sus presupuestos:

1. La independencia de la legitimaria como forma de sucesión válida la alternativa de la tipificación de la preterición solo en los supuestos de incumplimiento absoluto de ambos deberes del testador, el de mención y el de atribución, sin necesidad de yuxtaponer el primero al segundo, porque desaparecería la necesidad de que la mención esté acompañada de atribución para el adecuado despliegue de la protección legitimaria. Una mención suficiente permite que emane la total satisfacción del derecho legitimario de la norma, que regula el resto de los presupuestos la sucesión forzosa.
2. En los sistemas legitimarios de naturaleza romana, de reglamentación negativa o de freno o *pars debita*, la protección dimana en primer y óptimo orden del reconocimiento testador y por tanto conviene entender reconocido del modo más extendido el derecho legitimario, de modo que los supuestos de preterición deben ser excepcionales.
3. La restricción del concepto de preterición beneficia tanto al testador como al legitimario. Al primero porque en tanto no exista preterición se

⁷⁷ Vid. Exposiciones de motivos del Fuero Nuevo de Navarra, Ley 1 de 1ro de marzo de 1973 y del Código del Derecho Foral de Aragón publicado en el Boletín Oficial de Aragón de 29 de marzo de 2011

conservarán en mayor medida sus disposiciones testamentarias. Al segundo porque precisa para la adecuada satisfacción de su derecho del cumplimiento del deber legitimario, que justamente queda excluido cuando está preterido. Cuantos menos sean sus supuestos de hecho, menos quedará tipificada.

4. Se ha interpretado que la preterición en determinados supuestos en Cuba y España, ocasiona la apertura de la sucesión intestada, en cuyo terreno no queda clara la admisibilidad de la sucesión forzosa⁷⁸ en ninguno de los tres órdenes posibles: teórico, normativo ni jurisprudencial,⁷⁹ al ausentarse toda referencia en las normas que la diseñan a la operatividad del derecho legitimario en su terreno. De reducirse los supuestos de desprotección total del legitimario, habrá menos derivaciones de efectos indeseados y se frenaría la concurrencia legitimaria en el escabroso terreno de la *ab intestato*, dados los obstáculos que supone en sus senderos el despliegue de una adecuada protección.
5. En el específico caso del ordenamiento cubano, la restricción del concepto de preterición –cual institución con efectos directos en la eficacia de las disposiciones testamentarias- estaría en sintonía con la

⁷⁸ La doctrina reciente española admite mayoritariamente la sucesión forzosa en el contexto de la *ab intestato*. Vid. Vgr. DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel, *Compendio de ...*, op. cit., pp. 190 y 191; BUSTO LAGO, José Manuel, “Artículos 806...”, op. cit., p. 966. Aborda el tema en profundidad ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La legítima en la sucesión ...*, op. cit., pp. 365 y 366.

⁷⁹ Vid. Sentencia No. 180 de 15 de marzo de 2005, Segundo Considerando, de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular; CARAVIA DÍAZ, Elena, “Efectos de la Preterición de herederos en el ordenamiento civil cubano: ¿Reforma necesaria o Pretensiones vanidosas?”, Trabajo de Diploma, Tutores: Leonardo B. Pérez Gallardo y Teresa Delgado Vergara. Universidad de la Habana, Facultad de Derecho, 2010. (versión digital), p. 98 y Sentencia No. 765 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005\7233) Primer Considerando “...La legítima, en España, o la reserva, en Italia, no es más que la limitación a la facultad de disponer en beneficio de ciertos parientes o cónyuges, que son los legitimarios, que gozan de un llamamiento legal a la herencia del causante. Por lo cual, cuando uno de ellos es heredero intestado, la legítima o reserva que le pudiera corresponder queda embebida en la herencia. Lo cual no significa que pueda obviarse tal legítima, porque siempre podrá exigir lo que le corresponde por ella si no alcanza su cuantía la herencia intestada que recibe (por ejemplo, por cuantiosas donaciones, que no es el caso), ni se puede prescindir de la misma si hay una atribución (por ejemplo, por un legado que sí es el caso) en pago de ella...”; Segundo Considerando “...Es decir, que al cónyuge demandante y recurrente en casación se le debe atribuir dos tercios de la herencia de su esposa, causante de la misma, como heredero *ab intestato*, a cuya porción debe imputarse el legado que se atribuyó en pago de la legítima.” y Fallo “1º que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la Procuradora ..., en nombre y representación de ..., respecto a la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 22 de noviembre de 1999 que casamos y anulamos.2º En su lugar, declaramos que el demandante, el mencionado recurrente, es heredero abintestato de la causante, su cónyuge, ... y se le atribuyen dos tercios de su herencia a la que se le imputa el contenido del legado....” En cambio el artículo 1067 del Código Civil de Bolivia, regula con acierto la cobertura legitimaria en la sucesión intestada: “Cuando se abre en todo o en parte la sucesión *ab intestato*, concurriendo herederos forzosos con otros llamados a suceder, las porciones que corresponderían a estos últimos se reducen proporcionalmente en los límites necesarios para integrar la legítima de aquéllos, los cuales, sin embargo deben imputar a esta todo lo que han recibido del *de cuius* en virtud de donaciones o legados.”

ampliación de la libertad de testar que se produce con la nueva concepción legitimaria que incorpora requisitos adicionales a la especial protección.

6. Entender que no ha sido preterido el legitimario equivale a entender al menos en parte reconocido su derecho y así podría el parcialmente satisfecho en todos los casos ejercitar las acciones de suplemento, que garantizan en mayor medida la satisfacción cuantitativa del derecho legitimario.
7. Aunque la preterición genera como efectos preliminares una serie de acciones cuya titularidad corresponde al preterido para la defensa de su derecho vulnerado, en modo alguno el supuesto de hecho que la genera beneficia al legitimario. Por el contrario configura una situación que de materializarse evita la impunidad del incumplimiento del deber de legítima que limita al testador, pero no en todos los casos viabiliza la total satisfacción del derecho quebrantado. Es por ello que resulta conveniente entender en la mayor parte de los casos reconocido el derecho legitimario aunque sea insuficientemente, ya que de dicho reconocimiento depende el despliegue de la mayor protección en un sistema legitimario de naturaleza romana

De este modo y teniendo en cuenta que el deber legitimario tiene una doble composición (deber legitimario formal –mención suficiente- y deber legitimario material –atribución-) debe admitirse que el cumplimiento de cualquiera de estos deberes, por sí sólo, excluye la preterición. Así podríamos definirla como *la omisión en testamento de la condición legitimaria, sin que tampoco haya existido atribución alguna mortis causa o por actos inter vivos realizados por el testador a favor de un legitimario. Supone entonces una total violación al derecho legitimario.*

III Conclusiones

1. “Sistema legitimario” es el modo en el que cada ordenamiento concibe la dinámica de la legítima, atendiendo a su aspecto funcional, a su contenido, a su aspecto formal o material y a su cuantía o extensión.
2. “Forma de sucesión”, en cambio, alude al modo en el que llega a ofrecerse la herencia, sea a través de delación voluntaria en sus modalidades contractual o testamentaria, de delación legal que dimana de la norma y de delación legitimaria que en el sistema germano surge siempre de la norma pero en el romano según se cumpla o no el deber de legítima puede tener la voluntad del causante o la ley como fuente.
3. La legitimaria es sin dudas una tercera forma de sucesión, distinta de la testada e intestada porque se viabiliza a través de una delación propia o independiente y se presenta con contenido, efectos, *nomen* y fundamentos propios y muy distintos a los de las sucesiones testada e intestada.
4. A la sucesión legitimaria en cada ordenamiento civil corresponderá un sistema legitimario cuya identificación permite determinar su funcionamiento.
5. Los puntos neurálgicos del concepto de preterición son la omisión, mención, atribución, intención y el olvido.

- La omisión tiene que ser total para que se verifique y esto ocurre sólo cuando no se menciona al legitimario ni se le atribuye por ningún título.
- La mención tiene que ser suficiente para que la excluya y esa suficiencia puede ser tanto porque sea atributiva como porque esté referida a la condición legitimaria del sucesor de este tipo.
- La atribución por insignificante que sea y cualquiera haya sido la vía por la que haya tenido lugar (*inter vivos* o *mortis causa*) excluye la preterición, dando lugar en todo caso al derecho al suplemento de la legítima.
- La intención o el olvido resultan intrascendentes en la construcción teórica de la institución.

La preterición es la omisión en testamento de la condición legitimaria, sin que tampoco haya existido atribución alguna *mortis causa* o por actos *inter vivos* realizados por el testador a favor de un legitimario.

I. Fuentes Bibliográficas:

- ALBALADEJO, Manuel, *Curso de derecho civil*, vol. V. *Derecho de sucesiones*, 9ª edición, Edisofer, 2008.
- ALCALÁ NAVARRO, Antonio, *Código civil: comentarios y jurisprudencia*, vol. II, coordinado por Antonio Salas Carceller, Sepin, Madrid, 2009, pp. 2312-2351.
- ALGUER, J., "Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil", VI, *Revista Jurídica de Cataluña*, XXXVII, 1931, pp. 36-152.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio, "Atemperar la rigidez de la legítima", *Aranzadi civil: revista doctrinal*, No. 3, 2007, pp. 2711-2738.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio, *La evolución de la libertad de testar en el "Common Law" inglés*, Aranzadi, Navarra, 2011.
- BUSTO LAGO, José Manuel, "Artículos 806 al 822", *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 963 - 994.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Derecho Europeo de Sucesiones?: un apunte", *Derecho privado europeo*, coordinado por Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2003, pp. 1185-1233.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Civitas, Madrid, 2000.
- CARAVIA DÍAZ, Elena, "Efectos de la Preterición de herederos en el ordenamiento civil cubano: ¿Reforma necesaria o Pretensiones vanidosas?", Trabajo de Diploma, Tutores: Leonardo B. Pérez Gallardo y Teresa Delgado Vergara. Universidad de la Habana, Facultad de Derecho, 2010. (versión digital).
- CONTRERAS, Pedro de Pablo, "Preterición, Derecho intertemporal y Constitución española", *Anuario de Derecho Civi*, tomo I XL, fasc. II, 1987, pp. 701-711.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel, *Compendio de derecho sucesorio*, 2ª edición actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, La Ley, Madrid, 1999.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel, *Compendio de derecho sucesorio*, 3ra edición actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, La Ley, Madrid, 2011.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte", *La Ley*, No. 7675, 18 de julio 2011, pp. 7-10.
- DÍEZ-PICAZO Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de derecho civil*, vol. II, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1998.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, "Artículos 806 al 810", *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 923 a 926.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, "Artículos 815 al 822", *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 933 a 942.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 1996.

GARCÍA MORENO, José Miguel, "La preterición de herederos forzosos", *Manuales de formación continuada*, Nº. 47, 2008, pp. 603-690.

GARCIA MORENO, José Miguel, "La preterición de herederos forzosos en el derecho común tras la reforma de 1981", *Actualidad Civil*, No. 44, 1995, pp. 893-906.

GONZÁLEZ COLLADO, Sergio "El legitimario no es sucesor", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo III, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, pp. 533-541.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho Civil*, vol. II, *Derecho de Sucesiones*, José María Bosch, Barcelona, 1973.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al, *Elementos de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de Sucesiones*, José María Bosch, Barcelona, 1993.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Compendio de Derecho civil*, tomo V, *Derecho de sucesiones*, 2ª edición, corregida, Dykinson, Madrid, 2008.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco, "La tutela de la legítima formal", *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, tomo III, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp.2524-2560.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Sistema de derecho civil: derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2002.

LÓPEZ FRÍAS, María Jesús, "Comentario a la S.T.S. de 23 de enero de 2001: problemas interpretativos en relación a la preterición", *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, 2001, pp. 1775-1785.

MARTÍN PEREZ, José Antonio, "Sección Quinta de las Legítimas", *Jurisprudencia civil comentada: código civil*, dirigido por Miguel Pasquau Liaño, Comares, Granada, 2000, pp. 1475-1533.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "Acción de reclamación de filiación extramatrimonial y preterición intencional: comentario a la STS de 9 julio 2002 (RJ 2002, 8237)", *Revista de derecho patrimonial*, No. 10, 2003, pp. 433-442.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "Legítima material y legítima formal", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 49, 2009 pp. 493-560.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "La preterición", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. IV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 5339-5390.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "Preterición no intencional. Momento decisivo para juzgar la no intencionalidad. Comentario a la STS de 23 enero 2001", *Revista de derecho patrimonial*, Nº 9, 2002, pp. 531-537.

MORENO MOZO, Fernando, "El doble concepto de sujeto preterible contenido en el art. 814 del Código Civil", *Actualidad civil*, No. 18, 2009, pp. 1-19.

O'CALLAGHAN, Xavier, *Código civil : comentado y con jurisprudencia*, 6ª edición, La Ley, Madrid, 2008.

O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de derecho civil*, 6ª edición, corregida y puesta al día, Edersa, Madrid, 2006-2007.

ORTEGA PARDO, Gregorio, "Herederero testamentario y heredero forzoso", *Anuario de derecho civil*, Vol. 3, No. 2, 1950, pp. 321-361.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, "La naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, XXXVIII-IV, octubre-diciembre 1985, pp. 849-907.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, "La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año 79, No. 679, 2003, pp. 2855-2878.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. y COBAS COBIELLA, María Elena, "A una década de la promulgación el Código Civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su Libro Cuarto", *Temas de Derecho Sucesorio Cubano*, Félix Varela, La Habana, 1997, pp. 36-90.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "El Derecho de Sucesiones en cifras, Recapitulación y Pronósticos", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, No. 39, Madrid, 2009, 701-765.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; "Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa", *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 200-310.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. y COBAS COBIELLA, María Elena, "Los herederos especialmente protegidos, la nueva visión de los legitimarios en el Código Civil cubano: algunas interrogantes al respecto", *Temas de Derecho Sucesorio Cubano*, Félix Varela, La Habana, 1997, pp. 1-50.

QUINCE FANJUL, José Antonio, "Preterición: interpretación del art. 814.3 Cc", *Revista jurídica de Asturias*, No. 32, 2008, pp. 115-127.

REAL PÉREZ, Alicia, *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Civitas, Madrid, 1988.

RENTERÍA AROCENA, Alfonso, "La libertad de testar en Derecho Comparado", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año 87, No. 726, 2011, pp. 2095-2128.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones común y foral*, tomo II, 4ª edición, Dykinson Madrid, 2009.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La preterición en el Derecho común español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

ROCA SASTRE, Ramón M.^a y PUIG BRUTAU, José, *Estudios de derecho privado*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.

RÖTHEL, Anne, *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, traducción de Antoni Vaquer Aloy, Bosch, Barcelona, 2008.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, "La legítima en el Código Civil", *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional)*, coordinado por Santiago Álvarez González, María Paz García Rubio, Marta Requejo Isidro, España, 2009, pp. 297-322.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, "La legítima en el Código Civil I", *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica : Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, dirigido por María del Carmen Gete-Alonso y Calera, vol. 2, Civitas, Navarra, 2011, pp. 1841-1897.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, "La legítima en el Código Civil II", *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica : Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, dirigido por María del Carmen Gete-Alonso y Calera, vol. 2, Civitas, Navarra, 2011, pp. 1899-1958.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, "Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", *Derecho de sucesiones: presente y futuro*, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2006, pp. 173-230.

VALLADARES RASCÓN, Etefvina, "Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil", *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J. M. González Porrás, F. P. Méndez González, tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004, pp. 4893-4902.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, "Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima", *Anuario de derecho civil*, vol. 39, Nº 3, 1986, pp. 833-849.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, "Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas", *Anuario de derecho civil*, vol. 25, No. 1, 1972, pp. 3-151.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XI, Arts. 806 a 857 del Código civil, EDESA, Madrid, 1978, pp. 1-225.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, "Las Legítimas según Claude Chiffle", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVII, Fascículo III, 1974, pp. 679-693.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, "Los complementos de la legítima", *Anuario de derecho civil*, Vol. 26, No. 1, 1973, pp. 3-46.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, "Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, Nº 1, 1986, pp. 3-68.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Panorama del derecho de sucesiones*, tomo I, Civitas, Madrid, 1982.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, "Sección Quinta de las Legítimas", *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez y Luís Díez Picazo, tomo I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1967-2032.

VALLET DE GOYTISOLO Juan B., "Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar", *Anuario de derecho civil*, vol. 19, No. 1, 1966, pp. 3 - 44.

VAQUER ALOY, Antoni, "La convergencia espontánea del Derecho de Sucesiones en Europa", *Obligaciones y sucesiones en el Derecho comparado*, ARA Editores, E.I.R.L., Perú, 2010, pp. 183-213.

VILLARRUBIA MARTOS, Javier, "El decreto de Declaración de herederos a la luz de la Ley 13 de 2009", *Diario La Ley*, No. 7687, 5 de septiembre de 2011, pp. 1 - 16.

ZACCARIA, Alessio, *Perfiles del derecho italiano de sucesiones*, Bosch, Barcelona 2008.

II. Fuentes legales.

Código Civil de la República Argentina, Ley 340 de 25 de septiembre de 1869.
Código Civil de la República de Colombia, Ley 57 de 1887 de 26 de mayo de 1873, edición a cargo de Luis César Pereira Monsalve, Medellín, marzo, 1994.
Código Civil de la República de Costa Rica, Ley No. 63 de 28 de septiembre de 1887, vigente desde el 1ro de enero de 1888.
Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, Ley No. 7 de 1977 de 19 de agosto, en Gaceta Oficial Ordinaria, No. 34, de 20 de agosto de 1977. Cuba.
Ley De las Notarías Estatales, Ley No. 50 de 1984 de 28 de diciembre MINJUS, La Habana, 1986. Cuba.
Ley No. 59/1987 de 16 de julio anotado y concordado por Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Ediciones ONBC, La Habana, 2007.
Código Civil de la República de Ecuador, Codificación No. 000. RO/ Suplemento 104 de 20 de Noviembre de 1970, consultado en www.legislacionandina.com, el 6 de septiembre de 2011.
Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (modificados por la Ley No. 10 de 30 de abril de 1992). España.
Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, Gaceta de 25 de julio de 1889.
Ley No. 6 de 1ro de julio de 1985, Ley Orgánica del Poder Judicial. España.
Ley No. 1 de 7 de enero de 2000 de Enjuiciamiento Civil. España.
Ley No. 13 de 23 de noviembre de 2009 sobre reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. España.
Código Civil de la República de Honduras, de 14 de septiembre de 1989, Congreso Nacional de Honduras.
Código Civil Federal de México de 1928, última reforma publicada en DOF el 31 de diciembre de 2004, vigente a partir del 1º de enero de 2005.
Código Civil de la República Oriental del Uruguay, de 1 de enero de 1868, modificado en 1995.
Código Civil de Venezuela de 26 de julio de 1982,
Fuero Nuevo de Navarra, Ley 1 de 1ro de marzo de 1973.
Ley de Sucesiones por Causa de muerte de Aragón, Ley 1 de 24 de febrero de 1999.
Código Civil de Cataluña, Ley 10 de 10 de julio de 2008, consultado en www.westlaw.es, el 12 de septiembre de 2011.
Código del Derecho Foral de Aragón publicado en el Boletín Oficial de Aragón de 29 de marzo de 2011.
Código Civil de Bolivia, Decreto-Ley 12760 de 6 de agosto de 1975, modificado por la Ley 018 de 16 de junio de 2010.
Decreto- Ley No.117 de 1989, Del Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos. Cuba.
Decreto- Ley 241 de 24 de enero de 2006 sobre modificaciones a la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Cuba.
Código Civil de la República de Chile, Decreto No. 1937 de 1976 del Ministerio de Justicia, de 14 de diciembre de 1855, edición oficial al 31 de agosto de 1976, Editorial Jurídica de Chile.
Código Civil italiano Decreto Real No. 262 de 16 de marzo de 1942, última actualización marzo de 2000.
Código Civil de Perú, Decreto Legislativo No. 925 promulgado el 24 de julio de 1984 y entrada en vigor el 14 de noviembre de 1984.
Resolución No. 7 de 1990 del Ministerio de Justicia: Reglamento del Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos.
Resolución No. 70 de 1992 del Ministerio de Justicia: Reglamento de la Ley de Notarías Estatales

III. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Resolución de 4 de mayo de 1999. RJ\1999\3251
Resolución de 13 de septiembre de 2001. RJ\2002\2410
Resolución No. 1 de 13 de octubre de 2005. RJ 2005\7452
Resolución de 1 de marzo de 2006. RJ\2006\3919 **Sentencias de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular (Cuba)**
Sentencia No. 934 de 29 de noviembre de 1996.

Sentencia No. 189 de 31 de marzo de 2003.
Sentencia No. 120 de 28 de febrero del 2005.
Sentencia No. 180 de 15 de marzo de 2005.
Sentencia No. 296 de 29 de abril del 2005.
Sentencia No. 75 de 31 de marzo del 2009

IV. Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (España)

Sentencia de 20 de febrero de 1981. RJ\1981\534
Sentencia de 13 de julio de 1985. RJ\1985\4052
Sentencia No. 51 de 30 de enero de 1991. RJ\1995\388
Sentencia No. 310 de 6 de abril de 1998. RJ\1998\1913
Sentencia No. 725 de 9 de julio de 2002. RJ\2002\8237
Sentencia No. 765 de 13 de octubre de 2005. RJ 2005\7233
Sentencia No. 669 de 22 de junio 2006. RJ\2006\3082