

DR 24 44

El presente guión corresponde a la Asignatura de Derecho Civil 4, tiene por título La Preterición, es su autor Antonio Hernández Gil Álvarez Cienfuegos, se graba con fecha 14 de mayo de 1982 y se emitirá el 26 de mayo de este mismo año. La reforma del Código Civil, llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981, frasó, como es sabido, especialmente sobre la filiación y la patria potestad, modificándose también aquellos artículos de derecho sucesorio que reflejaban un régimen de filiación expresivo de la antigua división de los hijos en legítimos e ilegítimos y de estos en naturales y no naturales, que era contradictorio con los términos de la reforma. Sin embargo, la modificación del derecho sucesorio no se limitó a esa adecuación a un nuevo régimen de la filiación y de la patria potestad.

Y así ha sucedido con la modificación del régimen de la preterición, en principio extraña, al ámbito originario de la reforma. El Código Civil, ni antes ni ahora, ofrece un concepto de preterición. Sin embargo, y sin pretender ser demasiado precisos o concluyentes, podemos configurar la preterición como la elisión total del heredero legitimario por parte del testador en la institución de heredero.

La preterición posee así dos rasgos bien característicos. Representa la postergación total del heredero legitimario en cuenta tal. No cabe ser preterido en parte.

Podrán ser desconocidos parte de los derechos sucesorios del legitimario y atribuirle una cuota de la herencia o una suma de bienes inferior a la que legalmente le correspondiera. Pero esa situación, en la que el heredero ostentaría las correspondientes acciones de complemento de legítima, no puede calificarse de preterición. La preterición es siempre total y siempre, este sería su segundo rasgo, se infiere del silencio, de la omisión del testador.

Este elide por completo al legitimario al llevar a cabo la institución de heredero. El único problema en relación con esto sería el de determinar si también hay preterición cuando el testador, no instituyendo heredero a un heredero legitimario, dispone a su favor de ciertos bienes por título distinto del de herencia, por ejemplo, mediante la atribución de legados. Sin querer profundizar en el tema, diremos sólo que probablemente no haya preterición en tal caso.

La legítima, a tenor de lo dispuesto en el artículo 815 del Código Civil, puede ser satisfecha por el testador mediante atribuciones patrimoniales a título singular. Luego, parece que semejantes atribuciones, en cuanto sean imputables al pago de la legítima, impiden esa postergación total del legitimario que representa la preterición. Desde un punto de vista superficial, externo, la preterición así entendida parece asemejarse mucho a otra institución próxima del derecho sucesorio, la desheredación, cuando es injusta.

La desheredación injusta conlleva también una privación total de los derechos sucesorios del legitimario, al menos eso es lo que pretende el testador que deshereda en tales condiciones.

Hay, sin embargo, dos diferencias que ahora nos importa destacar. Una, que la preterición, como hemos dicho, se sigue del mero silencio del testador que omite a un heredero legítimo al efectuar la institución de heredero.

Otra, derivada de ésta, que la desheredación injusta tiene un matiz intencional del que en principio carece la preterición. El testador que deshereda quiere desheredar y quiere excluir de la herencia al heredero. La preterición no siempre es intencional.

De hecho, en sus orígenes no fue concebida como intencional. Surgió la figura de la preterición justamente para los casos de omisión errónea, o mejor dicho, involuntaria, del heredero. No se trataba naturalmente del raro supuesto de que un padre se olvidara de instituir heredero a un hijo o de que por error no lo transcribiera en el testamento, sino más bien de que se abriera la sucesión bajo lo dispuesto en un testamento que fuera anterior al nacimiento de un hijo, sin que después hubiera modificado, o de que el causante tuviera un hijo póstumo y que no hubiera previsto al redactar en su última hora el testamento.

El expediente de la preterición venía entonces a resolver la situación hereditaria del legítimo en éstos y otros semejantes supuestos. Pero aunque esta preterición involuntaria sea el paradigma histórico de preterición, nada impide que la preterición, que se define hoy en términos puramente objetivos, no pueda ser el fruto de la malévolos intención del testador que trata así de excluir a un heredero de la herencia sin utilizar el procedimiento estricto y tasado de la desheredación. Los efectos de una y otra preterición, la llamada errónea y la intencional, parece sin embargo que no deben ser los mismos.

La crítica fundamental que se hacía al antiguo artículo 814 del Código Civil era precisamente ésta, que no distinguía la preterición intencional de la no intencional. Decía así el artículo 814, podía entenderse como la voluntad legislativa de referirse tanto a la preterición intencional como a la errónea. La consecuencia de toda preterición era la anulación de la institución de heredero.

No valdría ninguna de las instituciones de heredero contenidas en el Testamento, dejando a salvo, eso sí, las mandas o legados y mejoras, en cuanto no fueran inoficiosas. En el ámbito de bienes que comprenden las atribuciones a título de heredero que son nulas, habría de abrirse la sucesión a vintestato, como si el causante no hubiera dispuesto por Testamento de la parte de herencia que distribuyó a título universal, es decir, mediante instituciones de heredero. A pesar de la dificultad que el tenor literal del artículo 814 ofrecía, la doctrina intentó separar la preterición errónea de la intencional, reservando el régimen del 814, anulación de la institución de heredero para la preterición errónea, y tratando de aproximar la preterición intencional a la desheredación injusta.

Porque, en efecto, la preterición intencional, sobre todo desde el punto de vista de la actitud del testador, se asemeja bastante a la desheredación injusta. En ambos casos se trata de excluir sin causa a un heredero legítimo de la herencia. Los efectos de la desheredación injusta se previenen en el artículo 851 del Código.

La desheredación hecha sin expresión de causa o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro artículos siguientes, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado, pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima. El precepto es parecido al antiguo artículo 814 de la preterición, mas hay una diferencia sustancial. La desheredación injusta no anula por completo la institución de heredero, sino sólo en cuanto perjudique al desheredado, y a nuestro juicio esto quiere decir en cuanto perjudique a los derechos legitimarios, a la legítima estricta del desheredado.

Por lo demás, se mantiene la institución de heredero, así como se mantienen los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a la legítima. En esa situación, el desheredado injustamente deberá haber completado su cuota de legítima estricta con las atribuciones hechas a los restantes herederos que, salvada la legítima del desheredado, se mantienen. La reforma de 13 de mayo de 1981, al modificar el antiguo artículo 814 del código, lo ha hecho en la dirección que apuntaba la mayoría de la doctrina, distinguiendo entre perterición errónea o no intencional, y perterición intencional, y aproximando la perterición intencional a la desheredación injusta.

Dice hoy el artículo 814, la perterición de un heredero forzoso no perjudica a la legítima. Quiere eso decir que la perterición no perjudica a la legítima del perterido, y que tan solo no perjudica a su legítima. Lo que sucede es que esto se dice con carácter general para la perterición intencional, de ahí su similitud con lo dispuesto en el artículo 851 para la desheredación injusta.

A continuación, afirma el nuevo artículo 814, se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. También en conformidad con el régimen de la desheredación injusta, las restantes instituciones de heredero no se anulan como antes, sino que se reducen. Y es ahora cuando el artículo 814 pone en evidencia que hasta ahora se ha referido generalmente a la perterición intencional, porque prosigue de este modo.

Sin embargo, la perterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos, y los especifica. Primero, si resultaren perteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. Así habrá de entenderse también, creemos, cuando resulte perterido el único hijo o descendiente que sea heredero forzoso.

Segundo, en otro caso, continúa el artículo 814, se anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudica las legítimas. Cuando son perteridos alguno o algunos, por tanto, pero no todos, de los hijos o descendientes que sean legitimarios, se anula la institución de heredero en términos parejos a como disponía para toda perterición la anterior redacción del artículo 814.

Cuando son perteridos todos los legitimarios, se anula no sólo la institución de heredero, sino todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, legados, mejoras, sean o no

inoficiosas. Es comprensible. Quizás pueda parecer un tanto paradójico que la posición de quien es perterido intencionalmente o desheredado injustamente resulte a la postre peor que la de quien ha sido perterido erróneamente.

Los primeros sólo percibirán su legítima estricta manteniéndose, no anulándose, las restantes instituciones de heredero en cuanto no la perjudiquen. Los segundos, al abrirse la sucesión a vintestato en cuanto se anule la institución de heredero, o toda disposición testamentaria de carácter patrimonial, si han sido todos los perteridos, entran en posición de igualdad con los restantes herederos a vintestato y con preferencia, por tanto, a los no legitimarios que hubieran sido situados herederos en su caso. Ellos son secuencia del carir subjetivista, voluntarista, de nuestro derecho de sucesión es donde prima sobre todo la voluntad del testador.

La voluntad de desheredar o perterir a un moralmente injusta quizás se respeta hasta donde es legalmente posible, hasta el mantenimiento de la legítima estricta del perterido o desheredado. La perterición no intencional representa, sin embargo, una voluntad incorrectamente formada del testador o no adecuada a la realidad en que se trata de regir. De ahí que se anule toda la institución de heredero hecha en esos términos por un testador que o no pudo prever o no conocía al realizar el testamento quienes eran o iban a ser en realidad sus herederos forzosos.