

DR 24 39

Guión correspondiente a la Asignatura de Derecho Civil 4, preterición y desheredación, segunda parte. Autor Antonio Hernández Gil. Fecha de emisión 3 de junio de 1981.

En el guión anterior que emitimos sobre preterición y desheredación, dejábamos planteado el tema de las relaciones imposibles con comitancias entre ambas figuras del derecho sucesorio. Veíamos cómo cabía cuestionarse si la preterición intencional, la omisión de la institución de heredero respecto de un heredero forzoso hecha deliberadamente por el testador, había de considerarse igual que la preterición errónea o si, por el contrario, debería asimilarse a la preterición. Y dejábamos dicho igualmente cómo era pertinente la pregunta de si la desheredación injusta realizada por error podría que evadiera la preterición.

Estas cuestiones eran importantes desde el momento que los efectos jurídicos de la preterición y la desheredación injusta no eran los mismos. Precisamente, a diferenciar los efectos de ambas figuras, dedicábamos la mayor parte del contenido de aquel guión. No se trataba de un simple juego de palabras.

Calificar algo de preterición o desheredación injusta comportaba significativas diferencias en el alcance de la anulación de la institución de heredero, plena en un caso, limitada a cuanto perjudicara el heredero en el otro. Volvamos, pues, ahora que sabemos las consecuencias que lleva consigo hablar de preterición o desheredación injusta al hilo de aquellas primeras preguntas, o, mejor dicho, al de la primera, pues no creo que tengamos tiempo de ocuparnos en este guión de la desheredación errónea, hipótesis, por otra parte, mucho más excepcional que la de la preterición intencional. El criterio fundamental para calificar formalmente la exclusión del heredero de preterición o desheredación es, en principio, claro.

La desheredación, sea justa o injusta, ha de expresarse como tal en el testamento. El artículo 849 del Código Civil no deja lugar a dudas. La desheredación sólo podrá hacerse en testamento expresando en él la causa legal en que se funde.

La preterición, por el contrario, se infiere ex silencio, esto es, de la omisión en el testamento de la institución de heredero. En el derecho romano la cuestión se presentaba con una claridad lógica, aritmética. Sólo cuando el heredero no era mencionado en el testamento para sustituirlo heredero o para desheredarlo, y sólo entonces, había preterición.

La preterición sólo se daba, pues, cuando ni se nombraba heredero ni se desheredaba a un legitimario. Hoy el problema es menos sencillo, por cuanto el Código Civil no nos da un concepto o definición de preterición y, además, el artículo 815 del propio Código, al decir que el heredero forzoso quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda podrá pedir el complemento de la misma, está permitiendo que el testador cumpla con la legítima mediante atribuciones patrimoniales al heredero hechas por cualquier título, es decir, a título universal o a título singular, mediante mandas o legados, incluso mortis

causa o intervivos a través de donaciones luego imputables a la legítima. Y si se puede cumplir con la legítima por cualquiera de esos medios, ¿acaso no será suficiente con ello para que no haya preterición, aunque no se menciona en el testamento al legitimario como heredero? Aún más, dado que la preterición exige una exclusión total de la condición de heredero, ¿no será suficiente para que no haya preterición con que, por cualquier título, se haga alguna disposición a favor del heredero forzoso a cuenta de su legítima, aun cuando lo dispuesto no sea bastante para completarla? Así parece, pero no vamos a profundizar en ello ahora, como tampoco vamos a preguntarnos qué sucede en los casos inversos en los que hay mención del legitimario como heredero en el testamento, pero no hay una correlativa atribución patrimonial.

Como criterio general, basta con que retengamos que es esencial a la desheredación su carácter expreso y que es esencial a la preterición su carácter no expreso, en el sentido más amplio. La preterición siempre se sigue de una omisión, de un defecto, del silencio, sea de la falta de mención del heredero como heredero o de la falta de toda disposición que lo tenga de cualquier modo en cuenta. Siendo yo así, la preterición, el silencio, por muy intencional que fuera, debería ser siempre y a todos los efectos preterición, y la desheredación errónea y, consecuentemente, injusta desheredación.

Y eso sería lo lógico, además atendiendo al sentido propio de cada una de estas figuras, porque la preterición originariamente surgió para los casos de omisión errónea o, mejor, involuntaria del heredero. No se trataba naturalmente del raro supuesto de que un padre se olvidara de instituir heredero a su hijo o de que por error no lo transcribiera en el testamento, sino más bien de que el testamento fuera anterior, sin que después lo modificara al nacimiento de un hijo o de que el causante tuviera un hijo póstumo que no pudiera prever al redactar en su última hora el testamento. La preterición era, entonces, un expediente para resolver la situación hereditaria del legitimario en estos supuestos y otros semejantes.

Parejamente, la desheredación, por su mismo carácter expreso, por su índole formal, por el rigor de sus consecuencias, por la dosis de intencionalidad que suele llevar aparejada en el ánimo del testador, sólo excepcionalmente puede ser errónea. Aunque, tal vez, estas consideraciones apuntan hacia lo contrario, que desbordando la preterición intencional y la desheredación errónea, los ámbitos naturales de ambas figuras, hay que buscar soluciones jurídicas más precisas, no necesariamente sometidas al rigor formal de la delimitación de los dos conceptos. Examinemos ambos supuestos separadamente.

La preterición intencional, en primer lugar, y quizás en único lugar. Indudablemente, hay razones de sentido común, quizás diría también de sensibilidad jurídica, que rechazan la equiparación de la preterición intencional a la preterición errónea. La fundamental es que, al estar basada la figura de la preterición en lo que llamamos preterición errónea, sus efectos jurídicos son los que corresponden a este supuesto y no los que podrían seguirse de una preterición deliberada.

Si la preterición era debida a que el testador no podía tomar en cuenta la existencia de un legitimario porque el testamento fuera anterior a su nacimiento o a que creía erróneamente que había fallecido, el derecho, a través del mecanismo de la preterición, trataba de borrar, hasta donde fuera posible, los efectos de la institución de heredero efectuada por el testador y de reproducir lo que hubiera sido su voluntad de haber contado con la existencia del heredero preterido. A falta de determinaciones más concretas de la intención del causante, se anulaba toda la institución de heredero y se suponía que el testador hubiera querido tratar al preterido en un plano de igualdad con los demás herederos. De ahí la solución del artículo 814 del Código Civil, que prevé unos efectos máximos para la preterición, la anulación total de la institución de heredero, subsistiendo, eso sí, los legados y las mejoras no inoficiosas, y la subsiguiente delación de la sucesión a veinte estado.

Pero, como es evidente, esta voluntad presunta de igualdad de trato, que intenta de reconstruir dentro de unos términos razonables el derecho, no es en absoluto presumible cuando la preterición ha sido intencionable, liberada. En este caso, parece que el ordenamiento jurídico debería limitarse a tutelar los derechos legitimarios del heredero forzoso como hace en la desacreditación injusta, no anulando la institución de heredero sino en cuanto la perjudicara. El fundamento voluntarista de los efectos máximos de la preterición, normalmente preterición errónea, insisto, no se da aquí en absoluto.

Y el preterido, por muy injustamente preterido que fuera, y me remito en este punto a lo dicho en el guión anterior, no debería recibir sino su legítima estricta. Por otra parte, del mismo modo que pugna la asimilación de la preterición intencional a la preterición errónea, pugna también la desasimilación de la preterición intencional y la desheredación injusta, con amplias diferencias en sus consecuencias, anulación de toda la institución de heredero y anulación de la institución de heredero en lo que afecte a la legítima y al desheredado, respectivamente. Siendo así que se trata de dos actos de voluntad esencialmente idénticos o muy semejantes.

Lo único que realmente diferencia a la preterición intencional deliberada de la desheredación injusta es el procedimiento empleado por el testador para excluir a un heredero forzoso de toda participación en la herencia. Y atribuir tan diferentes consecuencias a los actos que no se diferencian sino en su modo de exteriorización parece excesivo, sobre todo en un régimen de derecho sucesorio como sabemos basado en el predominio de la voluntad del testador. Luego, tanto si se compara la preterición errónea con la intencional como si se compara ésta con la desheredación injusta, se tiene la impresión de que el régimen de la preterición intencional debería alejarse del de la preterición errónea para aproximarse al de la desheredación injusta.

¿Hay algún cauce técnico en nuestro Código Civil que permita esta solución? La situación es distinta según se contemple desde el punto de vista de la preterición o desde el de la desheredación. El régimen de la preterición está contenido en un solo artículo, el 814, que no la define, solo la menciona y establece sus efectos. Por supuesto ni distingue entre preterición errónea e intencional ni vemos cómo puede apoyarse o encajar en él esta distinción.

Su silencio parece conducir inexorablemente a la equiparación de ambas formas de preterición otorgándoles conjuntamente los máximos efectos de anular toda la institución de heredero. Así parece haberlo entendido también la jurisprudencia. Hay que hacer verdaderos esfuerzos para disociar desde la óptica de la preterición, la preterición errónea y la intencional.

¿Algún autor lo ha hecho? En ese sentido, Roca Sastre propuna que los efectos de la preterición errónea pueden no ser solo los del artículo 814, sino los correspondientes a la nulidad de todas las disposiciones testamentarias, incluyendo, claro, los legados y las mejoras por aplicación analógica del artículo 1265 del Código Civil que previene la nulidad del consentimiento prestado por error en los contratos. Todo el testamento sería nulo, mientras que a la preterición intencional sí le sería aplicable el artículo 814, que determina la subsistencia de las mandas y mejoras no inoficiosas. Pero esta tesis, que acabo de exponer de un modo inmerecidamente rudimentario, desde luego, es susceptible, creo, de algunos reparos.

En primer lugar, siempre es aventurada la aplicación a los testamentos de las normas relativas al régimen general de los contratos y particularmente en cuestiones de ineficacia negocial. En segundo lugar, sería preciso acreditar que el error en la preterición afecta no solo a la institución de heredero, sino a todas las disposiciones testamentarias, pues en materia de testamentos impera el principio de conservación en lo posible de la voluntad testamentaria expresada y la admisibilidad de la nulidad parcial. Y en tercer lugar, y sobre todo, hay que considerar que la preterición errónea responde al tipo normal originario de preterición, con lo que los posibles efectos del error en la omisión de uno de los herederos ya están asumidos en esta figura legal, en el tipo de la preterición y, por tanto, en el artículo 814 del código.

Destinar el artículo 1265 para la preterición errónea y reservar el 814 a la intencional parece desnaturalizar o forzar un tanto las cosas. Pero desde la perspectiva de la desheredación la situación es diferente. El artículo 849 establece, y ya lo hemos visto, el carácter expreso de la desheredación.

La desheredación sólo podrá hacerse en el testamento expresando en él la causa legal en que se funde. Ahora bien, cuando existe una voluntad de desheredar que no se refleja en el testamento, que no se expresa en él, que tal vez no se expresa de ningún otro modo, pero cuya existencia puede acreditarse de algún modo, y que finalmente se traduce en la omisión del heredero en el testamento, nos hallaremos ante una desheredación. Del carácter expreso de la desheredación no se sigue que la voluntad de desheredar que no se expresa en el testamento no sea una desheredación, sino que ella no sea una desheredación justa.

La expresión en el testamento no es sin más un requisito de toda desheredación, sino de la desheredación conforme a derecho, esto es, de la desheredación justa. La perteneción intencional en cuanto como acto de voluntad equivalga a una desheredación carecerá de uno de los requisitos, su carácter expreso, que el Código Civil exige para que la desheredación produzca los efectos de exclusión del desheredado de la herencia. Pero esa perteneción intencional podrá ser calificada de desheredación injusta, y como desheredación injusta

producirá los efectos del artículo 851 del Código Civil, la anulación de la institución de heredero en cuanto perjudique la legítima del injustamente desheredado, con lo que se produce finalmente la pretendida asimilación entre los efectos de la perteneción intencional y de la desheredación injusta.