

DR 24 38

Guión correspondiente a la Asignatura de Derecho Civil 4, que lleva por título Preterición y Desheredación, Primera Parte, autor Antonio Hernández Gil, fecha de emisión 27 de mayo de 1981. Nos ocuparemos en este guión de dos instituciones de derecho sucesorio íntimamente relacionadas y que tienen en común el significar para el heredero, preterido o desheredado, la exclusión total de la herencia del causante. Claro que en el caso de la preterición, el causante olvida, hace de menos, elide, los derechos sucesorios, todos los derechos sucesorios, de un heredero legitimario, no instituyéndolo como tal en el testamento.

Mientras que en el caso de la desheredación, al menos cuando ésta se hace de acuerdo con el ordenamiento jurídico, el testador, acogiéndose a las causas y modos que la ley establece, priva, pudiendo hacerlo, al heredero legitimario de su participación en la herencia. Las relaciones entre ambas figuras, según creo, no dejan de ser interesantes. De lo que acabamos de decir, parece deducirse que la preterición se diferencia de la desheredación en que ésta es o puede ser justa, conforme a derecho, mientras que aquella, la preterición, nunca puede serlo, y que la desheredación posee un matiz intencional, se quiere desheredar, y así se ha de constar en el testamento, del que carece la preterición, dado que la preterición se sigue del mero silencio del testamento en que no se menciona al heredero.

Pero las cosas no son exactamente así, o mejor, hay que matizarlas. Y la necesidad de matizarlas se ve perfectamente cuando contemplamos dos hipótesis extremas que vamos a formular como preguntas. Primera, es lo mismo desheredación injusta, es decir, no conforme a derecho que preterición, y en particular, es lo mismo desheredación errónea que preterición.

Y segunda, es que la preterición no puede ser intencional, y en este caso la preterición intencional, si es consciente de que se omite la institución como heredero de un legitimario, no equivale a una desheredación injusta, por supuesto. Ambas preguntas pueden reformularse de un modo más preciso. ¿La preterición intencional ha de ser considerada como preterición o como desheredación injusta? ¿La desheredación injusta, especialmente la desheredación errónea, puede equivaler a una preterición? No se trata de meras cuestiones de nombre o de palabras.

Los efectos de la preterición y los de la desheredación injusta no son los mismos. Así el artículo 814 del Código Civil declara respecto de la preterición. La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

Por su parte, para la desheredación, dice el artículo 851, la desheredación hecha sin expresión de causa o por causa cuya certeza si fuere contradicha no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado, pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima. Es decir, que tanto la preterición

como la desheredación dejan a salvo las mandas o legados, por supuesto, en cuanto no afecten a la legítima, el preterido o desheredado. Subsisten también en la preterición y en la desheredación las mejoras, planteándose aquí ciertas cuestiones de si han de subsistir también las mejoras hechas a título de herencia, o la institución de heredero en calidad de mejora, y las disposiciones a cargo del tercio de libre disposición hechas a título de heredero, y para desigualar a los desatendidos que no vamos aquí a considerar profundamente.

En lo que finalmente se diferencian los efectos de la preterición y la desheredación es en que la preterición supone la anulación de la institución de heredero, de toda la institución de heredero, incluyendo, por supuesto, las sustituciones que pudiera llevar anejas. Se anulan, pues, todas las atribuciones a título universal, salvo las mejoras que hiciera el testador, y en el ámbito de esas atribuciones se abrirá la sucesión a *vinte statos*, como si el causante no hubiera dispuesto de la parte de herencia que distribuyó a título universal, es decir, mediante instituciones de heredero. Por el contrario, la desheredación injusta determina, sí, la anulación de la institución de heredero, pero sólo en cuanto perjudique al desheredado, como dice el artículo 851, lo que significa que se mantendrán las disposiciones a título universal hechas a favor de los restantes herederos en la medida en que no afecten a la porción de legítima que correspondería al desheredado.

En otras palabras, se mantendrán estas atribuciones en cuanto sean compatibles con una distribución del caudal relicto en la que se tengan en cuenta los derechos legitimarios del desheredado. Y en mi juicio, y en este caso sigo las tesis de los profesores García Valdecasas y la Cruz Verdejo, no se produce aquí la apertura de la sucesión a intestada, porque ni concurrirán con el desheredado otros eventuales herederos forzosos, ni, y esto es lo más importante, se puede dar el principio de igualdad en el reparto de la porción vacante que es consustancial con la sucesión a *vinte statos*, al ser, por definición, toda la porción vacante para el desheredado. Pero sospecho que esto sí es, o casi es, una cuestión de palabras.

Se abra o no la sucesión a intestada, no hay duda, de los efectos de la desheredación injusta respecto de la institución de heredero, que son, insisto, su anulación en cuanto perjudique las legítimas del desheredado, completando a cargo de la porción atribuida a los restantes herederos su legítima y dejando subsistentes en el resto las disposiciones a título de herencia. Mas, como consecuencia de lo anterior, existe otra diferencia entre los efectos de la desheredación injusta y de la pertenición, que ya no es, desde luego, un mero problema verbal. Imaginemos que el testador instituye herederos por partes iguales a sus hijos A, B y C, sin mencionar para nada a su cuarto hijo D y sin hacer ninguna otra disposición testamentaria, ni por vía de legado, ni por vía de mejora.

Hay, evidentemente, pertenición del hijo que hemos denominado D. Se anula la institución de heredero, se anula por completo, recordemos que es un supuesto de pertenición. Como consecuencia de esa anulación de la atribución a título de heredero, se abre la sucesión intestada y la herencia se distribuirá entre los cuatro hijos a partes iguales. Imaginemos ahora que el mismo testador instituye herederos a sus hijos A, B y C por partes iguales y deshereda al

cuarto hijo D, sin hacerlo por una de las causas que taxativamente enuncia el Código Civil.

Bien, hay una desheredación injusta. Se anula la institución de heredero, las instituciones de heredero, mejor dicho, pero sólo en cuanto perjudiquen al desheredado. Recuerden el artículo 851.

¿Qué quiere decir esto? A mi juicio que, con cargo a las partes de los otros tres hermanos, ha de completarse la cuota del tercio de legítima estricta que corresponde, en todo caso, al desheredado. Éste recibirá, pues, de la herencia, no una cuarta parte en condiciones iguales a la de los otros herederos, como sucedía en la pertenición, sino una cuarta parte del tercio de legítima que es atribución necesaria a los herederos forzosos, es decir, un doceavo de la herencia, repartiéndose el resto por partes iguales los otros tres herederos. Y creo que esto es así, porque cuando el artículo 851 dice que se anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado, lo que está tutelando es la legítima estricta del desheredado, aquello de lo que nunca puede privarle la voluntad del causante.

No puede, creo, entenderse en un sentido vulgar que perjudica al heredero todo lo que le desiguala de los otros herederos, porque entonces habrían de heredar por partes iguales todos, y esto es excesivo, sobre todo en un sistema sucesorio como el nuestro, que está basado en el respeto a la voluntad del testador. El perjuicio ha de entenderse en un sentido específicamente jurídico que lo haga coincidir con el quebrantamiento de los derechos sucesorios que la ley en todo caso le reconoce frente a los otros descendientes, esto es, la legítima estricta o corta. Tampoco creo que pueda entenderse que los límites de ese perjuicio estén constituidos por la legítima larga, la correspondiente al tercio de legítima estricta más la correspondiente al tercio de mejora.

La legítima larga es legítima propiamente de los descendientes en su conjunto, pero no de cada uno de ellos, en otras palabras, es legítima de los descendientes frente a los extraños, pero no de ellos entre sí. La disposición del testador a favor de los tres hijos en calidad de herederos por partes iguales es algo más que el establecimiento ideal de una razón aritmética por la que dividir la herencia. Conlleva la voluntad de atribuir a cada heredero insituído una determinada cantidad de bienes del caudal relicto, cantidad en la que va por supuesto comprendida, de un modo más que implícito, la correspondiente a la mejora, por el contrario, la desheredación no sólo no comprende cómo es lógico la voluntad de mejorar, sino que expresa la voluntad de no mejorar, y aún más, la de no insituir heredero.

En estas condiciones creemos, voluntad por voluntad, que deben mantenerse las atribuciones hechas a título de herencia por el testador también en el tercio de mejora, y que ha de circunscribirse la atribución al desheredado a la porción en que en ningún caso se le pueda perjudicar, es decir, al tercio de legítima estricta. ¿Que la voluntad del testador de mejorar a los primeramente insituídos y de no mejorar al desheredado es una voluntad injusta si es injusta la desheredación? Pues seguramente. Pero respecto de las mejoras, se trataría de una injusticia moral, no medible en términos jurídicos, pues porque el derecho no exige ninguna causa justa

para mejorar a un descendiente o para privar a otro de la mejora.

La voluntad del testador en este aspecto no está sometida a la consideración de su justicia o injusticia. La justicia o injusticia sólo afectará a la disposición testamentaria de la porción de legítima corta a la que siempre tiene derecho el heredero forzoso y, por ende, el heredero forzoso desheredado. Además, de otorgarse al desheredado la legítima larga, comprendiendo la cuota correspondiente del tercio de mejora, estaríamos primando al desheredado, aunque lo fuera injustamente, frente al heredero a quien, sin ser desheredado, se le hacen atribuciones patrimoniales que no son suficientes para completar la porción que le corresponde de su tercio de legítima y que sólo podrá instar el suplemento de su legítima estricta.