

El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles *

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: *Introducción al aspecto formal de las legítimas.* I. *Evolución histórica y desaparición del deber de instituir herederos a los legitimarios.* 1. Posiciones del Derecho romano. 2. El requisito formal de instituir heredero al legitimario en el Derecho de Castilla. 3. Su eliminación en el Código civil. 4. Desaparición del deber de instituir herederos a los legitimarios en el Derecho catalán y en el balear. a) *Cataluña.* b) *Baleares.* 5. ¿Quid en *Aragón?* 6. ¿Quid en *Viscaya?* 7. ¿Quid en *Navarra?*—II. *Evolución y momento actual del concepto de preterición.* A) *Derecho romano y derecho castellano.* 8. En Derecho romano. 9. En el Derecho histórico de Castilla. B) *El concepto de la preterición en el Código civil.* 10. Exégesis del artículo 814 C. c. 11. ¿Qué ha dicho al respecto la jurisprudencia? 12. Determinación del concepto vigente en el sistema del Código civil. 13. Supuestos de inclusión discutida en el concepto de preterición: a) Institución o legado de cosa ajena. b) Legado de metálico no existente en la herencia. c) Atribución de la legítima bajo condición o término, o a título de sustitución vulgar o fideicomisaria. d) Atribución a título de herencia o legado revocada en el último testamento, o de facto por enajenación de la cosa asignada. 14. Presupuestos de la preterición. 15. Determinación en razón de su parentesco de las personas que no pueden ser preteridas. a) ¿Están incluidos los hijos naturales y recíprocamente su padre o madre en el precepto del art. 814 § 1.º? b) ¿Lo están el adoptado plenamente y su adoptante? c) ¿Es técnicamente preterición la del cónyuge viudo? 16. Determinación de quiénes no deben ser preteridos por razón de las circunstancias del tiempo de su nacimiento o del hecho causante de su carácter de herederos forzosos: a) Herederos forzosos premuertos. b) Herederos forzosos póstumos o cuasi póstumos. c) Descendientes de un hijo del testador, nacidos antes o después de otorgarse el testamento, que resulten herederos forzosos del testador por premorir a éste su dicho hijo. d) Descendientes de un hijo desheredado o indigno. e) Ascendientes

(*) El presente trabajo corresponde, con ligeros retoques y las adaptaciones oportunas, a parte de los §§ 4.º y 9.º de nuestro volumen en elaboración, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, correspondiente al tomo LVIII del *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

que por premoriencia de todos los descendientes —llamados o no— pasan a ser herederos forzosos. 17. Forma de la mención requerida para que no haya preterición. C) *El concepto de preterición en las regiones y territorios de Derecho especial o foral*. a) En *Cataluña*. 18. Antes de la Compilación. 19. Después de la vigencia de la Compilación. 20. La preterición en: b) *Baleares*; c) *Aragón*, y d) *Vizcaya*. 21. La preterición en los Derechos forales sin legítima material: e) *Navarra*. f) *Tierra de Ayala*.—III. *Efectos de la preterición*. A) *Introducción histórica*. 22. En el Derecho romano y en el Derecho común. 23. En el Derecho de Castilla. Las Partidas y la interpretación del Derecho común. 24. Tendencia del Derecho Real de Castilla a atemperar los efectos de la preterición. 25. Efectos del empleo de la cláusula codicilar y en el *testamentum inter liberos*. B) *Efectos de la preterición conforme al Código civil*. 26. Problemas que plantea el art. 814. 27. Supuestos en los cuales los efectos de la preterición son sanables. Renuncia de los preteridos. 28. ¿Quién puede impugnar la institución por causa de preterición? ¿Es o no declarable de oficio? 29. Plazo de prescripción y transmisibilidad de la acción por preterición. 30. Conclusiones acerca de la naturaleza de la acción derivada de la preterición en el Código civil. 31. ¿Cabén efectos más totales en caso de preterición errónea? 32. ¿Cabe equiparar o aproximar la preterición evidentemente internacional a la desheredación injusta? 33. Efectos de la preterición de hijos naturales, si los instituidos son hijos legítimos. 34. ¿Qué disposiciones del testamento conservan su validez no obstante la preterición? a) Sustituciones vulgares pupilares y ejemplares. b) Sustituciones fideicomisarias. c) Legados. d) Instituciones en cosa cierta. e) Instituciones de cuota limitadas a todo o parte del tercio de libre disposición. f) Mejoras. 35. ¿Qué efectos produce la invalidación de la institución por preterición con respecto a la partición efectuada sobre la base del testamento en el que se incurrió en ese vicio? 36. Propuestas de Derecho constituyente. C) *Efectos de la preterición en las regiones y territorios de Derecho especial o foral*: a) *Cataluña*. 37. Antes de la Compilación. 38. Después de la Compilación. 39. b) *Baleares*. c) *Aragón*. d) *Vizcaya*. e) *Ayala*. f) *Navarra*.

Al hacer la recensión de nuestras “Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, José Luis Lacruz Berdejo (1) concluyó propugnando la conveniencia de que se efectúe un *análisis detenido* para “extraerse un planteamiento más nítido del sistema de acciones del legitimario, impregnado todavía hoy por la antítesis romana —o romanista— entre legítima formal y material”; “... las acciones de preterición y, por mimetismo, de injusta desheredación descienden, más o menos remotamente, de las que defienden aquélla, mientras que las otras se insertan en la legítima material (en términos vulgares cabría decir que unas luchan por el fuero y otras por el huevo). Y dado que el derecho de legítima es en el C. c. a la vez formal (relativamente) y material, se produce unas veces la acumulación de acciones diversas (previa una a otra, o no), y otras

(1) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *TEMIS*, año 1966, pp. 173 y ss.

la posibilidad de elegir entre varias. Esta interacción de pretensiones es, a mi entender, uno de los escollos de nuestro Derecho de sucesión forzosa más necesitados de aclaración (más, ciertamente, que el tema de la naturaleza jurídica de la legítima, tan caro a los especialistas de sucesiones)".

Sin embargo, ni en Derecho romano hubo un "abierto contraste", sino una "conexión ideológica" entre la *querella* y el derecho relativo a la *praeteritio*, como ha observado Fritz Schulz (2).

Así, el derecho derivado de la *praeteritio* de las hijas y los nietos *sui* no daba lugar a la nulidad del testamento, sino a la *in partem adcreocere* de carácter evidentemente material (3), y, en todos los casos, no parece que para los juristas clásicos su finalidad real fuera el *honus institutionis vel exheredationis* (4), sino la preocupación por proteger materialmente a los *sui*, que los juristas republicanos sólo se atrevieron a hacer efectiva si el testamento guardaba silencio a su respecto (5). Por eso, el propio Schulz concluye criticando la que llama "explicación popular": "En orden a la *querella*, se dice, que el testador venía obligado a proveer a su pariente más cercano con una parte sustantiva de la herencia (derecho hereditario forzoso material); en el Derecho referente a la *praeteritio*, el testador debía rendir a dichos parientes más cercanos un tributo puramente formal, esto es, el *honus institutionis vel exheredationis* (derecho hereditario forzoso formal). De esta suerte se admitía, en conclusión, una obligación del testador que no podía explicarse. La distinción entre derecho hereditario forzoso, material y formal, es demasiado desdichada para que merezca ser mantenida."

Pero de lo que aquí tratamos no es de mantenerla, sino de analizar los aspectos formales de las legítimas desde los ángulos más adecuados para ello, sin pretender que ciertas instituciones tengan carácter exclusivamente material y otras carácter puramente formal, lo cual podría ser inexacto.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DESAPARICIÓN DEL DEBER DE INSTITUIR HEREDEROS A LOS LEGITIMARIOS.

1. Posiciones del Derecho romano.

Es sabido que en Roma conforme al *ius civile* los *sui* debían ser instituidos herederos o bien ser desheredados, *nominatim* en caso de tratarse de hijos o *inter coeteros* en caso de ser hijas o nietos bajo potestad del *de cuius* (6), y que este criterio lo extendió el *ius prae-*

(2) FRITZ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico* (traducción española de Santa Cruz Tejeiro. Barcelona, 1960), n. 467, pp. 257 y s.

(3) Cfr. SCHULZ, *op. cit.*, nn. 460, 2 y 461, pp. 255 y s.

(4) SCHULZ, n. 465, p. 257.

(5) SCHULZ, n. 466, p. 257.

(6) Cfr. FRITZ SCHULZ, *op. cit.*, n. 460, pp. 254 y s.

torium a todos los *liberi* (7). En la Novela CXV, cap. III, proemio, ap. 2.º, el emperador Justiniano no estimó suficiente la atribución de la legítima material a los hijos y descendientes legítimos otorgada a título de donación, legado, fideicomiso o cualquier otro que no fuera el de heredero, a no ser que hubiera lugar a su justa desheredación y su causa hubiese sido nominalmente expresada en el testamento (8). En el cap. IV se aplicó correspectivamente esta doctrina a la legítima de los ascendientes (9).

La razón de esta disposición radicaba en Derecho justiniano en honor del *nomen*. Resulta así claramente del proemio del cap. V de la misma Novela CXV: "*Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum iniuria liberos reddamus*" (inc. 1.º)... "*Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre*" (inc. 3.º). Por eso se admitió en ella que era suficiente instituirlos *in re certa* (10), aunque el así llamado que concurría con otros llamados *ex asse* se considerase materialmente como legatario (11).

Esto, por sí solo, aclara que el derecho del legitimario a ser instituido heredero no significaba que el mismo tuviera derecho a una *pars hereditatis*, puesto que la legítima material podía quedarle cubierta con una porción de bienes y no necesariamente con una porción de herencia (12).

(7) Cfr. SCHULZ, *op. cit.*, nn. 468 y ss., pp. 258 y ss.

(8) Conforme al apartado 2.º del proemio del cap. III de la Novela CXV, dispuso el Emperador Justiniano: "*Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium, vel filiam, vel ceteros liberos praeterire vel exheredes facere in suo testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsam probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerunt testamento.*"

(9) "*Iustum autem perpeximus et e contrario de liberorum testamentis haec eadem cum aliqua distinctione disponere...*", comienza el proemio del cap. IV de la Novela CXV.

(10) Inciso 2 del cap. V, Nov. CXV: "*Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri.*"

(11) A esta solución, para todo caso de concurrencia de instituidos *ex certa re* y *ex asse*—en virtud de la cual éstos se consideraban herederos y aquéllos legatarios—, llevó la Constitución del propio Justiniano, conocida por *lex Quotiens certi quidem* (Cod. VI-XXIV, 13). Las Partidas la recogieron, juntamente con toda la doctrina romana del *Corpus* relativa a la institución en cosa cierta, en la ley 14, tít. III, Partida 6.ª (Cfr. nuestros "Apuntes de Derecho sucesorio", II parte, § 2.º, ed. sep., pp. 146 y ss., y en A. D. C. IV-IV, pp. 1377 y ss.). La conclusión dimanante de relacionar la *lex Quotiens certi quidem* y el cap. V de la Novela CXV, la expresó Vinnio ("*Selectarum Iuris Quaestionum*", Lib. I, cap. XXIII, cfr. ed. Lugduni 1744, pág. 38), así: "*Si institutus quidem sit filius, sed aut in re certa adiuncto ei coherede simpliciter scripto vel ex parte assis aut ex certis rebus contentus esse iussus sit, quo casu legatarii loco habetur, ut neque actiones hereditarias exercere, neque a creditoribus hereditariis convenire queat.*"

(12) Cfr. nuestro trabajo "Notas críticas a la pretendida distinción entre

Pero, además, la no identificación del derecho a ser instituido heredero y el derecho a recibir la legítima, quedaba patente por el hecho (13) de que si el hijo preterido aprobaba el testamento y renunciaba al *ius dicendi nullum* o a la *querella*, valía tal testamento (14) y, por tanto, éste ya no podía ser impugnado por dicho hijo, que si bien no era heredero ni podía accionar para serlo, en cambio conservaba la *actio ad supplementum* (15) para completar su legítima material. Conclusión que queda aún más aclarada constatando que la aceptación de un legado por parte del legitimario preterido le impedía el ejercicio de la acción de nulidad o la actuación de la *querella* (16), pero no le obstaculizaba (17) que ejercitase la *actio ad supplementum* si especialmente no la hubiese renunciado (18).

Por otra parte, la común opinión de los autores acabó inclinándose por entender que el plazo de prescripción de la *actio ad supplementum* era más largo que el de la *querella* (19), lo cual podía dar lugar a que, aun no pudiendo exigirse la nulidad de la institución ni del título de *heres* por haber prescrito la acción derivada de la desheredación injusta y, en cambio, no obstante cupiese reclamar el complemento material de la legítima.

cuota de reserva y cuota de legítima”, núm. 19, b (An. Dr. Civ. XVIII-I, primer trimestre 1965, pp. 74 y ss.).

(13) Cfr. nuestro trabajo “Cautelas de opción compensatoria de la legítima” (en Centenario de la Ley del Notariado, Sec. 3.^a, vol. I, Parte I, A, a (pp. 436 y ss.) y Parte III, D, pp. 662 y ss.).

(14) Cfr. Accursius, glosa a la palabra *iudicium* del § *Et generaliter* de la ley *Si quando*, Cod. III-XXVIII, 35 (cfr. en “Codicis Iustiniani...”, ed. Venecia 1575, t. III, col. 577); Paulus Castrensis “Commentariorum in Codicem Iustinianeorum”, Pars. I, Tit. *De inoff. testam.*, L. *Si quando*, § *Et generaliter*, número 4 (ed. 1531, fol. 140 vto.).

(15) Cfr. SALYCETO, “In secundam super III et IV Codicis partem”, Libro III, tit. *De inoff. testam.*, l. *Si quando*, § *Et generaliter*, n. 6 (ed. Lugduni 1541, folio 42), y IASON DEL MAINO, *Prima super Codicem...* h. 1. et §, n. 4 (ed. Lugduni 1553, fol. 151).

(16) Así resultaba de Digesto V-II, 10 §§ 1.^o, 12, 31 y 32.

(17) La posibilidad, no obstante, de reclamar el suplemento está especificada en la ley *Si quando*, § *Et generaliter* (Cod. III-XXVIII, 35, § 2.^o).

(18) Cfr. RAPHAEL FULGOSIUS, *Consilia Utriusque Raphaelis*, Cons. LXXXIII, n. 2, ed. Lugduni 1548, fol. 120; ALEXANDRO DE IMOLA, *Liber Tertius Consiliorum*, Consil VIII, n. 21, ed. Lugduni 1549, fol. 10; ANTONIO FABRO, *Codex Fabrianus*, Lib. I, Tit. XIX, Def. X; cfr. ed. Nápoles 1765, Tomo I, pág. 182.

(19) Cfr. RODRIGO SUÁREZ, *Repetitionis Legis “Quoniam in prioribus”*, C. *de inoff. testamento*, Ampliatio décima, n. 7 (*Opera Omnia*, ed. Duaci, 1614, p. 413) y JACOBO VALDES (*Additio* a dicha *Ampl.*, letra C, vol. cit., p. 436). Este último expone ordenadamente las tres posiciones adoptadas al respecto: 1.^a, la que asimilándola a la *querela* pretendía la aplicación de la prescripción quinquenal; 2.^a, la que la consideró como *actio et conditio ex l. omnimodo*, que como acción personal prescribiría a los treinta años; y 3.^a, los que la estimaron como aplicación de la *petitio hereditatis* y, como tal, de carácter mixto de personal y real, prescriptible también a los treinta años.

2. *El requisito formal de instituir heredero al legitimario en el Derecho de Castilla.*

La ley 5, tít. VIII de la Sexta Partida, recogió de la Novela CXV de Justiniano el requisito formal de deber dejar “el padre, *faciendo testamento*”, “*a su hijo su parte legítima*”, “*como a heredero*” (20).

Como corolario se dedujo que no podía asignarse la legítima en cosa cierta, salvo si se hiciese a *título de institución* (21). Y el fundamento de esa exigencia de que se dejara la legítima a título de heredero, se razonó: “*Prima, propter honorem eiusdem tituli... Secundum, propter emolumentum iuris accescendi*” (22). También se aplicó la doctrina de que la renuncia a la *querella*, por aprobación del testamento del padre, no incluía la renuncia de la *actio ad supplementum* (23); separándose así de la formalidad del título el derecho a la sustancia y cuantía de la legítima.

Después de suprimida la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento, por la Ley 1, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá (24), que pasó a ser la Ley 1.^a del tít. IV, lib. V de

(20) Según prosigue dicha ley 5, tít. VIII, de la 6.^a Partida: “*Mas si aquella parte la dexasse en el testamento, non como a heredero, mas como en razón de manda, estonce podría quebrantar el testamento.*”

(21) Cfr. FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successionum creatione progressu, effectuique et resolutionis tractatus*, Lib. II, n. 245 (ed. Salmanticae, 1559, fol. 224); JUAN MATIENZO, *Commentaria... in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, Lex I, tít. IV, Lib. V, gl. 10, n. 57 (ed. Mantuae Carpetanae, 1580, fol. 81).

(22) DOCTOR LUIS DE MOLINA, *De Primogeniorum Hispanorum origine ac natura*, Lib. II, Cap. XIV, n. 19 (ed. nova, Lugduni, 1749, p. 406). En el mismo sentido, cfr. ANTONIO GÓMEZ, *Variae resolutiones Iuris Civilis Communis et Regii*, Lib. I, Cap. XI, n. 1, b (ed. Lugduni, 1701, p. 134); DIEGO COVARRUBIAS DE LEIVA, *In Titulum, De testamentis interpretatio*, Cap. Raynutius, 16, § 1, n. 9 (en *Opera Omnia*, ed. Lugduni, 1584, p. 71); JUAN MATIENZO, op. y tít. cit., gl. 10, nn. 53 y 54 (fol. 81). Sin embargo, según VÁZQUEZ DE MENCHACA (op. y lib. cit., § 20, n. 41, *in fine*, fol. 176), la posibilidad de instituir *in re certa* heredero forzoso: “*intellige etiam si testator expressim vetaret, ne huic scripto in re certa tota hereditas posset accrescere*”. Eso indica el carácter puramente accesorio de esta segunda razón.

(23) DIEGO CASTILLO, *Utilis et aurea glossa... super-leges Tauri*, lex XXIV, n. 35 (cfr. ed. Methymnae Campi, 1553, fol. 106): “*licet ista appobans iudicium patris excludatur ab ista querella: tamen non repellitur a iure agendi ad supplementum*”.

(24) Frente al principio romano expresado en el proemio del tít. III de la Sexta Partida, de que: “*Fundamento, e rayz, de todos los testamentos, de qual natura quier que sean, es establecer herederos en ellos*”, la ley 1.^a, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá dispuso “*..., que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno; y entouces herede aquél que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar en tal caso que el testador no hiciese testamento, y cúmplase el testamento*”. Acerca de las cuestiones que suscita una herencia distribuida en legados, sin designación de heredero, cfr. en nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, II Parte, § 1.º, A, d (*An. Der. Civ.*, IV-IV, octubre-diciembre de 1951, pp. 1354 y ss. y ed. sep., pp. 123 y ss.), donde hacemos referencia a la polémica entre los autores castellanos en torno

la Nueva Recopilación y del tít. XVIII, lib. X de la Novísima, se planteó si esta disposición había abrogado el requisito formal de deferir la legítima a título de herencia (25). Rodrigo Suárez (26), a quien siguieron otros autores (27), entendió que al suprimirse por dicha ley la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento, la legítima pudo dejarse por cualquier título. En cambio, otros autores, como el doctor Luis de Molina (28) y Marco Solón de Paz (29), observaron que una cosa era dar por válido un testamento que no contuviera institución de heredero y otra distinta permitir que se dejara la legítima a título diverso del de heredero, por lo cual este requisito no pudo entenderse derogado por la admisión de aquella posibilidad. Hubo cierta inclinación a conciliar estas posiciones y a estimar que la ley del Ordenamiento se aplicaba si el testador no había instituido heredero a ningún hijo ni a otra persona alguna (30) y no, en cambio, si hubiera instituido heredero, sea a extraño, sea a uno solo o a varios de los hijos, disponiendo legados para el otro u otros hijos (31).

a la citada ley del Ordenamiento en su inciso: “*Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en él se disponen.*”

(25) Cfr. nuestros *Apuñtes de Derecho Sucesorio*, I Parte, nota 62 (*An. Der. Civ.*, IV-II, abril-junio 1951, pp. 437 y s., y ed. sep., pp. 21 y s.).

(26) RODRIGO SUÁREZ, *op. cit.*, Ampl. prima, n. 8 (ed. cit., p. 378), señaló como primera excepción a la necesidad de dejar la legítima a título de heredero, “si statutum permetteret quod sufficeret relinquere filiis legitimam quoque relicto titulo”, y observó “*Quod tene menti ad quandam l. huius regni quae est in ordinatione de Alcalá titu. de los testamentos: quae disponit hodie valere testamentum, et in eo relicta dato, quod deficiat heredis institutio.*”

(27) JUAN GUTIÉRREZ (*Practicarum Quaestionum circa Leges Regias Hispaniae Prima partis, Novae Collectionis Regiae*, Lib II, Quaest. XXXIV, n. 2—cfr. ed. Salmanticae, 1589, p. 82) opinó que dicha ley “in omnibus intelligi debet, quae expresse tollit obligationem haereditatis instituti, immo eo non instituto decidit valere testamentum, quo ad legata et caetera in eo contenta: ergo si in huius modi testamento, in quo filius non instituitur heres in sua legitima, eidem relinquatur legatum vel fideicommissum aliquod valebit testamentum per hanc l. et filius poterit petere supplementum legitimae...”.

(28) El Doctor LUIS DE MOLINA, *op. cit.*, Lib. II, cap. XIV, n. 18 (pág. 406), escribió: “Ea namque lex nec tacite, nec expresse iura dicentia legitimam titulo institutionis relinquendam esse, corrigere videtur, siquidem diversum est dicere, quod testamentum absque heredis institutionis relinquenda non sit”.

(29) BURGOS DE PAZ, *Doctores Burguensis, Marci Solon de Pace, ad leges Taurinas insignes commentarii*, Prima pars, Lex III, VI, conclusio n. 888 (cfr. ed. Pinciae, 1568, fol. 286), opinó que “dicta lege ordinam, non esse iura communia correctae ex notissimis iuribus quae correctoria iura restringunt: et quia ad casus speciales non extenduntur”.

(30) Cfr. VÁZQUEZ DE MENCHACA, *op. y lib. cit.*, § XX, n. 281, *ampliatio* 5 (fól. 227 vto.); MATIENZO, *ley y glos. cit.*, n. 56 (p. 81), si bien es de subrayar la razón que este último deduce: “Et certe si testator nullum facit heredem, necesse non est de legitima tractare, cum per legem istum filii vel alii heredes legitimi succedant in omnibus bonis cum onere praestandi legata, et omnia alia in testamento relicta”. En igual sentido JUAN YAÑEZ PARLADORIO, *Quotidianorum Differentiarum*, Dig. CXLVIII, n. 28 (ed. “Colloniae Allobrogum” 1761, pp. 390 y s.).

(31) Cfr. COVARRUVIAS, *op.*, cap. y § *cit.*, n. 3 (pág. 70); MATIENZO, *gl. cit.*,

Pero Matienzo (32) afirmó que en el caso de haberse puesto en el testamento la cláusula *ut valeat omni meliori modo*, todo cuanto se dejara al hijo por cualquier título con cargo a su legítima se entendía dispuesto a título de heredero. Y que, siendo usual esa cláusula, que “hoc in Regno semper apponi solet in testamentis”, y como “notarius simpliciter rogatus censetur clausulas consuetas apponere”, “quod testato in dubio voluisse praesumitur testandi secundum communem tabellionem consuetudinem”, “tunc demum praeter voluntatem contrahentium adiecta censi”. De lo que, como conclusión dedujo (33) que “hoc in regno legitimae relinque posse quoque relicto titulo, nec corruet tamentum”. Y añadió que en la regia cancillería Pinciana siempre se practicaba, en aquellas fechas, que el hijo a quien se le dejó algo por cualquier título no impugnaba el testamento sino que reclamaba el suplemento de la legítima; y que, aun cuando no ejercitara su acción para conseguirlo, los regios senadores se pronunciaban para que complementara su legítima.

Todavía en el tránsito de los siglos XVIII y XIX, Juan Sala (34) mantuvo la distinción entre el testamento que contuviere institución de heredero, y el que no la tuviere, para apreciar la necesidad o no de que se nombrara heredero al hijo, explicando que “es la razón de la diferencia que en este último caso se entiende el hijo instituido con la obligación de pagar las mandas que dexó el testador, en cuanto no mengüen su legítima, y en ello no recibe agravio como lo recibiría en el primero, si en su lugar se nombrase heredero a un extraño”.

3. Su eliminación en el Código civil

En el período codificador el problema de la legítima formal volvió a plantearse, pero esta vez en el terreno legislativo. Y el artículo 645 del Proyecto de 1951 fue redactado diciendo que: “El heredero for-

número 49 (fol. 80 vto.); ANTONIO PICHARDO DE VINUESA, *Commentariorum in quator Institutionum Iustinianeorum libros*, Lib. II, tit. XVIII, § “Igitur quartam”, n. 26 (cfr. ed. Vallisoleti 1630, pág. 337); DIEGO AYLLÓN LÁINEZ, *Additioni eruditissimas ad Varias Resolutiones Antonii Gomezii*, ad Lib. II, cap. XI, número 2, § “Dubitatus autem” (cfr. ed. Venetii 1747, pág. 66); PARLADORIO, *Diff. cit.*, n. 29 (pág. 391. Este último autor señaló que la diferente solución respecto al caso de no haberse instituido a nadie heredero radica en que: “nihil aut parum iniuriae fit filio, nullo herede instituto”, mientras “magna filio fit iniuria, quandoquidem, eo spreto, alius instituitur heres”. Criterio aplicable en el caso de que el testamento sólo se refiriese a los hijos, pues el valor codicilar tácito del mismo se entendía limitado al supuesto de que se dispusiera por igual entre ellos (COVARRUVIAS, n. 3, vers. *Non obstat*) y que “esse inter liberos maxima et iniuriosa inequalitas”, “ut uno eorum instituto caeteris ignobile titulo velit pater satisfacere”.

(32) MATIENZO, gl. cit., nn. 63 y 65 (fol. 82).

(33) MATIENZO, gl. cit., n. 66 (fol. 82).

(34) SALA (Juan), *Ilustración del Derecho Real de España*, Lib. II Tit. V, número 24 (cfr. 2.ª ed., Madrid 1820, pág. 271).

zoso a quien el testador dejase por cualquier título menos de la legítima, sólo podrá pedir el complemento de ésta".

García Goyena (35), a la sazón Presidente de la Comisión codificadora, glosó la reforma observando que: "Por Derecho romano y patrio, para que tuviera lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuese por título de heredero; faltando éste, el testamento era nulo, aunque se dejase íntegra la legítima, ley 30, título 28, libro 3 del Código, Novela 115, capítulo 5; ley 5, título 8, partida 6; se atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa o al valor de lo dejado". "En el caso de preterición puede presumirse ignorancia o falta de memoria del testador; en el de este artículo, no; deben, pues, ser diversos los efectos y de mayor trascendencia en el primero que en el segundo caso".

El proyecto propugnaba, pues, por modificar de nuevo el concepto legal de preterición y eliminaba la posibilidad de ejercitar la querrela cuando en el testamento se hubiese dejado al legitimario algo a título diverso del de heredero (36). Su texto, ligeramente retocado gramaticalmente en el anteproyecto de 1882-1888 (37), y con la supresión ulterior del adverbio "solo" y la adición del inciso "que le corresponda" pasó a ser el actual artículo 815 del Código civil, que dice así:

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

Los primeros comentaristas del Código civil, unánimemente confirmaron que el sentido de la reforma fue la de posibilitar que la legítima se dejara *por cualquier título* (38). Llegóse a afirmar (39) que

(35) GARCÍA GOYENA (Florencio), *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, T. II —Madrid 1852— art. 645, pág. 96.

(36) La citada Ley 5 del tit. VIII de la Sexta Partida, en su § 3.º solamente sustituía la querrela por la *actio ad supplementum* si lo dejado al hijo le fuese dejado a título de institución: "*Otrosi dezimos que dexando el padre al fijo alguna cosa en su testamento como heredero, maguer non le dexasse toda la su parte legitima que deue auer según derecho, por todo esso dezimos, que non podría quebrantar el testamento; mas podría demandar, que aquellos que le menguaua de la su parte que deuia auer, que gelo cumpliesen*".

(37) E. Iart. 800 del Anteproyecto de 1882-1888 dice así: "*El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima, sólo podría pedir el complemento de la misma*". Nótese los únicos cambios de "dejase" por "haya dejado" y de "ésta" por "la misma".

(38) Así, MANRESA, que formó parte de la Comisión Codificadora (*Comentarios al Código Civil español*, vol. VI, art. 814, *coment.* 1.º, B, y art. 815 *precedentes*, 6.ª ed., Madrid, 1932, p. 349 y pp. 356 y s.; MANUEL DE BOFARULL (*Código civil español*, art. 815, cfr. 3.ª ed., Madrid, 1889, p. 258, nota 4); MARIO NAVARRO AMANDI (*Cuestionario de Código civil reformado*, T. III, art. 814, *cuestión* 2.ª —Madrid, 1890—, pp. 306 y ss.; NICOLÁS LÓPEZ R. GÓMEZ (*Tratado teórico legal del Derecho de sucesión*, T. I —Valladolid, 1891—, pp. 524 y s.); LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ (*Código civil español, comentado y concordado con el derecho foral vigente*, art. 815 —Barcelona, 1890—, T. III, p. 428); FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, VI-II, cap. XV, n. 111, 2.ª ed. Madrid 1910, p. 937); MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil, comentado y concordado extensa-*

“el testador que nombra heredero a un extraño en el remanente de sus bienes después de pagar sus legítimas a los forzosos, pero sin expresar que instituye a éstos, no obra contra lo dispuesto en la ley, y la institución no debe considerarse nula”. Posteriormente han seguido aquella interpretación muy ilustres autores (40). Incluso entre los sustentadores de la tesis de que el legitimario es siempre heredero (41), no sabemos de ninguno que haya pretendido sostener la persistencia del antiguo requisito formal de instituir herederos a los descendientes legitimarios.

La posibilidad de atribuir la legítima a título de legado fue confirmada por el Tribunal Supremo (42).

mente, T. XIV, arts. 813 a 817, III, C —cfr. 6.ª ed, Madrid 1944—, pp. 428 y siguientes); MODESTO FALCÓN (*Exposición doctrinal del Derecho civil común y foral*, Lib. III, cap. III, sec. II, párr. V, n. 11 —cfr. 5.ª ed. Barcelona 1897—, T. III, p. 238); GREGORIO BURÓN GARCÍA (*Derecho Civil Español, según los principios, los códigos y las leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, § 973 —ed. Valladolid 1898—, III, p. 311). (Puede confrontarse la reproducción de los textos pertinentes de estos autores en nuestras “Notas Críticas...”, notas 242 a 250, pp. 90 y ss.)

(39) Cfr. NAVARRO AMANDI, op. y vol. cit., art. 814, cuestión 1.ª *in fine*, p. 306.

(40) Así: MANUEL CALDERÓN NEIRA (*La colación en el Código civil*, en R. G. L. y J., 111, 2.º semestre 1907, p. 122); PÉREZ ARDÁ (*Preterición testamentaria parcial*, en R. G. L. y J., 122, 2.º semestre 1913, pp. 250 y ss.); FELIPE CLEMENTE DE DIEGO (*Institución de Derecho civil*, vol. III, lec. 90, Madrid, 1932, p. 231 *in fine*); JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español común y foral*, I-II, tema LXIII—4.ª ed. Madrid, 1939—, pp. 295 y s.); DE BUEN (*Notas al “Curso elemental de Derecho civil”*, vol. VIII—Madrid, 1928—, pp. 342 y 345); FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO (*Naturaleza jurídica de la legítima en Estudios de Derecho Sucesorio*, del Colegio Notarial de Barcelona, Curso de conferencias de 1945, p. 198); LACRUZ BERDEJO (*Notas al Derecho Sucesorio de Julius Binder*—Barcelona, 1953—, § 32, I, p. 293); DIEGO ESPÍN CÁNOVAS (*Manual de Derecho civil español*, vol. V, sec. III, cap. III, IV, p. 333).

(41) Cfr., especialmente GUILLERMO G. VALDECASAS (*La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, en R. Dr. Priv., XLVII, noviembre, 1963), quien ha negado que el art. 815 recoja la vieja *actio ad supplementum*, afirmando que sólo se refiere a la legítima como cuota de valor y no como cuota de reserva, que es atribuida por la ley directamente (n. II-3, pp. 968 y s.) y, sin embargo, admite que la preterición se excluye con la atribución al legitimario de alguna liberalidad testamentaria (II-2-, p. 956).

(42) SS. 16 enero 1895, 21 febrero 1900, 25 mayo 1917, 23 abril 1932. Esta última, en su segundo considerando, dice que “no existe preterición cuando el testador, lejos de omitir, mencione en su última voluntad la persona del heredero forzoso, aunque no le instituya, pero dejándole manda especial e inferior a lo que, por legítima, le corresponda, caso previsto taxativamente en los artículos 815 y 817 del citado Código”.

4. *Desaparición del deber de instituir herederos a los legitimarios en el Derecho catalán y en el balear.*

a) *En Cataluña*

La necesidad de instituir heredero al legitimario de la Novela CXV, cap. III, fue derogada en la Constitución dada por Pedro III (IV de Aragón) en las Cortes de Monzón de 1363 (43). Así lo hicieron notar los autores (44) y lo reconoció el Tribunal Supremo en varias sentencias de este siglo anteriores a la Compilación (45).

Hoy, el artículo 122 de ésta, siguiendo el mismo criterio tradicional, determina que el causante podrá atribuir a los legitimarios el valor patrimonial correspondiente a su legítima sea “a título de institución hereditaria, legado, donación o de cualquier otra manera”.

b) *En Baleares*

En Baleares regía en esta materia antes de la Compilación el sistema legitimario romano novísimo o justiniano de la Novela CXV. Pero ¿podía decirse que regía íntegramente?, ¿incluso en cuanto al requisito —de forma interna de los testamentos— de que en ellos se instituyera herederos, siquiera en cosa cierta, a todos los descendientes o ascendientes legitimarios?

Parece que no era así. Ya las *Ordinationis* de Arnaldo de Erill, dadas en 1363 por Pedro el Ceremonioso, establecían una rotunda separación entre *hereu* y *legitimants* (46). Costumbre de cuya persis-

(43) *Constitucions i altres Drets de Catalunya*, Lib. VI, Tit. II, Const. II, cap. I, inciso final: “E sis vol per dret de legat, o per cualsevol altra manera, posat que non per dret de institutio, de Fill, o de altres infants en lo testament sie feta, mentio, le testament perço no deja esser irratat, o esser dit irrat o mulle.”

(44) Cfr. JAIME DE MARQUILLES, *Commentaria Jacobi de Marquilles super Usatus Barchinenensis*, Usatje *Exheredare*, vers *Iuris quo* (cfr. ed. Barchinonae, 1505, fol. CCXXV vto.). Después de explicar que, según el Derecho común, “legitimam iure institutionis relinquere tenetur aliis testamentum esset nullum”, añade que “hodie non est nullum, etiam quo iure legatis non dicatur iure institutionis, immo tenet et valet ut usis in curia Montissoni domini regis Petris III, constitit in impuberibus”.

JACOBO CÁNCER (*Variorum Resolutionum Iuris Cesarei, Pontifici et Municipalis Principatus Cathalauniae*, Pars prima, Cap. III, n. 13) explicó que: “Iure vero speciali Cathaloniae quicumque relictis titulo, sive institutionis sive legati, pater potest filio legitimam relinquere et nihilominus testamentum valet, ut in const. 2 de pupilaris y altres substituets, ad fin” (cfr. ed. Novissima Lugduni, 1712, vol. I, p. 65), y ratificó (párr. III, cap. XX, n. 279) que: “In Cathaloniae tamen cum sufficiat filiis quidpiam relinquere, per vim legati, ut testamentum valeat”, y que “legatum factum simpliciter posthumo, trahatur ad omnem posthutum postea nasciturum” (cfr. ed. Lugduni 1683, vol. III, p. 385).

(45) SS. 26 abril 1904, 25 junio 1906, 2 julio 1924 y 4 febrero 1924.

(46) “... statim et e ordenam que estega en libertat del hereu donar a legitimants la porcio in pecunia o en cosas hereditarias.”

tencia certificó el Comité de consultas de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario en 1931 (47), al contestar que era antigua práctica inscribir las fincas de la herencia a nombre del heredero, “sin perjuicio de los derechos legitimarios”.

Hoy, del artículo 48, § 1.º, resulta que en Mallorca ni en Menorca (por ref. del art. 65) no es requisito formal la institución de los legitimarios, pues aquél dispone que: “*La institución del heredero y el legado a favor de quien resulta ser legitimario implicarán atribución de legítima...*”. Y menos aun en Ibiza y Formentera, puesto que allí se contrapone el “*heredero o donatario*” a “*los legitimarios*” (art. 82), porque el contenido regulado en los artículos 81, 82, 83 y 84 no corresponde al que pertenecería a un instituido heredero, y porque en el § 2.º del artículo 84 regula “*el legado, señalamiento o asignación de cosa específica imputable a la legítima*”.

5. ¿*Quid en Aragón?*

Como es sabido, los Fueros “*De testamentis nobilis*” y “*De testamentis civium*”, autorizaban a los padres para que “*unium ex filiis, quem voluerint, heredam facere*” y “*alias filiis de bonis suis quantum eis placuerint dimittendo*” [según el Fuero “*De testam. nobilis*”, o “*relinquendo*”, según el Fuero “*De testam. civium*”]. Con lo cual parece que el requisito formal de atribuir la legítima a título de herencia pudo circunscribirse, a voluntad del causante, a la institución de uno solo de los hijos (48).

(47) 3.ª y 5.ª consultas del Colegio Notarial de Baleares a la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, resueltas por el Comité de Consultas de ésta. en 18 noviembre 1931 y publicadas por el Colegio Notarial en folleto sin título, fecha ni pie de imprenta (según referencia de LUIS PASCUAL y GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca*—Palma de Mallorca, 1951—, tít. IV, cap. III, sec. IV, p. 212, nota 5).

(48) Sin embargo, el informe de la Sección que dictaminó sobre la sucesión testada en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1881, estimó que todos los hijos, pese a la desigualdad en lo económico que el padre podía dispensarles, tenían “igual derecho a participar del honor de representar la personalidad del padre”, que debía atribuirles “en concepto de herederos y no de legitimarios” la cantidad que les asignase. En el informe de la Sección que dictaminó sobre la sucesión testada en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1881 (cfr. JOAQUÍN COSTA, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*—Madrid, 1883—, cap. XI, pp. 381-385), y se expuso con referencia a la atribución del título de heredero a todos los hijos que, pese a la libertad del jefe de familia de distribuir su patrimonio entre los hijos desigualmente, sostuvo que “los hijos todos tienen igual derecho a participar del honor de representar la personalidad del padre y a que la cantidad que reciben de la herencia paterna sea en concepto de herederos y no de legatarios”. El *honor del nomen* y no su *contenido* aparecía, pues, como ratio determinante del *concepto* y del *deber* del testador de instituirlos.

Pero ese criterio, según reconoció la propia Sección, no correspondía al tradicional que partía de la existencia del deber de instituir herederos a todos los hijos.

Criterio tradicional que se han expresado diciendo que: “Dados el origen y evolución del Derecho aragonés, es lógico pensar que en su sistema de legítima colectiva, uno al menos de los sucesores forzosos ha de ser nombrado heredero” (49). Y así había sido refrendado por el Tribunal Supremo en S. S. de 30 noviembre 1900 (50), 30 de junio 1905 (51) y 28 octubre 1935 (52).

El Apéndice foral Aragonés no aclaró esta cuestión (53).

En cambio, en la reciente Compilación queda claro que la atribución a título diverso del de *institución de heredero* excluye la preterición, y por consiguiente, que se halla también descartada del Derecho de Aragón (54), el tipo de legítima formal, consistente en su aspecto positivo en el deber de atribuir la legítima a título de heredero.

6. ¿*Quid en Vizcaya?*

Releyendo los textos del Fuero de Vizcaya puede observarse que en ellos no aparece la exigencia de requisito formal alguno relativo al

(49) LACRUZ BERDEJO, *Notas cit.* al Binder, § 32, I, p. 895; y en *La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*, en *Atti della seconda assemblea internazionale di Diritto Agrario*, de Firenze, 30 sept.-4 oct. 1963, vol. III, p. 576 (Milano, 1964).

(50) La S. 30 noviembre 1900 dice en su primer considerando que: “si bien en Aragón los bienes de los padres constituyen la legítima de los hijos, como aquéllos pueden, según fuero, nombrar entre éstos su heredero universal, dejando a los demás lo que quisieren de sus bienes, es evidente que a los meramente legitimarios no les corresponde el carácter de herederos en el sentido expuesto, y que tal carácter sólo puede ser ostentado por el hijo a quien sus padres hayan designado al efecto en su testamento”.

(51) La S. 30 junio 1905, en su tercer considerando, estimó que en Aragón el padre puede “atribuir exclusivamente” el “carácter de heredero a aquel o aquellos de sus hijos a quienes al efecto quiere favorecer”.

(52) La S. 28 octubre 1935, en su cuarto considerando, razonó que, aunque los bienes de los padres constituyen en Aragón la legítima de los hijos, no corresponde a los meramente legitimarios el carácter de herederos, ya que dicho carácter sólo puede ser ostentado por el hijo a quien los padres hayan instituido como tal en su testamento.

(53) El art. 32 del Apéndice foral aragonés reguló, en su art. 32, tanto la *preterición* como la *desheredación que no tenga causa legítima*. Podría entenderse que el término *preterición* se emplea en el sentido de *no institución*, puesto que: α) contrapone a los preteridos o injustamente desheredados, “los demás, instituidos por parte iguales” (§ 2.º) y “los instituidos” (§ 3.º); β) expresa que las porciones a las que aquéllos tienen derecho “se detracerán de las legítimas de los instituidos a proporción de la cuantía respectiva” (§ 3.º); y γ) la salvedad de los legados y liberalidades de los efectos de la preterición o de la injusta desheredación la circunscribe de modo expreso, sin hacer distinción de personas, “en cuanto quepan en el tercio libre” (§ 4.º); mientras en el párrafo siguiente (§ 5.º) se ocupa de los legados y liberalidades “a favor de personas extrañas a la descendencia legítima del testador”—calificación de beneficiarios que no hace el precepto anterior—que “rebasen el límite de dicha tercera parte”.

(54) Así aparece clara la equivalencia de la “legítima formal” a “ser nombrados, o mencionados al menos, en el testamento que los excluya” (art. 120, § 1), y la identificación de la preterición total a la “falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios” (art. 122).

título dado por el cual hubiera de verificarse necesariamente la atribución al hijo, descendientes o ascendientes, a quien se le dejara toda la hacienda conforme lo autorizado en el Fuero. La ley XI, tit. XX, en su rúbrica, emplea los términos “dejar su hacienda”, y, en su texto, se lee que “puedan dar, así en vida, como en el artículo de la muerte, a unos de sus hijos o hijas legítimos, o a...”, etc. La ley VI, tit. XXI, explica cómo “marido y mujer ambos conjuntamente pueden dar, y donar, o mandar lo suyo a uno de sus hijos...”, y cómo, cada uno de ellos de por sí, el uno sin el otro, puede “disponer de su mitad entre los dichos descendientes, o..., según y de la forma que de suso está declarado” (55). Expresiones “dejar”, “dar, así en vida, como en el artículo de la muerte”, “mandar”, “disponer”, no equivalentes técnicamente a *instituir heredero* y exentas de todo el rigor formalista de la Novela CXV o de la ley 5.^a del tit. VIII de la Sexta Partida (56).

Es cierto que Solano y Polanco (57) explicó que el Fuero facultaba “a los padres para nombrar heredero a un solo hijo en el caserío familiar”, y que, por lo tanto, “la institución de heredero en el Fuero, es libre entre los hijos, si bien hace siempre de éstos herederos forzosos...” (58). Y también es verdad que se ha insistido en comentar

(55) Con semejante terminología, la ley XV del mismo tit. XX del Fuero de Vizcaya, refiriéndose a los bienes que los vecinos de las villas tienen en la Tierra Llana, concluye que sean admitidos para la tal raíz los tronqueros profincos “cómo y según se admiten a los bienes que posean, venden y mandan los vizcaínos, vecinos de la Tierra Llana” [subrayamos nosotros la palabra *mandan*]. La ley XVI, al reglamentar que la raíz comprada sea de la misma condición que ha heredado, dispone que “no puede ser dado, ni mandado a extraños, salvo al heredero y profinco, que de derecho conforme a este Fuero, lo debe heredar” [los subrayados también son nuestros]. Y la ley XIX, referente a las sepulturas, previene que “si caeciere que alguno que tenga casa y solar con su casería, y huesas en su iglesia, la dotare e donare o en su fin mandare, y dejare a algún hijo o descendiente, o heredero suyo” (seguimos subrayando).

(56) Aún cuando el Fuero llama “heredero” a todos los parientes con derecho a la legítima troncal o a ser apartados (“tal hijo, o heredero”, “a falta de herederos descendientes” dice la ley XVII del tit. XX; “salvo al heredero, y profinco, que de derecho conforme a este Fuero la debe heredar”, dice la ley XVI del mismo título) y denomina “heredero principal”, al que se le “dotare, donare o, en su fin, mandare, y dejare, la casa y solar con su caserío y huesas en su iglesia” (ley XIX), en cambio, en lugar alguno exige al testador que emplee tal denominación. A “elegir heredero” (en su rúbrica) y hacer (“institución o instituciones de heredero”, y a “hacer la elección e institución y nombramiento de heredero o herederos” (en el texto) solamente la ley III del tit. XXI. al ocuparse de determinar las facultades del comisario, que supedita a “que el testador”, “en su testamento y postrimera voluntad, no haya nombrado ni declarado a cuál de sus hijos, o descendientes, o sucesores le hayan de heredar, o los comisarios nombrar y elegir”, pero notemos que este texto sólo trata de facultar a lo más —instituir herederos— no de imponer fórmulas para atribuir los bienes que integran la legítima colectiva.

(57) SOLANO Y POLANCO (José de), *La troncalidad en el Fuero de Vizcaya* (Bilbao 1918), cap. V, pp. 252 y s.

(58) Este criterio de que en la legítima colectiva —en Vizcaya como en Aragón— uno al menos de los sucesores forzosos ha de ser nombrado heredero, lo expresó Lacruz Berdejo (Notas cit. § 32, I, p. 295) y pareció abundar en el

(59) que la libertad del Fuero “consiste en el derecho de elegir, entre el grupo de herederos llamados por la ley, aquél que ha de recibir los bienes”, y que se ha hablado de la “designación del heredero único”.

La vigente Compilación en el § 1.º del artículo 23 declara que: “El testador podrá distribuir la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior o elegir a uno de ellos apartando a los demás”. Sin que este precepto ni otro alguno exija que la atribución o la elección se hagan a título de heredero.

Recordemos que la legitimia colectiva vizcaina y la facultad de apartar a todos excepto a uno de los que tienen expectativa a ella, juegan —como hace notar la Exposición de Motivos de la Compilación vizcaina alavesa— sirviendo con fidelidad la *ratio legis* del Fuero, en cuanto éste principalmente despliega sus instituciones en homenaje a la intangibilidad del caserío, al sentido funcional del patrimonio familiar vizcaino, o, como dice líneas antes, “centrando y acotando el Derecho foral sobre la unidad patrimonial de cada caserío y sus pertenecidos”. Pero, por otra parte, es de notar que esa función no la realiza el Derecho vizcaino con normas imperativas, sino a través de la libertad de testar circunscrita dentro de cada grupo familiar, y confiando en el buen criterio del padre de familia rectamente formado por las costumbres sanamente vividas y las tradiciones familiares inmemoriales. Lo normal es que el testador instituya un único heredero si sólo cuenta con un caserío, o que, tal vez, cuando disponga de varios, designe distintos herederos, uno por cada caserío y sus pertenecidos.

Pero dada esa libertad de testar básica en el Derecho foral, ¿hay obstáculo para que el causante distribuya en legados toda la legitimia foral o una parte por lo menos? No vemos incompatibilidad para ello. Especialmente en el caso de que el testador no tenga descendientes legitimarios, o bien cuando se trate de un causante vizcaino que sea residente en una villa y que deje bienes troncales en la Tierra llana, supuestos en los cuales parece perfectamente ortodoxo que se disponga de los bienes troncales a título de legado y en el primer caso, que se instituya heredero a un no tronquero, recibiendo este instituido los bienes no troncales, que pueden ser los más valiosos.

Lo evidente es que la Compilación no exige al testador que atribuya el *nomen* de heredero al favorecido con la totalidad de la herencia o con bienes troncales y que menos aceptable sería aún entender, fuera de su letra, que tal omisión nominal, o la atribución por otro título,

mismo ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE (*Variabilidad e intangibilidad de la legitimia vizcaina*, I, en Estudios Deusto, n. 11 —enero-junio 1958—, p. 116), al afirmar que: “Dentro de cada uno de los grupos enumerados el testador posee libertad para elegir heredero...”.

(59) CELAYA IBARRA (Adrián), *Vizcaya y su Fuero Civil*, III Parte, II, c. página 281 (Pamplona 1965).

puñieran ocasionar consecuencias de nulidades que irían en contra del espíritu nada formalista del Derecho vizcaino y contra la voluntad del causante.

7. ¿*Quid en Navarra?*

En Navarra hay absoluta libertad de testar en sentido material, pero ¿existe formalmente la obligación de instituir herederos a quienes tienen derecho a la legítima foral? La cuestión ha sido discutida tratándose de precisar si la legítima foral debe dejarse a título de heredero; es decir, si debe instituirse en ella a los que tengan derecho a la misma (60).

Sin embargo, parece que la doctrina se inclina por la validez del testamento aunque no contenga institución alguna de heredero (61). Especialmente, tampoco parece esencial que, como requisito formal, se atribuya a título de heredero la legítima foral, porque:

1.º) La propia ley de Cortes de Pamplona de 1668, que consagró la libertad de testar, declaró que ésta tendrá efecto “no sólo quedando *instituido* a un hijo, *dejando* a los demás solamente la dicha legítima,

(60) Cfr. ALONSO (José), *Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes del Antiguo reino de Navarra*, Comentario al Tít. I, Lib. V (cfr. ed. Pamplona 1964, vol. 1, p. 314), quien al discutir la necesidad o no de instituir heredero en toda o en parte efectiva de la herencia o si bastaba instituir en la legítima foral afirmó que: “Por punto general parece que basta la institución de heredero en la legítima foral”.

(61) No hay ley alguna en Navarra que disponga la necesidad esencial de la institución de heredero, reconociendo Morales en su *Memoria* que los requisitos formales romanos acerca de la institución de heredero para la validez del testamento, no son comprensibles en Navarra, dada la institución formularia de herederos y la libertad de testar (cfr. “Derecho Civil Vigente a Navarra”, de la Biblioteca Judicial, vol. II —Madrid 1888, pág. 99). LACARRA (*Instituciones de Derecho Civil Navarro*, arts. 763 a 773, cfr. ed. Pamplona 1932, pp. 148 y ss.) observó que según la ley 16, tít. 13, lib. 3 de la Novísima Recopilación Navarra los padres tienen libertad de disponer *como quisieren* dejando a los hijos la legítima foral, y que por tanto, no hay obstáculo legal en que distribuyan la herencia en legados; citó la S. de 2 de marzo de 1926 que aceptó la validez de un testamento en que no se había instituido heredero en la nuda propiedad y aunque sí en usufructo había premuerto el así instituido, pero se había determinado el destino de todos los bienes, y no aceptó el escrúpulo de Alonso respecto a la transmisión en ese caso de las acciones activas y pasivas, ya que entendió que el problema no tenía lugar en Navarra porque el principio romano *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, no responde al espíritu de la legislación navarra y no debe aplicarse a ella. En igual sentido cfr. LACRUZ BERDEJO (*Notas* cit. al Binder, § 10, III, p. 99); ARRIAGA SAGARRA (José Miguel) (*Libertad de testar legítima foral y desheredación en el Derecho navarro*, Pamplona 1948, capítulo III, pp. 22 y s.) y Juan García Granero, José Javier Nagore Yarnoz, Jesús Aizpún Tuero, Alvaro D'Ors Pérez-Peix, José Javier López Jacoisti y José Arrégui Gil en sus *Notas a la “Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra”* (Pamplona 1961, nota a la ley 174, pp. 148 y s.).

sino también cuando se *instituyese* o dispusiere a favor de un extraño, dejando a los demás hijos solamente la dicha legítima" (62).

2.º) Al hijo al que se hubiesen donado bienes no es necesario atribuirle la legítima foral en el testamento, según la práctica jurídica usual en Navarra (63). Criterio que vemos recogido en la Ley 235, § 2.º del Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra, de la Comisión Compiladora de 1959, y en la Ley 229 del Proyecto privado de 1967.

II. EVOLUCIÓN Y MOMENTO ACTUAL DEL CONCEPTO DE PRETERICIÓN

A) Derecho romano y Derecho castellano.

8. En Derecho romano

Los deberes formales de carácter legitimario han sido distintos en los diversos periodos de la Historia del Derecho y varían en el panorama del Derecho comparado, en términos que han oscilado entre el deber de no preterir y el deber de no desheredar sin justa causa. Pero, por otra parte, estos dos deberes no han tenido siempre los mismos linderos.

Así, la preterición se ha estimado, con discrepancia de sistemas y épocas, centrada variablemente en alguno de los siguientes supuestos:

α) Si el legitimario *no hubiera sido instituido heredero ni desheredado formalmente*, aun cuando para esa desheredación formal no se requiriera causa alguna.

β) Si el legitimario *no recibiese nada* del causante, sea por disposición testamentaria o —en algún sistema— por disposición testamentaria o por otro cualquier acto lucrativo, *ni se le hubiese excluido expresamente*; o, en algunos sistemas, *apartado formalmente* en el caso de no recibir nada real y efectivo.

γ) Si el legitimario *no hubiese sido ni siquiera mencionado*, bien sea individualmente o bien de modo genérico, según los supuestos y sistemas.

Del primer supuesto ya nos hemos ocupado (en el apartado núm. I de este trabajo). Ahora (en este apartado núm. II) vamos a ocuparnos de los otros conceptos de preterición que no siempre han aparecido puros, sino que en ocasiones se han entrecruzado e interferido. Pero, previamente a entrar en el examen propiamente dicho del enunciado del presente apartado, creemos conveniente hacer un rápido examen histórico de las variaciones del concepto de preterición, y paralelamente su comparación con el desheredación injusta, aunque limitándola a sus espectivos supuestos y dejando para más adelante el examen de sus efectos correspondientes.

(62) Cfr. ARRIAGA, op. y cap. cit., p. 22 (los subrayados son suyos para destacar las palabras decisivas).

(63) Cfr. GARCÍA GRANERO, NAGORE, AIZPÚN, D'ORS, LÓPEZ JACOISTI y ARREGUI. *Notas cit.*, nota a la ley 229, p. 159.

En el Derecho romano clásico los linderos entre ambas instituciones fueron los que separaron la *praeteritio*, de una parte, y el *testamentum inofficiosum*, de otra.

La *praeteritio* del *ius civile* de hijos *sui*, daba lugar al *ius descendendi nullum* del testamento en el caso de no instituirlos ni desheredarlos *nominatim* (—*Titius filius meus exheres esto*); y la de los demás *sui* (hijas y nietos en potestad del testador) daba lugar a la *in partem adcreocere* en caso de no instituirlos ni desheredarlos, al menos *inter coeteros* (*ceteri omnes exheredes*) (64). Y la *praeteritio* del *ius praetorium*, extensiva a los *liberi* (en general varones emancipados, ya fueran hijos o bien nietos hijos de un hijo emancipado del testador y premuerto), daba lugar a la *bonorum possessio contra tabulas*, en caso de no haber sido instituidos ni exheredados *nominatim* (65). La madre no tenía necesidad de instituir o desheredar a sus hijos, nacidos o póstumos, e igualmente el abuelo materno a sus nietos (66).

La inoficiosidad comenzó a estimarse más tarde simultáneamente al nacimiento de su remedio la *querella inofficiosi testamenti*, elaborada por la práctica del Tribunal de los *centumviri*, que en la época de Trajano ya aparece como institución estable (67). Se daba en el supuesto de que a los *liberi* se les hubiese exheredado en contra del *officium pietatis* (68), o cuando se hubiese faltado a dicho *officium* respecto de los demás descendientes que no era preciso instituir o exheredar (es decir, los que se hallasen bajo potestad de otro, vgr., los nietos, hijos de una hija premuerta, en potestad del padre) (69), o por la madre respecto a sus descendientes (70) y, más tardíamente, en general, para con los ascendientes o los hermanos y hermanas postpuestos a *turpis persona*, en aquellos casos en que al rescindir el testamento les debiera corresponder la sucesión *ab intestato* (71). Esta se otorgaba en el caso de prosperar la *querella* siguiendo la pauta de la *bonorum possessio contra tabulas* (72).

El ejercicio de la *querella* requeriría que el testamento no pudiera invalidarse por el *ius descendendi nullum* del *ius civile* ni por la *bonorum possessio contra tabulas* del *ius praetorium* (73). Como requisito posi-

(64) Cfr. FRITZ SCHULZ. op. cit., nn. 460, 461 y 462 pp. 254 y ss.

(65) Cfr. FRITZ SCHULZ. op. cit., nn. 468, 469 y 470, pp. 258 y ss.

(66) Instit. II-XIII, § 7.º

(67) Cfr. SCHULZ, nn. 476, 477 y 478, pp. 262 y s.

(68) "Inofficiosum dicitur testamentum, quod frustra liberis exhereditatis non ex officio pietatis videtur esse scriptum" (SENTENTIAE PAULI, tit. *De inofficiosi querelle*, 4, 5).

(69) Cfr. SCHULZ, n. 479, pp. 263 y s.

(70) Cod. III-XXVIII, 15: "Filiam praeteritam a matre ad successionem eius ultra inofficiosi querellam adspirare non posse, explorati iuris est".

(71) Cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, § 579, trad. al italiano con notas de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa —Torino 1925—, vol. III, pp. 248 y siguientes.

(72) Cfr. WINDSCHEID, op. y vol. cit., § 584, pp. 260 y ss., y SCHULZ, op. cit., n. 482, pp. 264 y s.

(73) Cfr. WINDSCHEID, § 585, ap. final y nota 10, p. 269.

tivo, era preciso que el testador hubiese faltado al *officium pietatis* (74). Falta que se concluyó por considerar que se daba en aquellos casos en los cuales el Tribunal no estimara que el testador había tenido razones suficientes que justificaran que no les hubiese dejado nada, o bien —antes de surgir la *actio ad supplendam legitima*— cuando les hubiera dejado menos del mínimo estimado (75). Su montante se fijó en la atribución de la *cuarta pars* o *portio legitima*, ya fuera a título de institución, de legado o de *donatio mortis causa* (76), porción a la cual, en ciertas circunstancias, podían imputarse determinadas liberalidades (77).

En el Derecho de la Novela CXV, según la opinión preponderante entre los romanistas modernos (78), Justiniano equiparó la exclusión de la institución de heredero y la exclusión de la legítima material, derogando el *ius civile* y el *ius praetorium* en materia de preterición, y fusionando sus acciones correspondientes con la *querella inofficiosi testamenti* en su nueva reglamentación. Sin embargo, no fue esta opinión la que preponderó entre los autores del Derecho común, que discutieron sin tregua cuáles eran sus linderos (79).

9. En el Derecho histórico de Castilla.

La distinción entre desheredación injusta y preterición aparece clara en la ley 1 del tít. VIII de la Sexta Partida, que distingue:

α) De una parte la *desheredación a tuerto e sin razón*: “*El fijo o nieto del testador, o alguno de los otros que descenden del por la línea derecha, que ouissen derecho a heredarle si muriessse del por la línea derecha, que ouissen derecho a heredarle si muriessse del por la línea derecha, que ouissen desheredado a tuerto e sin razón, puede fazer querella al Jues, para quebrantar el testamento en que lo ouiese desheredado...*” “... *E tal demanda como esta es llamada en latín Querrela inofficiosi testamenti, que quier tanto dezir, como querella que se fase de testamento que es fecho contra el oficio de piedad, e de merced que el padre ouira auer del fijo*”.

β) Y de otra parte la preterición: “*Pero si el testador sobredicho, quando estableciesse el heredero, no fiziesse emiente en el testamento, de aquel que auia derecho a heredar, heredandolo, nin desheredandolo, el testamento como este non se quebrantaria; pero non vale nin*

(74) Cfr. SCHULZ, n. 485, pp. 265 y ss.

(75) Cfr. WINDSCHEID, § 581, p. 352, y SCHULZ, n. 480, p. 264.

(76) Cfr. WINDSCHEID, § 583, pp. 258 y s., y SCHULZ, n. 482, p. 264.

(77) Cfr. WINDSCHEID, § 581, pp. 252 y ss.,

(78) Cfr. WINDSCHEID, §§ 591 y 592, pp. 283 y ss., y PAUL JORS y WOLFGANG KUNKEL, *Derecho Privado Romano* (Trad. española de la 2.ª ed. alemana, por L. Prieto Castro, Barcelona, 1932), § 210, n. 2, nota 4 (p. 468).

(79) Así reconoce el mismo WINDSCHEID (*op. cit.*, § 592, nota 6, p. 289) que las Basílicas y la Glosa entendieron que el derecho de la preterición no había sido abolido por la Novela CXV. Cfr., asimismo, en ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, cap. XI, nn. 1 y ss., ed. cit., p. 134), sus citas de Bartolo, Baldo, Alexandro, Jasón, Salyceto, Angelo, Paulo de Castro, Cumanus, Decio, Juan de Imola, etc.

es nada. E porende, pues que non deve valer, non se puede quebrantar...”.

Y la ley 10 del título VII de la misma Partida definió la preterición: “*Praeteritio, en latin, tanto quiere dezir en romance, como pasamiento que es fecho calladamente, non faziendo mención en el testamento, de los que auian de heredar lo suyo por derecho*”. aclarando despues el modo de preterir: “*non faziendo emiente de su fijo, heredandolo nin desheredandolo*”. Por eso Gregorio López en su glosa a estas dos últimas palabras explicó que: “*praeteritus dicitur qui non fuit institutus, neque exheredatus, unde licet de eo alias facta mentio in testamento, dicitur praeteritus*” (80). Es decir, que la simple mención no excluía la preterición.

La distinción entre los supuestos de la *querella inofficiosi testamenti*, del *ius dicendi nullum* y de la *bonorum possessio contra tabulas* permanece viva en los autores castellanos (81).

Aparte de la cuestión de si la preterición efectuada por la madre debía considerarse como tal o como desheredación injusta (82) o de si la preterición del emancipado daba lugar al *ius dicendi nullum* o sólo a la *bonorum possessio contra tabulas* (83), se debatió la frontera de ambos vicios, y especialmente en:

α) La preterición hecha expresamente, ya sea sin indicación de causa o bien con expresión de ella (84).

β) La desheredación hecha sin expresión de causa.

γ) La disposición de la legítima a título de legado.

También se planteó si el hijo instituido en cosa ajena debía entenderse preterido (85) —al contrario que en caso de ser instituido en cosa inexistente, caso en el cual el testamento se reputaba nulo (86)— y si le hijo a quien el padre entregó en vida la legítima podía anular el testamento por preterición (87).

(80) Cfr. esa Glosa de GREGORIO LÓPEZ, traducida al castellano en las Siete Partidas, ed. y vol. cit., p. 548, gl. 76.

(81) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “*lo quebrantasse*”, de la ley 7, tit. VIII, 6.ª Part. (cfr. ed. cit.—Barcelona, 1843—, vol. cit., p. 569, gl. 45); ANTONIO GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super Legibus Tauri*, lex XXIV, n. 1, vers. Sexto y Séptimo (cfr. ed. Salmanticae. 1575, fol. 90); DIEGO COVARRUVIAS, *Iur. tit. de Testamentis...*, cap. Raynutius, *Ex capite*, nn. 1 a 6. (ed. y vol. cit., pp. 65 y ss.).

(82) Cfr. ANTONIO GÓMEZ, *Variac...*, cap. cit., n. 1 (cfr. cit., p. 134), y GREGORIO LÓPEZ, versículo final de la Glosa a las palabras “*Contra el officio de piedad*” de la ley 1, tit. VIII, Sexta Partida (ed. y vol. cit., p. 563).

(83) Cfr. ANTONIO GÓMEZ, *Opus praeclarum... super Legibus Tauri*, Lex XXIV, n. 1, vers. Sexto (fol. 89). y COVARRUVIAS, loc. últ. cit., nn. 2 a 5, pp. 65 y s.

(84) V. gr., con esta fórmula “a tal hijo mío lo dejo preterido, no lo instituyo ni lo desheredo”. añadiendo o no el *por qué* de esta actitud.

(85) Cfr. DIEGO CASTILLO, *op. y lex cit.*, n. 46, fol. 117, opinó que: “Si temen relinquitor filio res aliena in testamento titulo institutionis, valet cum debeat aestimatio”.

(86) DIEGO CASTILLO, n. 45, fol. cit.: “Testamentum est nullum in quo filius est institutus in re non stante.”

(87) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, glosa a las palabras “heredándolo nin deshere-

En general se estimó que preterición expresa y desheredación significaban lo mismo (88). Y, efectivamente, la ley 10, tit. VII de la 6.^a Partida expresó como equivalentes los supuestos en que “*el padre non dixesse en su testamento razón cierta, por que desheredava a los que descien den del, o por que non fazia enmiente dellos en su testamento*”. Pero se tendió a aplicar el remedio de la nulidad a ambos supuestos si no se hubiere expresado la causa y el de la querella, también a ambos si se hubiese expresado la causa (89).

Sin embargo, Covarrubias (90) opinó que tanto a la preterición expresa como la desheredación verificadas sin expresión de causa les correspondía el remedio de la *querella inofficiosi testamenti* y no el de la acción de nulidad del testamento, pues en el Derecho anterior a las Novelas al hijo desheredado sin expresión de causa no le com-

dándolo” de la ley 10, tit. VII de la Sexta Partida, se inclinó por estimar que no era posible tal impugnación, dado que ninguna injuria se le causó al hijo (cfr. ed. y vol. cits., p. 548, gl. 76).

(88) Así: GREGORIO LÓPEZ, en su glosa a las palabras “*o por que non fazia enmiente dellos*”, de la ley 10. tit. VII. Part. Sexta (cfr. en castellano, vol. cit., p. 549, nota 81), estimó que: “*si enim apponeret verba privativa, tunc esset exhereditatio, et non praeteritio*”, y que “*ista lex Partitarum indistincte loquatur*”. DIEGO CASTILLO, *op. cit.*, ley XXV, n. 56, vers. *Praeteritio* (fol. 54 vto.): “*praeteritio est sine causa exhereditatio*”... “*istud est propie, sed impropie sit etiam cum causa et tunc dicitur exhereditatio*”. COVARRUBIAS, loc. últ. cit., *Ex capite Raynutius*, n. 2 *in fine* (ed. y vol. cits., p. 65): “*institutio heredis fieri debet nominatim, et tamen constat aequipollentibus verbis posse quam heredem institui, nempe his verbis: Titius hereditatis mee dominus esto... aut Sempronius sit bonorum omnium dominus... Sic etiam exhereditatio non est necessario ita superstitiosus verbis concipienda, quin et valeat hac forma concepta: Non instituo filium meum heredem, quia me verberavit, aut praetereo filium meum...*”.

(89) La citada ley 10 del tit. VII de la Sexta Part. dio base a esta solución, al explicar que “*ha menester, que quando el padre quisiesse que vala su testamento, e ouier sabor de desheredar su fijo en él, que muestre razón cierta por lo que hace, nombrándolo diciendo señaladamente que por aquella razón lo deshereda: ça de otra guisa non valdría el testamento*”. GREGORIO LÓPEZ, al glosar las palabras “*ça de otra guisa non valdría*” (cfr. ed. y vol. cits., p. 549, gl. 79), dice que ese texto aprueba la opinión de Bartolo, Baldo y Salyceto, y que reprueba la de Fulgosio y de Imola, al comentar la Authent. *Ex causa*, quienes sostenían que, aun por derecho de las Novelas, el testamento no era nulo, por más que la desheredación se hubiese hecho sin expresión de causa legítima y que, por consiguiente, en este caso, era menester rescindirlo por la querella.

La misma distinción y opinión expresaron ANTONIO GÓMEZ, “*Variac...*”, cap. XI, n. 3, *argum.* (ed. cit., p. 135), donde concluye: “*Quae iura simpliciter, et generice loquuntur, aequiparando praeteritionem et exheredationem sine causa, ut sit nullum testamentum, et cum causa, ut mero iure valeat: sed possit impugnare causa non probanda*”. Criterio seguido por el jesuita Luis de Molina, “*De Iustitie et Iure*”, Tract II, Disput CLXXV, n. 28 (cfr. ed. Novissima Colloniae Allobrogum, 1733, vol. I, p. 392).

(90) COVARRUBIAS, *op.*, caput. y capite cits., n. 6 vers. *Displicet tamen* y vers. *Novella etenim constitutio* (ed. y vol. cits., p. 66), quien añade que por otra parte las palabras de los textos griego y latino del § *Si autem* de dicha Novela indican mejor la posibilidad de rescisión que de nulidad *ipso iure*, y, finalmente, que en ella Justiniano no sancionó ni estatuyó de nuevo, que preterido o desheredado sin causa, el hijo pudiese por ello reclamar la nulidad del

petía el *ius dicendi nullum*, sino la *querella*, lo cual no fue corregido en la Novela CXV. Por otra parte, opinó que al *non valdría* de la ley 10 del Tít. VIII de la Sexta Partida, aun referido expresamente al testamento, no parece que pudiera dársele un riguroso sentido de nulidad (91); sino que esta ley (92) y la 4 del Tít. VIII de la misma Partida (93) —en opinión del propio Covarrubias (94)— “*tantum probari, querelae locum esse omnino facta exheredatione, et probata causa ingratitudinis, quae tamen a testatore nominata non fuerit; quod Imola et sequaces minima negant*” (95).

Estos argumentos muestran que la desheredación que evita la pre-

testamento de su padre, sino que, aun rescindida o irrita por causa de preterición o de desheredación la institución de heredero, el testamento en lo demás se mantuviera firme.

(91) Nótese que, a la inversa, Gregorio López, en sus glosas primera y séptima, a la ley 7 del tít. VIII de la Sexta Partida (cfr. en versión castellana ed. y vol. cit., pp. 568 y s., gls. 39 y 55) entiende “*quebrantando*” y “*lo quebrantasse*” en sentido lato “*sive ex causa exheredationis sive ex causa praeteritionis*”, “*et quod it dicit quebrantando, intellige largo modo, et procedat etiam evacuat, seu annullato testamento ex causa praeteritionis*” (gl. 1.ª; y: “*Sive per querelam sive per ius dicendi nullum, vel per bonorum possessionem contra tabulas*” (gl. 7).

(92) Los dos últimos apartados de la Ley 10, tít. VII, Sexta Part., dicen así: “*Pero dezimos que maguer diga el padre en su testamento razón cierta porque deshereda su fijo, o su nieto, que non deve ser creydo, a menos de la prouar el mesmo, o aquellos que establescio por sus herederos. E si por ventura el padre non dixesse en su testamento razón cierta, por que desheredaua a los que descenden del, o por que non fazia enmieste dellos en su testamento, non la podría después mostrarse el heredero, nin deve ser oydo sobre esta razón; maguer diga, que él prouara contra el fijo, que erró en tal manera contra el padre porque deuía ser desheredado: ante dezimos, que el fijo deve auer la heredad de su padre, e el otro extraño que fue escrito en el testamento non deve auer ninguna cosa*”. Covarrubias (loc. últ. cit.) explica ambos supuestos con esta contraposición: “*querela proposita, et ex ea rescisso testamento, eo quod causa ingratitudines nominata non fuerit a testatore, poterit filius exheredatus agens ex intestati causa ad patrem hereditatem, repelli exceptione ingratitudinis obiecta et ipsa ingratitudine probata*” (n. 7, p. 66); y: “*si causa ingratitudinis a parente expressa probetur vera, querela effectum non habebit*”..., e: “*Immo filio suo praeterito causa inserta ipsius ingratitudinis vires assumitur testamentum, si causa ille vera probetur*” (n. 8, p. 67).

(93) La ley 4, tít. VIII, Partida Sexta, contrapone, entre las razones “*porque non se quebranta el testamento, en que alguno fuesse desheredado*”, el del desheredado por el testador “*por tal razón*”, si el heredero esto non pudiese prouar, que el otro fizo el yerro por que le desheredó el testador”, y la de que “*si alguno que fuese desheredado, cayasse e non querellasse fasta cinco años después que el heredero ouisse entrado en la heredad del testador, que los cinco años en adelante non se podría querellar; e maguer se querellasse, queriendo mostrar razón por que non deuía ser desheredado, non due ser oydo*”. (Notemos que en este segundo caso no se distingue si se había o no expresado la “*razón por que non deuía ser desheredado*”, es decir, el defecto de la desheredación dispuesta por el testador).

(94) COVARRUBIAS, loc. últ. cit., n. 6, vers. final (p. 66).

(95) Cfr. en sentido contrario la alusión a la opinión de Imola, que hizo Gregorio López en su glosa a las palabras de la ley 10, tít. VIII, Sexta Partida, “*ça de otra guisa non valdría*” —que hemos referido *supra* en nuestra nota 89 de este epígrafe—, entendiendo tal opinión contradicha por esa ley.

terición puede hacerse con palabras que literalmente no declaren la desheredación. Pero, ¿*quid* del otorgamiento de un legado a un hijo sin instituirle ni desheredarle? Para los autores que no estimaron suficiente, aun después del Ordenamiento de Alcalá, sea en caso alguno o bien en algunos supuestos, ese modo de atribución de la legítima (96), ¿significaba preterición o desheredación injusta? La 6.^a Partida, en su tít. VIII, después de decir en su ley 1.^a que el testamento que no nombrase al hijo “*heredándolo, nin desheredándolo*”, tal testamento “*non se quebrantaría; pero non vale, nin es nada*”, “*pues que non deve valer, non se puede quebrantar*”, expresa en su ley 5 que si su parte legítima se dejase al hijo “*non como a heredero, mas como en razón de manda, estonce podría quebrantar el testamento*”. Esto nos lleva, por lógica, a no estimar ese caso como de preterición, sino de desheredación tácita. Pero Gregorio López, al glosar la palabra “*quebrantar*” de ese inciso, observa: “Dicendo de nullitate contra testamentum, cum tale testamentum, in quo deficit institutio filia, est nullum” (97). En cambio, Vázquez Menchaca entendió que no era supuesto del *ius dicendi nullum*, sino de la *querella inofficiosi testamenti* (98).

En el período anterior a la Codificación predominaron: la opinión de que la desheredación hecha sin expresión de causa no significaba preterición (99), y la de equiparar los términos *romper* y *anular*, dando por extinguido el *ius dicendi nullum* (100). Y ese criterio llevó a que el artículo 669 del Proyecto de 1851 situara en el ámbito de la desheredación injusta las *hecha sin expresión de causa o por una que no sea de las legales o cuya certeza no haya sido probada* (101). A la par que, conforme al proyectado artículo 645, ya no podía considerarse

(96) Cfr. *supra*, I, n. 2.

(97) GREGORIO LÓPEZ, glosa 3 a la ley 5, tít. VIII, Sexta Partida (cfr. en castellano, ed. y vol. cits., pág. 566, gl. 26).

(98) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. cit., lib. III, § 20, n. 245, fol. 224 —para cuyo supuesto entendió, “tenemus testamentum valiturum mero iure, licet querelae subiacet— y n. 263 (fol. 226) —“*hodie ad creationem testamenti, eiusque primordiale validitatem non sit necesse legitimam titulo institutionis relinque, sed tantum ad querelam evitandam, per quam testamentum initio validum infirmari potest*”.

(99) SANCHO LLAMAS Y MOLINA (*Comentarios a las Leyes de Toro*, ley XIV, n. 20, cfr. 3.^a ed. Madrid, 1853, vol. I, p. 437); JOAQUÍN ESCRICHE (*Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*), 3 ed., Madrid, 1847, t. I, p. 633; FLORENCIO GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 669, p. 112. Se había inclinado anteriormente por esta opinión, aunque de modo vacilante, SALA (op. y vol. cits., lib. II, tít. V, n. 27, p. 174). En contra, con vacilaciones, BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*), vol. III, cap. IV, § X, art. 2.^o (ed. Madrid, 1863, p. 427).

(100) Cfr. nuestras “Notas críticas...”, n. 17, locs., cits., p. 62.

(101) La misma equiparación se mantuvo en el anteproyecto 1882-1888, con parecidas palabras referidas a la desheredación hecha sin expresión de causa o por causa cuya certeza no se pruebe, o que no sea una de las legales (cfr. ed. concordada por M. PEÑA. pp. 256 y s.).

como preterición ni como desheredación la atribución a título singular de la legítima (102).

B) *El concepto de la preterición en el Código civil.*

10. *Exégesis del artículo 814 C. c.*

El Código civil dedica a la preterición al artículo 814, que en su actual redacción, dada por Ley de 24 de abril de 1958, dice así:

“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” (103).

(102) Cfr. *supra*, I, n. 2.

(103) En su redacción primera, este § 1.º del artículo 814 decía así: *“La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas”*. Literalmente era igual al § 1 del artículo 799 del Anteproyecto 1882-1888, con la sola diferencia de que en lugar de, *“o sea, que nazcan después, de muerto el testador, anulará”*, decía: *“o nazcan después, aun muerto el testador, anula”*. La sustitución con respecto al texto del Proyecto de 1851, del adverbio *“aún”*, por la preposición *“de”*, y la supresión de la coma que lo separaba de la anterior palabra, *“después”* dejaba aparentemente fuera de texto los *cuasi póstumos*, al no aludir así el Anteproyecto a los nacidos después del testamento y antes de morir el testador. En cambio, no había lugar a este problema en el artículo 644 del Proyecto de 1851, pues englobaba a *cuasi póstumos* y *póstumos* en el *“o nazcan después”*, que con la adición del inciso que comenzaba con el adverbio *“aún”*, aclaraba que se comprendían también los herederos forzosos nacidos *“muerto el testador”*. El cambio de *“aún”* por *“de”* no parece que pudiera haberse realizado con consciencia de producir tal exclusión, sino que razonablemente sólo pudo resultar como fruto inadvertido de una corrección de estilo no suficientemente valorada en sus consecuencias.

Los autores estimaron a los *cuasi póstumos* incluidos en el artículo 814 (cfr.: MANRESA, op. y vol. cit., art. 814, coment. 1.ª, A, p. 348; SCAEVOLA, op. y vol. cit., arts. 813 a 817, B, pp. 423 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, op., vol. y cap. cit., n. 34, 1.º, pp. 1131 y ss.; IGNACIO FALGUERAS Y OZAETA, *Algunas consideraciones acerca del artículo 814 del Código civil*, en R. G. L. y J. 117, 2.º semestre 1910, pp. 352 y ss.; DE BUEN, notas cit., p. 344). Su principal argumento para considerarlos incluidos, fue la interpretación *sensu contrario* del § 3.º del artículo 814: Si sobrevive al testador un heredero forzoso —y lo es el *cuasi póstumo*— preterido se anula la institución. La Resolución de la Dirección de Gracia y Justicia del Ministerio de Ultramar de 30 octubre 1896, también llegó a igual solución, teniendo *“como meros casos citados, sin pretensión de ser los únicos, aquéllos que el texto legal consigna”*. En cambio, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 20 mayo 1888, se atuvo a la literalidad del artículo 814, § 1.º; pero tal vez sólo fuera por haberse dado en la partición al hijo no instituido *“el derecho que podía pretender en la herencia”*. Esa misma Dirección, en Resolución 24 enero 1941, estimó la igualdad de *póstumos* y *cuasi-póstumos* a efectos de su preterición, por entender que tienen iguales derechos a la herencia de sus padres, igual trato en la revocación de donaciones por supervivencia de hijos y por estimar el argumento antes referido apoyado en el párrafo final del propio artículo 814. La

“La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 839 de este Código” (104).

“Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto” (105).

Sin embargo, el concepto de la *preterición*, según el propio Código, también puede resultar, aunque sea indirectamente, de sus artículos 851 y 815. Del primero, al incluir en el concepto de desheredación injusta la “*desheredación hecha sin expresión de causa*”; y del segundo porque, según antes vimos (106), elimina el antiguo requisito de que la legítima debía dejarse a título de herencia.

Estos dos artículos hacen patente que en el Código civil una profunda modificación se ha operado en el concepto de la preterición. Este ya no responde al concepto del Derecho romano de *no instituir heredero ni desheredar formalmente*.

Pero la determinación del alcance del nuevo concepto en el Código y, por ende, de sus posibles supuestos, y la enumeración de que legitimatarios no deben ser preteridos, merecen un examen más detenido y discriminado. Comenzaremos por el problema primeramente enunciado.

¿En qué consiste la preterición, según el Código civil?

Desplazado en concepto romano de la preterición, como situación del no instituido heredero ni desheredado expresamente, nos quedan dos vías para llegar a precisar el nuevo concepto:

Una, siguiendo un viejo criterio de distinción entre preterición y desheredación injusta, y trasladándolo de la no institución de heredero a la no atribución de la legítima. Así tendríamos: desheredación injusta, o privación expresa aunque injusta de la legítima; y preterición, o privación total tácita de la legítima (107).

Resolución 10 mayo 1950 recogió la opinión de atribuir a una errata la omisión de los cuasi póstumos en el viejo 814, por “haber colocado la preposición “*de*” en vez del adverbio “*aún*”, entre las palabras “*después*” y “*muerto*”.

La nueva redacción no puede entenderse que excluya de los efectos de la preterición la de los *cuasi-póstumos*, ya que éstos, al fallecer el testador, son “*herederos forzosos en línea recta*”, ni la de los *póstumos*, porque éstos —conforme al art. 29— desde el momento de la concepción se tienen por nacidos “*para todos los efectos que le sean favorables*” (cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho civil*, I, II-1 —2.^a ed., Madrid, 1964—; *Derecho de la persona*, III-2, p. 194, *in fine* y nota 1).

(104) En su primera redacción, este párrafo citaba los artículos 844, 835, 836 y 837. No existía en el artículo 644 del Proyecto de 1851 ni en el artículo 799 del Anteproyecto de 1882-1888.

(105) Párrafo idéntico al correlativo de la primera redacción del mismo artículo, al § 2.º del artículo 799 del Anteproyecto de 1882-1888, y al § 2.º del artículo 644 del Proyecto de 1851.

(106) Cfr. *supra*, I, n.º 2 y notas 37, 38, 39 y 40.

(107) Así MANRESA. op. y vol. cit., art. 814. coment. 1.º (ed. cit., pp. 346

Otra, ahondando en la distribución entre el aspecto material y el aspecto formal de la legítima. Así observaríamos: Que la preterición era esencialmente formal: no institución ni desheredación expresas. No habiéndola en caso de institución del legitimario aunque el contenido a él asignado fuera extrahereditario (dote o donación *ob causam* previamente otorgada). Y habiéndola, aunque se le atribuyera a título singular toda la *pars bonorum* del haber relicto. En cambio la *querrela inofficiosi testamenti* primigeniamente tendía a reintegrar al legitimario su *portio debita* material, aunque éste hubiera sido ritualmente desheredado si no hubiera causa para ello; pero no actuaba si tal porción de bienes la hubiese recibido el legitimario, aunque fuese por cualquier otro título. Y así: hoy la preterición, al no ser necesaria la atribución o exclusión expresa del título de heredero, no sería sino la omisión formal (108) de un legitimario (109); mientras que la des-

y ss.) define así la preterición de un heredero forzoso: "O no se le nombre siquiera, o, aun nombrándole como padre, hijo, etc., no se le instituye heredero ni se le deshereda expresamente, ni se le asigna parte alguna de los bienes, resultando privado de un modo tácito de su derecho a la legítima". Líneas entes contraponen: "La privación expresa de la legítima constituye la *desheredación*. La privación tácita de la misma se denomina *preterición*". En el mismo sentido, cfr.: SCAEVOLA (op. y vol. cits., arts. 813 a 817, III, B, p. 420); SÁNCHEZ ROMÁN (op. y vol. cits., cap. XVI, nn. 32 y 33, pp. 1130 y ss); DE BUEN (Notas y vol. cits., § 7.º p. 344 *in fine* y s); VALVERDE VALVERDE (op. y vol. cits., cap. XIII, § III, p. 307); CASTÁN TOBEÑAS (op. y vol. cits., tema LXIII, pp. 297 y s.); ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XXI, § 4.º, p. 243); ESPÍN CÁNOVAS (op. y vol. cits., sec. 3.ª, cap. III § V, pp. 333 y ss.); PUIG PEÑA (op. y vol. cits., cap. XIV, I, B, 2.º, p. 376); GUILLERMO G. VALDECASAS (*La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, en R. D. P. XLVII —noviembre 1963— II, 2, pp. 65 y ss.); ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA (*La legítima en el Código civil* —Oviedo, 1964—, pp. 101 y 104 y ss.).

(108) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO (*El crecimiento en la mejora*, IX, en Anales de la Ac. Matr. del Not. II —Madrid, 1946—, p. 539, nota) ha afirmado que en nuestro régimen de la preterición: "Estamos ante la *sucesión necesaria formal* de los pandectistas". ANGEL SANZ FERNÁNDEZ (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria* —Madrid, 1945—, art. 15, 3, I, nota 11, pp. 142 y ss) observó que "el alcance de la obligación de contar con los herederos es doble: "formal", mención de ellos en el testamento, y "material", dejación de bienes de la herencia o de una cuota suficiente para cubrir su legítima".

(109) Parece que definen preterición como no mención: LÓPEZ R. GÓMEZ (op. y vol. cits., cap. XVIII, art. 2, n. 12, p. 619), según quien preterición "no es otra cosa sino la *omisión en el testamento de los herederos forzosos del testador*" y "sólo tiene lugar cuando el testador ni instituye ni deshereda, ni menciona bajo ningún concepto a un heredero forzoso..."; JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO (loc., nota y pág. últ. cit.), el cual entiende que la base, "exclusiva y suficiente, para la acción impugnativa del legitimario preterido es su omisión en el testamento", que la ley quiere "que cuando el testador pone su pensamiento en la hora de la muerte, no aparte de él el recuerdo de ciertas personas": ROCA SASTRE en sus *Notas al "Derecho de Sucesiones"* de Theodor Kipp (vol. II —Barcelona, 1951— § 130, I, pp. 286 y ss.), donde hace equivalentes: preterición a *omisión*, y no preterición a *mención* o *recuerdo*; BONET RAMÓN (op. y vol. cit., n. 132, pp. 702 y ss.), que define preterición como omisión y la contraponen a "la mención, el recuerdo" que debe resultar en el testamento. Plantea la cuestión y la considera dudosa PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-III, —Barcelona, 1964— cap. II, 2.º, pp. 206 y ss.).

heredación injusta sería toda privación total no ajustada a Derecho del contenido material debido a un legitimario que, al menos, hubiese sido mencionado.

Por el primer camino, si el contenido material de la legítima se hubiese cubierto con una donación, no habría preterición aunque el testador no hubiese mencionado a tal legitimario en su testamento (110). En cambio, por el segundo camino, deberíamos hallar, para el mismo supuesto, la solución contraria (111).

Si se sigue la segunda vía, la mención de un legitimario sin hacerle atribución testamentaria alguno, equivaldría a cometer con él una desheredación injusta (112). Pero, de seguirse la primera vía, sería tanto como preterirle (113).

Sin embargo, caben otras soluciones menos contrapuestas. Cabe,

(110) ANGEL SANZ (loc. últ. cit.), GONZÁLEZ PALOMINO (loc. últ. cit.), BONET RAMÓN (op. cit., n. 133, pág. 705). Bonet excluye que "el heredero forzoso a quien el testador entregó durante su vida algo equivalente a su legítima, pueda pedir la nulidad de la institución de heredero, siempre que no se le mencione en el testamento".

(111) Consecuentes con esta solución, dimanante de su concepto de la preterición, han entendido que el heredero forzoso omitido en el testamento no debería poder invocar la preterición para pedir que se anule la institución de heredero, si el testador le hubiera entregado en vida algo imputable a su legítima: MANRESA (op. y vol. cits., art. 815, pp. 357 y ss.); SCAEVOLA (op. y vol. cits., art. 813 a 817, III, C. p. 429); VALVERDE VALVERDE (op. y loc. cits., p. 311); DE BUEN (Notas y loc. cits., § 7, b, p. 345); CASTÁN TOBEÑAS (op. y loc. últ. cits., p. 298, b); ROYO (op. y loc. cits., p. 244); ESPÍN (loc. últ. cit., p. 334); PUIG PEÑA (cap. últ. cit., B, 1.º, pp. 374 y ss.).

(112) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ (*El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en Rev. Der. Natural, VII, enero-marzo, 1955, p. 68), con su habitual penetración, ha observado que "la ley al exigir que la desheredación, para que sea válida y eficaz, se haga en testamento expresando la causa a que obedece (que ha de ser una de las previstas), sobreentiende que existen desheredaciones que pueden no venir adornadas de estos requisitos y, por tanto, nada se opone a que dentro de esas desheredaciones irregulares quepa incluir las que se realicen en forma tácita. Estas desheredaciones irregulares no son, claro es, válidas, sino que determinan las consecuencias del artículo 851. Conceptualmente no hay reparos que oponer a la desheredación tácita, ni por tanto a la asimilación de la preterición intencional a una forma prohibida de desheredación. Si el nervio de la desheredación está en la voluntad del testador que quiere excluir de la herencia a un heredero forzoso no cabe duda de que esta voluntad puede existir y manifestarse en forma tácita, sin necesidad de que se realice en el testamento una declaración formal. La falta de formalidades impedirá que esa voluntad pueda surtir los efectos apetecidos por lo cual el heredero forzoso no quedará privado de su condición de tal".

Esa intencionalidad, como dato determinante, la habíamos aplicado en un ámbito más reducido al supuesto de que el testador, después de mencionar a un heredero forzoso en la parte expositiva del testamento, le omitiera totalmente sin hacer manifestación alguna respecto al mismo en la parte dispositiva (cfr. "Apuntes de Derecho Sucesorio", I parte, § 5, nota 163 *in fine*, ed. sep., p. 53, y A. D. C. IV-II, p. 469), por entender que "puede presumirse hubo omisión involuntaria del nombre de éste —el no nombrado en la institución en la cual se nombraban a los demás hijos—, de no deducirse cosa distinta de las restantes cláusulas del testamento".

(113) Así: FELIPE CLEMENTE DE DIEGO (op. y vol. cits., lec. 90, p. 231 *in*

aún, estimar que para excluir la preterición hace falta no sólo la mención testamentaria, sino, además, la atribución, por lo menos parcial, del contenido material debido (114). También podría estimarse suficiente la concurrencia de la mera mención testamentaria y de una o varias donaciones *inter vivos* a favor del mencionado; pudiendo exigirse, además, que en el testamento se hiciera referencia a la liberalidad *inter vivos*, o bien no estimarse necesaria esta referencia (115).

fine dice: “ Aunque se nombrase al heredero forzoso, si nada se le dejase en el testamento por cualquier título de heredero o legatario habría preterición.” ROYO MARTÍNEZ (op. cit., pág. 243) afirma que se produce no sólo en los supuestos de simple omisión, sino también en los “de mención exclusivamente con fines distintos de asignarles alguna participación en los bienes, tal es el caso de que el testador mencione a todos sus hijos al reseñar sus circunstancias personales, pero omita luego toda mención de uno de ellos al asignar sus bienes.” PUIG PEÑA (cap. cit., I, B. 2, p. 376) destaca que la omisión se refiere a la “disposiciones sustancialmente *atributivas*”, de modo que, “aun cuando el causante mencione al legitimario en el testamento y se acuerde de él incluso para conferirles misiones de la mejor confianza, habrá preterición si luego no le instituye heredero, o no le asigna legado, manda o no ordena, en definitiva, ninguna disposición por cuya virtud cubra, aunque sólo sea en parte, su porción legítima”. Según GARCÍA-BERNARDO LANDETA (op. cit., pp. 104 y ss.), para que no haya lugar a la preterición de un legitimario conforme al art. 114, § 1.º, C. c., “no basta su mención, es necesario que el testador le haya dejado algo “por cualquier título”, en otro caso no hay posibilidad conceptual del suplemento; si nada le ha dejado, pero ha dispuesto, no hay preterición ni suplemento, sino desheredación, justa (artículo 813-1 y concordantes) o injusta (851)”... “Mencionar a un hijo para elogiar sus virtudes sin atribuirle nada, sin designarle heredero o legatario o referirse a una donación, es algo que contraría violentamente la naturaleza del testamento y no evita la preterición.” “En nuestro Código civil la preterición es natural, se evita disponiendo a favor del legitimario o recordando una disposición ya hecha para cubrir la legítima total o parcialmente, y en este caso, pedir el suplemento. La preterición formal es extraña a nuestro primer cuerpo legal. En él no hay obligación de instituir a los legitimarios (herederos forzosos cuando existía esa obligación.)”

(114) Este criterio, que exige que haya atribución de contenido material y que no estima suficiente su atribución *inter vivos* para excluir la preterición, sino que requiere a dicho fin una atribución testamentaria con contenido material, lo vemos sostenido —a tono con su distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima— por GUILLERMO G. VALDECASAS (loc. cit., II, 2, pp. 965 y s.)... “la preterición supone que el testador haya dispuesto de la totalidad de la herencia por vía de institución del heredero, sin instituir al legitimario —con lo que tácitamente le priva de su cuota reservada— ni hacerle ninguna liberalidad testamentaria”... “La preterición no queda excluida, en cambio, por las liberalidades *inter vivos* que el testador hubiere hecho al legitimario preterido.”

(115) Por el primer criterio se inclinó, al parecer, SÁNCHEZ ROMÁN (loc. cit., n. 34, 4.º, nota 1, pp. 1137 y ss.), quien refiriéndose a la expresión *por cualquier título* del art. 815, comenta: “no es fuera del testamento donde debe buscarse este título, sino dentro de él, ya sea en concepto de heredero, donatario o legatario, porque cualquier otro extraño al testamento no puede servir, por todo lo expuesto, para desvirtuar o subsanar la preterición que en aquél se haya hecho de un heredero forzoso” (p. 1139). También PÉREZ ARDÁ (*Preterición testamentaria parcial*, en R. G. L. y J. 122 —primer semestre 1913— pp. 253 y s.) y OTERO VALENTÍN (*Anticipo de legítima*, Valladolid, 1914, p. 82). Y este criterio es, sin duda, el de GARCÍA-BERNARDO (loc. cit., pp. 104 y s.), según quien “la única fórmula que arbitra el artículo 815 para evitar la pre-

También cabría distinguir la mención hecha sólo en la parte expositiva y la hecha en la parte dispositiva del testamento, para analizar si, en el primer caso, la no mención en la parte dispositiva pudiera haber sido debida a olvido involuntario (116).

Un punto resulta evidente: estimada como desheredación la exclusión de un legitimario testamentariamente efectuada sin expresar su causa (art. 851 C. c.) y excluida la necesidad de utilizar para desheredar palabras sacramentales (117), tendremos que convenir en que toda afirmación o manifestación hecha por el testador, aun sin indicar los motivos, de que no deja nada a tal legitimario no es preterición, sino desheredación. El *quid* discutido se patentiza en el caso de mencionarse a un legitimario sin decir nada acerca de que se le deja algo ni de que no se le deja nada o de que ya se le había dado, y distribuirse todo el haber entre otras personas sin quedar duda alguna acerca de la intención del testador de excluir de toda atribución a ese legitimario únicamente mencionado.

11. ¿Qué ha dicho al respecto la jurisprudencia?

α) Supuestos de hecho resueltos.

En la mayoría de los supuestos que han dado lugar a recursos de casación contemplados por el Tribunal Supremo, los preteridos no habían sido ni siquiera mencionados en el testamento ni tampoco nada habían recibido del causante por título alguno ni aun *inter vivos* (118). Pero, en cambio, pueden resultar de interés para nuestro objetivo cinco de los supuestos por él contemplados: uno en el cual no se mencionó en el testamento a una hija natural que, en vida del causante, había recibido de éste una donación en anticipo de legítima (119); otro en el

terición y desheredación es la disposición o imputación de la donación por el testador a favor del legitimario".

(116) Así lo hicimos nosotros en nuestros "Apuntes...", texto referido *supra*, nota 104 *in fine*.

(117) Los autores castellanos ya habían llegado a esta conclusión. Cfr. *supra*, nota 80.

(118) SS. 11 enero 1900, 20 junio 1902, 15 octubre 1957. (preterición de hijos legítimos), S. 14 julio 1899 (preterición de la madre), SS. 28 enero 1910, 15 enero 1918 (preterición del padre), SS. 2 julio 1904, 11 mayo 1909, 11 marzo 1950, 22 mayo 1950 (preterición de hijos naturales).

(119) El causante había otorgado, en 1898, escritura pública de anticipo de legítima a favor de una hija natural. En 1901 otorgó testamento, en el que declaró que carecía de descendientes y de ascendientes e instituyó única y universal heredera a su mujer. Tanto el Juzgado como la Audiencia declararon la nulidad de la institución de herederos, por preterición de la hija natural, y el Tribunal Supremo, en S. 17 junio 1908, rechazó el concurso interpuesto. En su tercer considerando valoró la declaración del testador, hecha en su testamento, de carecer de descendientes, y el segundo consideró que "*es obligado reconocer que la mención, el recuerdo o preterición donde tiene que resultar es en el expresado testamento, por ser éste expresión la más solemne y única de*

cual se mencionaron sin expresión de su carácter de hijas naturales, pero precisamente para ordenar a los instituidos que se opusieran al pleito por el que ellas pedían su reconocimiento, condicionando el llamamiento de los herederos al cumplimiento de esta disposición (120); y tres en los cuales el testador, negando tener herederos forzosos, dispuso sendos legados a favor de sus respectivos hijos naturales, designándolos por su nombre, pero sin expresar tal parentesco, y en los cuales el Tribunal Supremo, en SS. de 16 enero 1895 (121), 25 mayo 1917 (122) y 23 abril 1932 (123), no los estimó como su-

la última voluntad de quien así dispuso, para después de su muerte, de sus bienes, para garantía y eficacia de lo que ha querido seguramente el legislador. no dejarla envuelta en las sombras y oscuridad de la duda, como quedaría con la preterición del heredero forzoso, que puede ser debida a ignorancia de que existiera, u olvido o propósito de burlar los derechos que la ley les reconoce, supuestos todos que desvirtúan la fuerza y eficacia moral de aquella voluntad, que justifican la anulación de su expresión, por lo cual no es legal ni racional relacionar dicha circunstancia de preterición con acto alguno de los realizados con el carácter de entre vivos".

(120) En su testamento, el causante declaró no tener herederos forzosos, ordenó varias disposiciones y nombró herederos universales a sus sobrinos, imponiéndoles la condición de que siguieran el pleito que mantenía con Dolores y Concepción M., hasta su conclusión, sin componendas ni transacción alguna, bajo pena de quedar desheredados. Dichas Dolores y Concepción, el año anterior al de la muerte del testador, vieron confirmada ante el Tribunal Supremo la sentencia de la Audiencia que las declaraba hijas naturales del causante. Y, poco después de fallecer éste, demandaron la nulidad de la referida institución de herederos; nulidad que declaró el Juzgado de Nules, pero que la Audiencia de Valencia limitó tan sólo a la tercera parte de la herencia, correspondiente a la legítima a que ambas tenían derecho. Interpuesto por la parte demandante recurso, el Tribunal Supremo, en S. 27 febrero 1909, casó la sentencia de la Audiencia y declaró la nulidad total de la institución, definiendo en su tercer considerando que *"de los casos de preterición, es decir, de la privación total de la legítima por omisión del testador respecto al heredero forzoso en línea recta se ocupa exclusivamente el referido artículo 814"*.

(121) El causante testó el año 1885, y en dicho testamento legó una cantidad a doña B. G. P., y la casa de la calle S. J., más una renta de tres mil reales a la niña I., hija de aquélla, y designó herederos a los hermanos del propio testador. En 1889 reconoció como hija natural suya a la citada niña, y en 1891 falleció, consiguiéndose auto declarando heredera abintestato a dicha hija. Se demandó la nulidad de la institución y la declaración de la hija natural como única y universal heredera. El Juzgado absolvió de la demanda, y la Audiencia, revocando tal fallo, dio lugar a ella. El Tribunal Supremo, en S. 16 enero 1895, casó, declarando en su cuarto considerando que lo procedente era reconocer a la hija natural su cuota legitimaria e imputarle, en parte de pago, el legado, conforme al art. 815, libre de todo gravamen, condición y sustitución, conforme el artículo 813, y que era válida la institución en cuanto a los otros dos tercios del caudal.

(122) En su testamento, el causante declaró carecer de herederos forzosos, legó una cantidad a E. A., e instituyó herederas a sus tres hermanas. Dicha E. A., después de fallecido el testador, demandó ser reconocida hija natural del mismo, la nulidad de la institución de herederos por él dispuesta y su nombramiento como única y universal heredera abintestato. La Audiencia de Albacete, en sentencia revocatoria de la del Juzgado, sólo dio lugar el suplemento de la legítima. En el recurso de casación se hizo fuerza en el hecho de que, aun cuando el testador ordenaba un legado a favor de la

puestos de preterición, sino de aplicación de los artículos 815 y 813 ó 817.

Del examen de estas sentencias podemos inferir que el Tribunal Supremo: 1.º) ha considerado que hay preterición *si no es mencionado en el testamento un descendiente, aunque se le hubiesen otor-*

actora, no la reconocía como heredera forzosa, sino que negaba que lo fuese, al decir que carecía de herederos forzosos. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, en la citada S. de 25 mayo 1917. En su segundo considerando contrapuso: "*los artículos 815 y 817 prevén y regulan el caso en que el testador haya hecho mención de la persona que reúna la condición de heredero forzoso y deje para ella, por cualquier título que lo hiciere, menos de lo que le corresponda en concepto de legítima, autorizando sólo al heredero que reclame el complemento de su porción hereditaria, a diferencia del caso previsto en el artículo 814, en el cual para anular la institución de heredero requiere la preterición, o sea que el testador nada deje, por ningún título al heredero forzoso...*".

La propia S. de 25 mayo 1917, en su 3.º considerando, declaró que no se opone a este criterio la doctrina de las Sentencias que invoca el recurrente, "porque la de 17 de junio de 1908 se refiere a testamento en el que no se mencionó al hijo natural; en la de 27 de febrero de 1909, la disposición testamentaria no sólo preterió a las hijas, sino que prohibía, con penas, que los herederos instituidos cediesen en el pleito pendiente sobre reconocimiento filial, y definió la preterición, en su fundamento 3.º, como la privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto del heredero forzoso...; la de 11 de mayo [de 1909] hace relación a litigios que tuvo por objeto la nulidad de la declaración de herederos, en cuanto al tercio de los bienes relictos, y resuelve sobre lo que puede perjudicar dicha legitimidad; la de 19 de noviembre de 1910 nada establece en relación a los artículos 814, 815 y 817 del Código civil [se refería al Derecho anterior al Código], y, por último, la de 28 de enero de 1914 vino a resolver otro conflicto de preterición absoluta del único heredero forzoso, al explicar el alcance y efectos jurídicos de la protocolización en los testamentos ológrafos".

(123) La testadora declaró no tener herederos forzosos, legó la casa de la otorgante con su patio a Elvira P. en usufructo vitalicio, ordenando que pasase a su fallecimiento la propiedad a la sucesión que ésta dejare y, de no dejarla, a la hermana de la testadora, a quien le legó también una finca; legó a un hermano un monte, e instituyó herederos a ambos hermanos. Elvira P. demandó que se la reconociera como hija natural de la testadora, que se declarase la nulidad de la institución y a ella como única y universal heredera de su madre natural. El Juzgado se limitó a condenar a los demandados a que reconocieran a la demandante como hija natural de la testadora y como heredera forzosa de la misma. La Audiencia de La Coruña adicionó a los pronunciamientos la declaración de la nulidad parcial de la institución en cuanto perjudicara a la legítima de la hija natural, a quien, previa capitalización de lo dejado, debía quedar libre la tercera parte del caudal relicto. Interpuesto el recurso de casación, se hizo constar, para defender la infracción del artículo 814, que, aun cuando el nombre de la heredera figuraba en el testamento y en él se le otorgaba un legado en usufructo, era ocultada su condición de hija natural. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso en la S. de 23 de abril de 1932, que en su 1.º considerando declaró que "*el concepto legal de la preterición del heredero forzoso ha sido reiteradamente fijado por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, de un modo singular y concreto en sus sentencias de 16 de enero de 1895, 21 de febrero de 1900 y 27 de febrero de 1909, según las cuales no es sino la privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto a dicho heredero forzoso en línea recta, lo que constituye la materia propia del artículo 814 del Código civil...*".

gado donaciones inter vivos con carácter de anticipo de legítima; 2.º) ha estimado que la hay cuando la mención del nombre sólo aparece con ocasión de negar su condición, para ordenar a los herederos que se opongan al pleito en que las interfectas demandaban ser reconocidas hijas naturales; y 3.º) ha apreciado que no la hay cuando, aun silenciando su condición de hijos naturales y negando tener herederos forzosos, el testador los menciona asignándoles algún legado.

Pero fuera de estos tres supuestos acotados, quedan aún por resolver los supuestos de *mención con reconocimiento de su condición familiar* (de hijo legítimo o natural, descendiente o ascendientes legítimos, padre o madre naturales), *pero sin ordenar disposición alguna a su favor, ni tampoco excluyéndole, sin que quepa duda de que esta última ha sido su intención, por no existir posibilidad de estimarla causada por omisión errónea.*

β) Definiciones consideradas.

A las definiciones contenidas en los *considerandos* no podemos atribuirles el mismo valor que a la solución de los supuestos resueltos en las sentencias (124). Sin embargo, trataremos de encontrar en los *considerandos* referidos el concepto de preterición. La S. 17 junio 1908: contrapone "*mención, recuerdo o preterición*", pero para estimarla en un supuesto en que tal mención faltaba y el legitimario omitido había recibido una donación *inter vivos* como anticipo. La S. 27 febrero 1909 hace equivalente la preterición a "*la privación total de la legítima por omisión del testador*", en supuesto en que se había negado su condición de hijas naturales y nada se les había otorgado. La S. 25 de mayo 1917 la identifica por "*que el testador nada deje, por ningún título al heredero forzoso*". Y la S. 23 abril 1932 la define, y afirma que tal concepto ha sido reiterado por la jurisprudencia (125), diciendo que

(124) Algunos *obiter dictum* de otras sentencias resultan incongruentes. Así, la S. de 30 de junio de 1950, referente a un supuesto de legítima del cónyuge viudo, dice, en un *considerando*, que el artículo 814 del Código civil "*no exige tal institución [del cónyuge viudo] para la validez del testamento y efectividad de tales derechos, en contra de lo prevenido respecto a los demás herederos forzosos en el mismo precepto legal*". Concepto que correspondería, en cuanto a la exigencia de la institución, al Derecho anterior al Código civil, pero no al régimen de éste.

(125) La S. 23 de abril de 1932 declara que el concepto de preterición en ella expresado había sido fijado por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, de un modo singular y concreto, en sus Sentencias de 16 de enero de 1895, 21 de febrero de 1900 y 27 de febrero de 1909. Afirmación a la que debemos objetar: Que la S. de 16 de enero de 1895 no define la preterición, sino que únicamente distingue del supuesto del artículo 814 los de los artículos 815 y 817, sin que halleemos en tal distinción una contraposición, como anverso y reverso de éstos y aquél, pues no olvidemos que, aun no mencionado en dicha Sentencia, el supuesto del artículo 851 se interfiere entre ellos. La S. 21 de febrero de 1900 no se ocupó de ningún supuesto de preterición, sino de la posibilidad interpretativa de acumular a favor del cónyuge viudo su cuota

“no es sino la privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto a dicho heredero forzoso en línea recta”, en supuestos en que se trataba de considerar no preteridas a hijas naturales a quienes se había conferido sendos legados en el testamento, sin decirse en él que fuesen hijas naturales y negando expresamente el testador tener herederos forzosos.

Aún tenemos un *obiter dictum* de la S. de 23 enero 1959 que, en un supuesto de desheredación injusta, ocupándose de la determinación de sus efectos, la comparó, en su 2.º considerando, con la preterición, para afirmar que una “esencial diferencia” entre ambas consiste en que en la preterición “no hay una voluntad declarada del testador”, mientras que en la desheredación “esta voluntad está declarada”. Pero cabe aún preguntar si esta declaración ha de ser directa y expresa o puede resultar indirectamente de la mención expresa y de la tácita exclusión de uno de los mencionados al disponer el testador de todo el caudal sin atribuirle porción alguna.

De esas definiciones podemos observar que: son sin duda distintas las de las SS. 17 junio 1908 —no mención, no recuerdo— y 25 mayo 1917 —nada dejar por ningún título—, y que poco aclaran las de 27 febrero 1909 y 25 mayo 1917, pues su sentido puede ser diverso según se estime que se refieren a un supuesto de privación tácita de la legítima consistente en la omisión del testador respecto a un heredero forzoso, o se estime que quisieron significar que precisamente en la privación tácita de la legítima es en lo que consiste estrictamente tal omisión.

c) Fines enunciados.

Le repetida S. de 17 junio 1908 señaló como *ratio legis* del precepto del artículo 814: la de no dejar “en sombras y oscuridades de la duda” la voluntad del testador en caso de preterición “que puede ser debida a ignorancia de que existieran u olvido o propósito de burlar los derechos que la ley les reconoce” a los herederos forzosos, “supuestos todos que desvirtúan la fuerza y eficacia moral de aquella voluntad que justifican la amulación de su expresión”.

Es decir, que los supuestos prevenidos son aquellos en los que puede haber duda de que hubiese: 1.º) ignorancia del testador respecto a la existencia del preterido; 2.º) olvido sufrido al testar, y 3.º) propósito de burlar los derechos del preterido omitiéndolo para procurar que pase desapercibido en la sucesión.

García Goyena (126) había explicado que en el caso de preterición “puede presumirse ignorancia o falta de memoria del testador”.

legal y el legado que le confirió su cónyuge premuerto; no definió la preterición y se limitó a decir, que el artículo 815 es complementario de los 813 y 814.

(126) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cit., art. 645, p. 96.

Entre los autores vemos que algunos centran la finalidad de la regulación de la preterición en remediar la falta de intencionalidad en la omisión cometida por el testador —así Manresa (127), Cámara Alvarez (128), Bonet Ramón (129)—, mientras que otros —como Sánchez Román (130), García-Bernardo (131)— niegan la exclusividad de esa razón como fin del remedio de tal institución (132).

Pero la antítesis entre estos dos criterios, definidores de la *ratio* de la preterición, aparece suavizada, si observamos que, de una parte, para algunos su fundamento en el error se indica como correspondiente a los *casos normales* (Manresa, Bonet) que, por ende, puede presumirse (García Goyena); y que, de otra, alguno considera el fundamento *volitivo* sólo como complementario del erróneo y se lo re-

(127) MANRESA (op. y vol. cits., art. 814, *Coment.* 2.º, p. 351), escribió: “el testador, en los casos normales, obra así [preteriendo] por descuido o por error. Hemos visto un testamento en el que no se incluía heredera a una hija monja, por creer la testadora que no podía heredar. En otros casos se ignora la existencia de un descendiente o ascendiente. Cuando el preterido es una persona que ha nacido después de muerto el testador, la opinión es aún más clara...”.

(128) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ (loc. últ. cit., p. 6): “El Código no define la preterición ni la desheredación, y, después de todo, la preterición realizada a conciencia de que se omite a un heredero forzoso viene a ser equivalente a una desheredación tácita”.

(129) FRANCISCO BONET RAMÓN (*Compendio...*, vol. cit., n. 132, p. 704). destaca la diversa voluntad del testador “que, al desheredar, revela que existe algún motivo que le impulsa a obrar así, mientras el móvil de la preterición, en los casos normales, es el descuido o el error, no habiendo sido privado el heredero expresamente de nada”.

(130) SÁNCHEZ ROMÁN (op. y vol. cits., cap. XVI, n.º 34, 4.ª, nota 1 de la p. 1137, en la p. 1138), glosando la Memoria del Tribunal Supremo de 1908, distinguió: “la preterición que se debía a ignorancia del testador, cuando por cualquier evento no ha tenido conocimiento del nacimiento de un hijo o ha estado en la persuasión de su fallecimiento, o a olvido, acaso por debilidad de sus facultades intelectuales, justifica completamente el supuesto de dicha desconfianza en la firmeza de su voluntad, y la dificultad de saber lo que ésta hubiese sido sin tal accidente, y aquella otra que fuese consciente y deliberada, como implica a su vez una violación de derechos, tanto más marcada cuanto mayor es la libertad relativa que tenga el testador para disponer de sus bienes, bien merece la sanción de la nulidad preceptuada...”.

(131) GARCÍA-BERNARDO LANDETA (op. cit., p. 107) cree que la preterición es una sanción a la incuria del testador que infringe las leyes que disciplinan la libertad del testador, consciente o inconscientemente, pero sin manifestarlo e, indirectamente, el deber que la Ley le impone hacia sus más íntimos parientes...”.

(132) Rozamos aquí el tema de la distinción entre *preterición errónea* y *preterición intencional*, y con el referido intento de Manuel de la Cámara de llevar ésta a la desheredación tácita. Pero de la primera cuestión nos ocuparemos más adelante al tratar de los efectos de la preterición. La segunda trataremos de delimitarla dentro de unos términos, a nuestro juicio positivamente viables, ante la evidencia de supuestos intencionales, de verdadera preterición, indiscernibles externamente en la práctica de otros supuestos verdaderamente erróneos, si no es por una presuposición legalmente establecida que señale unos artificiales linderos objetivos en algo que, como una intención, por esencia, sólo podría tenerlos subjetivos, pero inexcrutables.

conduce al propósito de *burlar* los derechos que la ley reconoce (S. 17 junio 1908, Sánchez Román). ¿Cómo se puede saber si un supuesto obedece intencionadamente a olvido o ignorancia o bien a la finalidad de burlar los derechos legitimarios? ¿Cuándo es ello posible fundándose en *el tenor del mismo testamento*?

12. *Determinación del concepto vigente en el sistema del Código civil.*

Conforme a la norma clásica de la interpretación de los testamentos que recoge el artículo 675, § 1.º, del Código civil (133): “*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*”. La voluntad del testador, por tanto, puede resultar *literalmente* del texto del testamento, o “*de la intención del testador según el tenor del mismo testamento*”, esto es, del *contexto* del mismo. Siendo así, cabe preguntar si además de la privación total de la legítima hecha sin determinación de causa, que se disponga en el texto literal del testamento y que equivaldrá a una desheredación injusta, conforme al artículo 851, ¿será también desheredación injusta la que resulte no del texto, sino del contexto del testamento? Creemos que sí, pues no hallamos razón para alterar en este supuesto las normas generales de interpretación de los testamentos. Y, de ese modo, el supuesto de la preterición queda reducido al de omisión del legitimario en línea recta cuando no resulte, ni del texto ni del contexto del testamento, que el testador hubiera querido excluirle.

Así, como conclusión podemos llegar a distinguir los siguientes supuestos:

a) Falta absoluta de mención de un legitimario sin haberle dejado nada por acto inter vivos al omitido: Es el supuesto más claro y absoluto de preterición.

b) Falta absoluta de mención habiéndole dejado algo por acto inter vivos: Hay vicio de preterición en el testamento, según la S. 17 junio 1908.

c) Mención del legitimario al que se le reconoce su condición familiar y se le deja algo. No cabe sombra de duda de que no hay preterición.

d) Mención, sin reconocimiento de su condición familiar, pero dejándole además algo al mencionado. Notemos que la falta de reconocimiento de su condición puede ir unida a la negativa genérica del testador de tener herederos forzosos, en general o de tal clase con-

(133) Cfr. acerca de la interpretación del artículo 675, § 2.º, nuestros dicámenes publicados en A. D. C. XII-IV, octubre-diciembre 1959, pp. 1308 y ss. y A. D. C. XVIII-I, enero-marzo, 1965, pp. 232 y ss.

creta, o a la específica de que el mencionado no es legitimario o carece de tal relación familiar con el testador. Según las SS. 16 enero 1895 y 25 mayo 1917 y 23 abril 1932, no hay preterición. Pero creemos razonable estimar que si resultare que esa negativa se debe a error del testador deba considerarse que hay preterición del que fue mencionado en concepto distinto del que familiarmente tiene en realidad (134).

e) Mención sin dejar nada al mencionado y silenciando o negando, genérica o específicamente su condición familiar. La S. 21 febrero 1909 lo estimó supuesto de preterición. Hipótesis en la que lógicamente cabe, si se estima incluido en la preterición el propósito de burlar los derechos del preterido, negando su estado familiar, y se considera que los efectos más duros de la preterición son la sanción de esa postura fraudulenta. Pero cabe pensar que el motivo tal vez no sea éste, sino que obedezca a la creencia de que el estado familiar no existe, ya sea errónea esta creencia o bien verdadera, pero sin posibilidad de prueba (135). Tal vez sea este supuesto de los más discutiblemente encajables en los de preterición y no en los de desheredación hecha en forma no legal. Nosotros lo incluiríamos entre los de ésta.

f) Mención con reconocimiento de su condición familiar, y aunque sin dejar nada al mencionado, con expresión de lo que se le dejó por acto inter vivos. No hay preterición, según resulta de los anteriores presupuestos, no sólo si la declaración es verdadera, sino incluso siendo falsa, a menos que fuera debida a error, pues tal declaración falsa significa una clara voluntad de exclusión. Igual solución creemos que debe aplicarse si no se hace referencia a la donación, pero el legitimario es mencionado con su condición familiar y si racionalmente no queda la menor duda de la intencionalidad de su falta de institución y asignación testamentaria (136).

g) Mención con reconocimiento de su condición familiar, pero sin que nada se le deje a pesar de disponerse íntegramente del haber relicto. Es el supuesto al que creemos más directamente aplicable nuestra distinción, según resulte o no del contexto del testamento de modo claro la intención del testador de excluirle. Estimamos que en caso

(134) Pongamos como ejemplo la disposición testamentaria que dijere: "Legó a tal muchacho, al que protejo" o "que me cuida en mi vejez", si el testador ignorara que se trata precisamente del hijo que perdió aún niño. Caso novelesco o teatral, pero no imposible.

(135) Pensemos en el caso del marido que sabe la verdad de que tal hijo de su mujer, nacido en el término señalado en el artículo 108 § 1.º C. c., no es suyo, pero que no puede llenar la prueba exigida en el § 2.º del mismo artículo, para desvirtuar la presunción de legitimidad dimanante del tiempo en que tuvo lugar su nacimiento.

(136) A esta solución llegamos en nuestros citados *Apuntes...*, III, § 1.º, ed. sep., pp. 314 *in fine* y s., y A. D. C. VII-III, julio-septiembre 1954, pp. 664 y ss. En cambio, GARCÍA-BERNARDO (op. cit., p. 105) exige, para que no haya preterición, que se recuerde una disposición ya hecha.

afirmativo hay desheredación en forma no legal, y en caso negativo, preterición (137).

La distinción propugnada recientemente (138) entre *preterición material* y *preterición formal* no la creemos aceptable. La *preterición* —según vimos— consistía en el Derecho anterior al Código civil en no instituir heredero ni desheredar a un descendiente o un ascendiente con derecho a legítima. La exclusión del contenido material de la legítima no era preterición si se había desheredado, aunque injustamente, al legitimario, sino *inoficiosidad*. En cambio, la atribución plena del contenido material de la legítima a título singular no era supuesto de inoficiosidad, sino de preterición. Hablar de preterición material es confundir la inoficiosidad total y la preterición. Aquélla tiene como causa la privación de un contenido material. La preterición responde a un concepto sustancialmente formal; y, aunque ese contenido formal haya evolucionado, al no ser ya necesario instituir heredero a los legitimario en línea recta, según hemos visto, carecería de sentido su mantenimiento si se hubiera confundido con la inoficiosidad total.

13. *Supuestos de inclusión discutida en el concepto de preterición.*

Aclarado, a nuestro parecer, el concepto de preterición, queda por dilucidar *si ciertos supuestos concretos deben estimarse comprendidos o no en el mismo*.

a) *Institución o legado de cosa ajena.*

Hemos visto antes que Diego Castillo (139) recogió la doctrina de que el hijo instituido heredero en cosa ajena no podía entenderse

(137) Así, supongamos que en la exposición de circunstancias en un testamento se nombra a todos los hijos, y en la disposición se omite uno. En el contexto del testamento pueden hallarse datos que indiquen la intención de excluir: v. gr., enumerar que se tienen seis hijos en la exposición e instituir por quintas partes iguales a cinco o sólo a uno universal heredero. En cambio, no resulta claramente del contenido la voluntad de excluir y puede dudarse si se trata de una omisión inadvertida en el caso de nombrarse todos los hijos en la exposición y faltar uno en la disposición, sin señalar en ésta el número de los hijos, instituyéndolos por partes iguales y sin dato alguno que trasluzca claramente la intención del testador de excluir al omitido en la disposición. En este caso, creemos que debe entenderse que hay preterición. Y en aquél no, porque no ofrece duda alguna la intención del testador de excluir al mencionado en la exposición y omitido en la disposición.

(138) Cfr. GARCÍA-BERNARDO Y LANDETA, op. cit., pp. 102 a 106. No la establece ANGEL SANZ FERNÁNDEZ (op. y nota cit.), a quien el antes citado atribuye esa distinción, pues en lo que Sanz distingue es en la obligación "*de contar con los herederos*": en *formal* "mención en el testamento" y *material* "dejación de los bienes", pero sin calificar de preterición la falta de esa atribución de bienes.

(139) Cfr. *supra*, n.º 9, nota 85.

preterido. Solución que en el régimen actual podemos trasladar al supuesto de legado de cosa ajena, lo que resulta de acuerdo con el concepto de preterición que creemos vigente en el Código civil. No es aquí lugar para que nos ocupemos de las secuencias dimanantes de este supuesto que, anticipamos, no parece que sea de preterición (140) ni de desheredación injusta (141).

b) *Legado de metálico no existente en la herencia.*

Tampoco clásicamente se estimó que en los casos de institución de un heredero forzoso en una cantidad de dinero incurriese el testador en vicio de preterición, según el viejo criterio de Guilielmus, seguido por Bartolo, Baldo, Paulo de Castro, Jasón, etc. (142), y que entre los autores castellanos expusieron Rodrigo Suárez (143) y Pedro de Peralta (144), expresando aquél que la solución era: "quod si pater institueret filium in mille pro legitima sua, quod filius posset dicere, nolo pecuniam, sed corpora hereditaria, unde erit electio". Solución que creemos trasladable al régimen del Código civil para los supuestos en que el cobro en metálico no sea forzoso para el legitimario, y que tampoco pueden estimarse de desheredación ni menos aún de preterición (145).

c) *Atribución de la legítima bajo condición o término, o a título de sustitución vulgar o fideicomisaria.*

Según la opinión dominante, en Derecho común no se entendía preterido el legitimario instituido heredero bajo condición, a término, ni el designado sustituto vulgar o fideicomisario del heredero instituido.

El instituido bajo condición o a término —aunque aquella no se cumpliera y éste no llegara— no pudo considerarse preterido, puesto que automáticamente quedaba liberado de dichas modalidades con respecto a su legítima (146), en virtud de lo ordenado en la ley *Quoniam*

(140) En contra GARCÍA-BERNARDO, op. cit., pp. 113 y ss.

(141) Cfr. nuestros *Apuntes...*, II, §, 5.º, ed. sep., pp. 281 y ss., y A. D. C. V-III, julio-septiembre, 1952, pp. 889 y ss., y *Cautelas de opción compensatoria de...*, I, A, c, loc. cit., pp. 445 y ss.

(142) Cfr. nuestro estudio citado *Cautelas de...*, I, A, b, p. 444.

(143) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampl. XI, nn. 1 a 4, pp. 441 y ss.

(144) PETRUS DE PERALTA, *Praelectiones*, L. 3, *qui fideicommissum*, ff. *de hereditibus instituendis*, n. 60, en *Relectio Praecellentis, Opera Iuridica*, vol II (ed. Salmanticae, 1563, fol. 193, col. 2).

(145) En contra GARCÍA-BERNARDO, op. cit., pp. 114 y ss.

(146) Según el *Ius vetus* —derogado por la referida ley *Quoniam* y contenido en Dig. XXVIII-I, 4; XXVIII-II, 28 pr.: XXVIII-VII, 28; XXXV-I, 83 [81]; XXXVIII-II, 20, § 4 y Cód. VI-XXV, 4— podía instituirse bajo condición *potestativa* al hijo en potestad, es decir, al *simus eres*, y, en cambio, era nulo el testamento en el cual se le instituyera bajo condición *causal* o *mixta* si no se le desheredaba para el caso de quedar ésta incumplida. Antes de

in prioribus (Cod. III-XXVIII, 32), que las estimó por no puestas en cuanto afectara a la legítima (147). Si bien esta solución fue contradicha, con respecto las condiciones causales y mixtas (148), en la ley 11, tít. IV, Partida sexta —en la interpretación de la cual discreparon los autores (149)—. La opinión general, después de la ley 27 de Toro (150), estimó que en caso de englobarse *ex asse* con mayor cuota o con la totalidad de la herencia, la legítima y la mejora diferidas bajo condición causal o mixta, ésta se debía entender por no puesta con respecto a todo el as, mientras que si el legitimario fue instituido heredero en su legítima y se le hubiese prelegado el montante, imputable a tercio y quinto, todo bajo condición causal o mixta, ésta sólo se entendía por no puesta con respecto a la legítima (151), sin estimar en modo alguno que en ese caso se produjese preterición (152).

Al hijo sólo nombrado como sustituto vulgar del instituido —es decir, en la terminología romana omitido en el primer grado de llamamiento, pero no en el segundo— no se le consideraba preterido técnicamente hablando, sino que heredaba directamente, invalidándose el primer grado de llamamientos, según opinión (153) que entre los ju-

Bartolo, los autores habían entendido que la ley *Quoniam* no había salvado la nulidad —por preterición— de la institución efectuada bajo condición causal o mixta (cfr. nuestro trabajo *Cautelas de opción...*, I, B, a, vol. cit., pp. 458 y siguientes).

(147) La ley *Quoniam in prioribus*, dada por Justiniano en las calendas de abril del año 529, ordenó que: "*inminuta esse videantur, ipse condicio vel dilatio vel alia dispositio, moram, vel quodcunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset*".

(148) En su disposición final dice la ley 11, tít. IV, Partida Sexta: "... *mas ninguna de las otras condiciones [las que no son "en poder del hijo de la cumplir"] así como las que acaescieren por aventura, o las que son mezcladas según diximos en las leyes ante desta, non las puede poner. E si las pone, non empescen al fijo heredero, maguer non se cumplan*".

(149) Cfr. el resumen que expusimos en *Cautelas de opción...*, loc. últ. cit., pp. 461 y ss.

(150) La ley 27 de Toro autorizó al padre o a la madre que mejoraren a alguno de sus hijos o descendientes legítimos en el tercio, a "*que le puedan poner el gravamen que quisieren*", "*con tanto que lo fagan con sus descendientes legítimos...*".

(151) Cfr. *Cautelas...*, loc. cit., pp. 464 y ss., notas 138 a 147.

(152) El doctor LUIS DE MOLINA MORALES (*De Primogeniorum Hispanorum Origine ac Natura*, lib. II, cap. I, n. 35 —cfr.—, ed. Nova, Lugduni 1769, pp. 232 y ss.), y JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR (*De Conjecturis et Interpretatione Ultimarum Voluntatum*, cap. LXIV, n. 42, en *Quotidianum Controversiarum Iuris*, lib. V, cfr. ed. Nova, Coloniae Allobrogum, 1752, pp. 44 y ss.), observaron que —mientras el *ius vetus* anulaba en ese caso la institución por preterición y el *ius novum* sólo tenía por no puesta la condición en cuanto a la legítima— la citada ley de Partidas la tuvo por no puesta respecto de toda la institución, pues: "*Non enim potest institutio scindi*".

(153) Opinión fundada principalmente en las leyes *Si filius substitutus*, ff. *De hercdibus instit.* (Dig. XXVIII-V, 75 [73]); *Ex facto*, § *Lucius Titius*, ff. *De vulgar et pupill. substit.* (Dig. XXVIII-VI, 43 [41], § 2.º), y 3. § final, ff. *De liber. et post. hercd. instit. vel exhered.* (Dig. XXVIII-II, 3, § 6.º).

ristas castellanos siguieron Rodrigo Suárez (154) y Antonio Vázquez de Menchaca (155).

Respecto al caso del hijo nombrado sustituto fideicomisario, la aplicación del § *Cum autem* de la ley *Scimus*, Cod. *de inoff. testament.* (156), significó que el hijo nombrado sustituto fideicomisario no pudiera invocar los efectos de la preterición, sino que a éste le cupiera exigir de modo inmediato el montante de la legítima, sin perjuicio de recibir en su día por vía de restitución el resto del haber que le hubiese sido fideicomitado (157).

El artículo 813, § 2.º, del Código civil tiene como precedente el artículo 643 del Proyecto de 1851. Y García Goyena (158) señaló como antecedente de éste la citada ley 32, Cod. III-XXVIII. Ello aconseja la interpretación de que la dilación o condición o sustitución puesta o antepuesta a la legítima se deben entender por no puestas, con lo cual no hay que entender como preterido —ni hace falta entenderlo así para su protección— al hijo que hubiera sido designado sustituto vulgar (159) o sustituto fideicomisario o instituido a plazo inicial o bajo condición, aunque ésta no se cumpla, en cuanto se consideren como no puestas respecto a la legítima las condiciones y las dilaciones (plazos, condiciones de futuro o sustituciones diferidas).

- d) *Atribución a título de herencia o legado revocada en el último testamento o de facto por enajenación de la cosa asignada.*

Notemos que si el vicio de preterición es fundamentalmente de carácter formal, el supuesto del que ahora vamos a tratar no debe plantearse precisamente con relación al objeto de la institución o del legado revocados, sino con referencia al testamento que contiene la disposición o al posterior que contiene su revocación en caso de haberse efectuado ésta en forma expresa.

(154) RODRIGO SUÁREZ, *Repetitio l. Quoniam...*, cit., Limitat XV (vol. cit., p. 476), donde expone la discursión de los autores acerca de si el *ius vetus*, mantenido en el *ius novum* o *iure Codicis*, se conservaba o no en el *iure novissimo* o *iure Authenticarum*.

(155) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. cit., lib. II, XX, n. 252 (ed. y vol. cits., fol. 225) y n. 273 (fol. 226 vto.).

(156) Cod. III-XXVIII, 36, § 1.º, que en sus apartados 2.º y 3.º dispuso que: "Así, pues, mandamos que la restitución de la cuarta parte se haga, desde luego, sin esperar a la muerte del heredero, ni a intervalo de tiempo, y que lo demás que reste después de la porción legítima se restituya cuando el testador dispuso. De tal manera, pues, tendrá pues el hijo su porción íntegra y tal cual las leyes y nuestra constitución dispusieron, y el heredero gozará, con legítima reducción, de los bienes que el testador le dejó".

(157) Contra el criterio expuesto en la glosa de Accursio, se manifestó VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. cit., lib. II, § XX, n. 253 (gol. 225) y n. 274 (fol. 226 vto.).

(158) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 643, p. 94.

(159) ROCA SASTRE. Notas al Kipp, § 132, I, 5 (vol. 2, p. 315) estimó que instituido el legitimario heredero sustituto vulgar no cabe hablar de preterición.

Planteadas así la cuestión, es evidente que ni en el primer testamento, en el cual fue instituido heredero el legitimario o en el que a favor suyo se ordenó un legado de cosa existente, ni en el segundo testamento, en el que expresamente fue revocada tal disposición, se incurrió en preterición respecto al mismo.

Si, como antes vimos, no hacía falta en el Derecho común —ni creemos que tampoco la haga en el régimen vigente— usar palabras sacramentales para desheredar, es evidente que ha de equivaler a ella la revocación de la institución de un legitimario, verificada sin otorgarle a ésta ninguna otra atribución, bien se haya efectuado con expresión de causa —salvo en el caso de que ésta fuera legal y se probare su certeza, supuesto en el cual sería eficaz— o sin expresión de causa —hipótesis en la cual se incurriría en una desheredación injusta, pero en modo alguno en preterición, lo mismo que en los casos del supuesto anterior en los cuales la causa expresada no fuese legal o no se probare su certeza—.

Pero examinemos los supuestos de atribuciones de legados o de instituciones en cosa cierta en pago de la legítima que sean revocadas tácitamente en virtud de la norma del artículo 869 del Código civil (160).

Así tenemos un legitimario al cual sólo le ha legado el testador una cosa que éste más tarde transforma, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía, o enajena, o que perece totalmente (161). Conforme el artículo 869, el legado ha quedado sin

(160) Artículo 869 Código civil: “*El legado quedará sin efecto: 1.º Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía. 2.º Si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa. 3.º Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado a pagar el legado responderá por evicción si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el artículo 860*”.

(161) MANUEL DE LA CÁMARA (*Estudio sobre el pago con metálico de...*, *Fundamento...*, III, A, 3, b, en *Centenario...*, vol. cit., pp. 799 y ss.), entendió respecto a este supuesto que: “El testador no ha omitido al legitimario ni ha exteriorizado en el testamento una voluntad dirigida a privarle de la legítima. Antes, al contrario, ha procurado, aunque no lo haya conseguido, respetarla. La nulidad de la institución, remedio a todas luces exorbitante e innecesario, sólo está prescrito para las hipótesis de preterición o desheredación injusta, en los que no encaja”. “Para proteger adecuadamente al legitimario, es sólo necesario, y, por consiguiente, suficiente, reconocer su derecho a reclamar y hacer suya la cuota reservada, en los términos y con la extensión que...” (pp. 805 y 806).

Por el contrario, GARCÍA-BERNARDO (op. cit., pp. 109 y ss.) estima que se trata de un supuesto de preterición. “Esta ineficacia [del legado, por aplicación del art. 869] —dice (pág. 113)— deja sin valor jurídico la designación del legatario, que no le confiere título alguno, que convierte la disposición, al desaparecer el objeto, en una mención personal sin trascendencia jurídica y

efecto. Pero es también cierto que en el testamento no se había incurrido en preterición, puesto que en él se había legado al legitimario una cosa entonces existente. Es evidente, pues que en ese caso no puede haber preterición, sino inoficiosidad total, en el supuesto de que tras la ineficacia del legado no restare al legitimario derecho alguno derivado de la disposición testamentaria.

Pero el testador, al ordenar el legado, realiza un reconocimiento del derecho del legitimario expreso o tácito —según diga o no que ordena el legado en pago de la legítima—, a la vez que realiza una asignación concreta en pago de este derecho. La revocación tácita del legado, lo que revoca —en general y más o menos totalmente (162)— es esa asignación. Pero, en cambio, no creemos que pueda estimarse que revoque también el reconocimiento de la legítima. Siendo así, no hay ni preterición ni inoficiosidad, sino que resta un genérico reconocimiento de la legítima hecho sin concreción para satisfacerla, ya sea en una institución de heredero o bien en una asignación de bienes.

14. *Presupuestos de la preterición*

Hemos visto que preterición y testamento son dos instituciones íntimamente ligadas. Tanto es así, que en los codicilos no existía problema de preterición (163). Pero, además, la preterición estaba

que no puede evitar la preterición, porque es una mención que contraría, como dijimos, la naturaleza del testamento, acto dispositivo de bienes”.

(162) El artículo 869 no es de derecho necesario. El testador puede prevenir otra cosa para los supuestos por él mismo determinados. V. gr., el pago al legatario del equivalente en metálico, o bien la actuación de la subrogación legal a favor de éste. Pero, además, estas previsiones pueden no estar literalmente expresadas en el testamento, sino resultar de la intención del testador, “según el tenor del mismo testamento” conforme a la norma interpretativa del artículo 675, § 1.º. Y, en este caso, no hay duda que la circunstancia de tratarse de un legado en pago de la legítima es un dato a valorar si la solución, diversa a la dada en el artículo 869, halla algún apoyo en el texto o en el contexto del testamento. Así, el Tribunal Supremo en S. 28 de octubre de 1930 —aún referida a un caso al que era aplicable el Derecho catalán— estimó que no fue infringido el artículo 869 Código civil, por la Sentencia recurrida, que no había estimado como de revocación tácita, sino de subrogación de la cosa un supuesto de sustitución por otro del solar legado a un legitimario, atendiendo a la apreciación de conjunto de las pruebas practicadas y “teniendo en cuenta que el legado se hizo como inherente al propio derecho del legatario por tratarse de su legítima”.

(163) Dig. XXIX-VII, 3, § 1, y 19; Cod. VI-XXXVI, 1 (que aclara que esa invulnerabilidad de los codicilos a la preterición se concreta a los otorgados *ab intestato*, mientras que los complementarios de un testamento se invalidaban si éste se anulaba por preterición); y Partida Sexta, tít. XXII, ley 3.ª, ap. 5.º (“*Otrosi dezimos, que el cobdiculo non se desata, magüer nazca después fijo a aquel que lo fizo*”): GREGORIO LÓPEZ, al glosar las palabras “*magüer nazca después*”, de esa ley (cfr. ed. y vol. cits., p. 679, gl. 16), observó que “en virtud de la ley 1 del tít. de los testamentos del Ordenam. real, la que dispone valgan los legados, aunque el heredero repudie, o de otra suerte no admita, parece que no podrá decirse que los codicilos dependan del testamento, y de:

contrapuesta a la disposición total de los bienes a título universal, inevitable en todo testamento romano no militar en virtud de los principios de la universalidad de la institución de heredero y de la incompatibilidad entre las sucesiones testada e intestada (164). Por eso, desde el momento en que puede haber testamentos que carezcan de institución de herederos o en los que se compatibilicen una institución testamentaria, en parte de la herencia, con los llamamientos *ab intestato*, en el remanente de la misma, resulta posible que no se incida en vicio de preterición en algunos testamentos carentes de la mención de todos los legitimarios.

Así vemos, v. gr., cómo Vázquez de Menchaca (165), resumiendo la común opinión de los autores, explicó que no se incurría en preterición en los supuestos:

- de haberse otorgado el testamento con cláusula codicilar (166),
- o en la cláusula *omni meliori modo et forma, quo valere possit* (167).
- cuando por costumbre sea remitida tal formalidad (168),
- o lo sea por ley o estatuto (169),
- en caso de tratarse de un testamento militar u otorgado en tiempo de guerra (170).

consiguiente, que de cualquier modo que ésta se invalide, no obstará esa circunstancia para que subsistan las mandas hechas en los codicilos; parece, pues, que d. l. encarga la prestación de tales mandas a los herederos abintestato; ahora bien, así como los codicilos subsistieron por más que se invalidara el testamento, si expresamente se hubiese rogado a los herederos legítimos que cumplieran con las mandas en ellos dispuestas, l. l. 14 y 29 C. de fideicom., parece que lo mismo ha de tener lugar cuando semejante encargo viene de la ley, como en nuestro caso. Medite el lector esta nueva razón".

(164) Cfr. *Apuntes...*, II, § 1.º, B, a (ed. sep. pp. 127 y ss., y A. D. C. IV-IV, pp. 1358 y ss.).

(165) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y lib. cit., § XX, nn. 87 y ss., fol. 188 vto. y s. y nn. 264 y ss. y fol. 226 y s.

(166) N.º 87, *Declaratio* 1 (fol. 188 vto. *in fine* y s.) y n. 272, *limitatio* 13 (fol. 226 vto.), en rel. con n. 251 (f. 225). Respecto la cláusula codicilar cfr. FRANCISCO GINOT LLOVATERAS, *La antigua cláusula codicilar y la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, en Centenario de la Ley del Notariado, vol. I —Madrid, 1962—, pp. 591 y ss.

(167) N.º 268, *limit.* 9 (fol. 226 vto.), en rel. n. 247 (fol. 224 vto.). Cfr. *supra*, n. 65 y notas 29 y 30, la opinión de Matienzo, quien opinó que esta cláusula debía entenderse tácitamente incluida en todos los testamentos notariales. Acerca de la cláusula *omni meliori modo*, cfr. *Apuntes...*, I, § 5, nota 174 (ed. sep. pp. 57 y s., y A. D. C. IV-II, pp. 473 y s.), y II, § 2.º, C. c. (ed. sep. p. 159 y A. D. C. IV-IV, p. 1399) y, especialmente, *Cautelas de...* nota 520 (vol. cit., p. 190), y Ginot, op. cit. VI, 1 y 3 (vol. cit., pp. 619 y ss. y 625 y ss.).

(168) N.º 88, *Declara.* 2 (fol. 189) en rel. n. 281 *ampliatio* 12 (fol. 228).

(169) N.º 89, *Declarat.* 3 (fol. 189), en rel. n. 281, *ampliat.* 5 (fol. 227 vto.) y n. 245 (fol. 224) en las que limita el supuesto de la ley 1 tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá (I, tít. 4, lib. V Nueva Recop. y 1, tít. 18, lib. X de la Novísima Recop.) al caso de no instituirse heredero a ningún otro hijo ni a extraño alguno (cfr. sobre esta cuestión, *supra*, n. 2 y notas 24 y ss.).

(170) N. 91, *Decl.* 6 (fol. 189), basándose en la ley 4, tít. I, Sexta Partida; y n. 281, *ampliat.* 6 (fol. 227 vto.).

- en el testamento *pias causas* (171),
- en el testamento *parentem inter liberos* (172),
- en la *divisio inter liberos* efectuada sin haberse instituido herederos (173),
- en el testamento otorgado ante párroco (174) y en el *apud acta iudicis* (175),
- en los otorgados en peregrinación, o estando encarcelado por un tirano, o en lugar rural, o en tiempo de epidemia, o en sitio hostil (176).

En el Código civil es sabido que, conforme los artículos 658, § 3.º; 764, 891 y 912, n. 2, se ha admitido no sólo la posibilidad de testamentos sin heredero (177), sino de herencia deferida en parte testada y en parte intestada (178) y de herencia distribuida íntegramente en legados (179). Y, en consecuencia, con relación con nuestro tema

(171) N. 92, *Decl.* 8 (fol. 189) y n.º 267, *limitat.* 8 (fol. 226 vto.) en rel. n. 246 (224 vto.).

(172) N. 94, *Decl.* 10 (fol. 189) rel. 264 (fol. 226) donde lo limita al supuesto en que no se instituya heredero a nadie. Otros autores, en cambio, estimaron que en todo testamento *parentem inter liberos* debía sobreentenderse puesta la cláusula *omni meliori modo...* (cfr. COVARRUVIAS, op. cit., cap. *Raymuntius*, § 1, n. 4.ª ed. y vol. cits., p. 67; y MATIENZO, op., lib. y tít. cits., ley 1, gl. 10, n. 59, fol. 81 vto.).

(173) N. 270, *limit.* 11 (fol. 226 vto.) en rel. n. 249 fol. 224 vto. y s., donde establece la limitación de que no se haya instituido heredero a ninguno.

(174) N. 96, *Declar.* 13 (fol. 189).

(175) N. 90, *Decl.* 4 (fol. 189) y n. 281, *Ampliat.* 3 (fol. 227 vto.).

(176) N. 94, *Declar.* 11; n. 95, *Declar.* 12; n. 97, *Declar.* 14; n. 99, *Declar.* 16; n. 100, *Declar.* 17 (fol. 189); n. 281, *Ampliat.* 7, 8 y 10 (fol. 227 vto.).

(177) Es sabido que en el año 1348 la ley 1 tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá, derogó los principios romanos de la necesidad de la institución de heredero y de la aceptación de éste para la validez del testamento (cfr. *Apuntes...*, II, 1.º, A, b, ed. sep., pp. 119 y s., y A. D. C., IV-IV, pp. 1350 y s.). Doctrina recogida en el artículo 764, § 1.º del Código civil al prevenir que: “*El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar*”.

(178) Entre los autores castellanos de los siglos XVI y XVII, predominó el criterio de quiénes estimaron que la citada ley del Ordenamiento de Alcalá no había derogado los principios de la *universalidad de la institución de heredero* y de la *incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada*. Pero a finales del siglo XVIII y en los primeros tercios del siglo XIX, vemos preponderar el criterio contrario, recogido en el Proyecto de 1851 y consagrado en el Código civil en sus artículos 658, § 3, 764 y 912, n. 2. (cfr. *Apuntes...*, II, 1, B, b, y E, b, ed. sep. pp. 129 y ss., y 145 y s., y A. D. C., últ. cit., pp. 1360 y ss., y pp. 1376 y s.).

(179) El Código civil, en los artículos 764, 891 y 912, n. 2, siguiendo al proyecto de 1882 llegó más allá aún que los preceptos del Ordenamiento de Alcalá y que los autores castellanos, puesto que admite la posibilidad de que toda la herencia sea distribuida en legados. Criterio sin otro precedente castellano que la solución dominante entre los comentaristas de la repetida ley del Ordenamiento de Alcalá, dada para el caso de no aceptar la herencia ningún heredero, según la cual en ese supuesto los legatarios podían dirigirse al Juez para reclamar el cumplimiento de las mandas y legados dispuestos en el testamento (Cfr. *Apuntes*, II, § 1.º, A, d y E, ed. sep. pp. 123 y ss. y 146, y A. D. C., últ. cit., pp. 1354 y ss. y 1377).

surge la pregunta de si, en esos supuestos, en caso de no ser mencionado algún heredero forzoso en línea recta, cabe estimar o no que el testador incurrió en preterición (180).

Si la sucesión intestada tiene lugar, siquiera sea tan sólo en parte, resultará que por ella serán llamados los legitimarios y así, propiamente, no habrá lugar a la preterición, sino, en su caso, al ejercicio de la acción de complemento, por cuanto hay que entender que el testador en aquella parte de la que no dispuso se remitió a las reglas de la sucesión intestada (181).

De distribuirse toda la herencia en legados, como la preterición no anula sino la institución, pero no los legados, habrá de reducirse la aplicación del artículo 814 tan solo a su aspecto positivo de validez de los legados, y en lo negativo será de aplicación el 817 del Código civil (182), es decir, habrá lugar a la acción de reducción de los legados (183).

15. *Determinación en razón de su parentesco de las personas que no pueden ser preteridas*

Antes hemos visto someramente quiénes por *ius civile* y *ius praetorium*, debían ser instituidos o exheredados, y también la innovación de la Novela CXV de Justiniano que generalizó este deber con respecto de descendientes y ascendientes sin distinción de sexo o agnación. En las Partidas, según hemos visto, la ley 1.^a, título VIII de la Sexta Partida, en sus tres últimos párrafos, se refiere a la preterición de descendientes y ascendientes, indicando que el testamento en que se incurriere en ella *non vale, nin es nada y pues que non deve valer, non se puede quebrantar*. Añadamos que también las

(180) Para este supuesto, MATIENZO (op. cit., lib. V, tit. IV, ley 1, gl. 49, fol. 81), ANTONIO PICHARDO DE VINUESA (Commentarium in quatuor Institutionum Iustinianearum libros—Valladolid, 1630— lib. II, tit. XVIII, § *Igitur quartam*, n. 26, p. 337) y AYLLÓN LAINEZ (Add. cits. ad lib. I, cap. XI, n. 2 § *Dubitatur autem*, p. 60), estimaron que el testamento conservaba su validez. Como sintetizó el último de los tres autores citados: "In quo (praeterito filium) certa resolutio est, quod si pater nullo instituto herede, suum faciat testamentum, illud valeat, nec filius ius dicendi nullum habeat, cum ipse censeatur heres *ex d. lege 1.^a*" (es decir, la 1 tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá).

(181) En este sentido cfr. NAVARRO AMANDI, op. y vol. cits., art. 814, cuest. 1.^a ap. final, p. 306; VALVERDE VALVERDE, op. y vol. cits., cap. XXIII, § III, *Efectos*, primer caso, p. 309; GUILLERMO G. VALDECASAS, op. cit., II, 2, loc. cit., p. 956 *in fine* y s.; GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 124.

(182) Cfr. en igual sentido ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, loc. cit., p. 207—que aplica el último inciso del primer párrafo del art. 814, común sólo con el art. 891—; nuestros *Apuntes...*, II, § 1.^o, C, ed. sep., p. 136, y A. D. C., últ. cit., p. 1367, donde afirmamos se trata de un caso de aplicación del art. 815 y no del 814 C. c.; y GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 121, nota, 305.

(183) Cfr. nuestros *Apuntes...*, II, § 1.^o, C, ed. sep., p. 136, y A. D. C., últ. cit., p. 1367. Doctrina aplicable incluso en el caso de distribuirse la herencia en legados parciarios (S. en enero 1918). Cfr. *Apuntes...*, II, § 4.^o, E, 1.^o, ed. sep., p. 271, y A. D. C., V-III, p. 879.

Partidas regularon la preterición del hermano pospuesto a *ome que fuesse de mala vida o enfamado* (184) u *ome de mala fama* (185), admitiendo que en este caso puede “*quebrantar el testamento*”, es decir “*querellarse ante el Juez e quebrantar el testamento*”. Y que respecto a las madres naturales, la ley 11, título XIII de la misma Partida, en su apartado primero razonó que “*Las madres siempre son ciertas de los fijos que nascen dellas; por esta razón todo fijo deve heredar en los bienes de su madre en una con los otros fijos légitimos que nascen della, quier sea legitimo o non. Fueras ende...*” (186). Nombrando Gregorio López, como acción consiguiente, la querrela de testamento inoficioso, acción que estima corresponde correlativamente también a la madre natural y demás ascendientes maternos en la herencia de tales hijos (187).

El artículo 640 del Proyecto de 1.851 señala como sujetos pasivos de la preterición a “*los herederos forzosos en línea recta*”, siendo de tener en cuenta que—conforme el art. 641— “*sólo se estimaban herederos forzosos a los hijos y descendientes legítimos y a los padres y ascendientes legítimos*”. E igual criterio se observa en el Anteproyecto de 1882-1888, en su artículo 799 en relación con el 792. Pero, en el Código civil, aunque el artículo 814 sigue hablando de *herederos forzosos en línea recta*, el artículo 807, en su número 3, incluye entre los herederos forzosos a *los hijos naturales legalmente reconocidos y al padre o madre de éstos*. Ello ha dado lugar a que se cuestionase si en la disposición del artículo 814 se incluían también estos herederos forzosos de nuevo cuño.

(184) Partida 6.^a, Tít. VII, ley 12, apartados 4.^o y 5.^o: “*E aunque non fiziesse mención del en el testamento, puede dexar lo suyo a quien quisiere, quando non ouire fijos, nin otros que descendiessen del de la línea derecha, nin padre, ninuelos; fueras ende, si estableciesse por su heredero atal ome, que fuesse de mala vida, o enfamado. Ca estonce non valdría el establecimiento de tal heredero; ante dezimos que el hermano puede quebrantar el testamento...*”.

(185) Part. 6.^a, Tít. VIII, ley 2, apartados 2, 3 y 4: “*E como quier que non faga emicente del hermano en el testamento, nin le dexa ninguna cosa de lo suyo, non le pertenece al hermano, de fazer querrela del testamento que el otro su hermano ouiesse fecho, nin lo puede quebrantar. Fueras ende si aquel que fuesse establecido por heredero, fuesse ome de mala fama, o ouiesse seydo sieruo del testador, o otro quel ouiesse aforrado, e después lo estableciesse por su heredero, por falago que le fiziesse el aforrado, non lo meresciendo él, nin auiendo derecha razón, por lo que deuísse fazer. Ca seyendo el heredero tal como sobredicho es, estonce bien podría el hermano querellarse ante el Juez, e quebrantar el testamento, en que fuesse establecido por heredero...*”.

(186) A continuación, dicha ley 11, excluye a los incestuosos y a los hijos de dañado ayuntamiento, y señala que los espurios no deben heredar con los legítimos.

(187) GREGORIO LÓPEZ glosa a las palabras “*Deve heredar en los bienes de su madre*” de dicha ley 11, tít. XIII, 6.^a P. (cfr. ed. y vol. cits., pág. 703, nota 74): “de consiguiente la madre, la abuela y demás ascendientes de la línea materna tendrán la querrela de testamento inoficioso contra el testamento de dicho descendiente”.

- a) ¿Están incluidos los hijos naturales y recíprocamente su padre o madre en el precepto del artículo 814, § 1.º?

Es de notar que el artículo 807, en su n. 3.º, al declarar herederos forzosos también al cónyuge viudo y a los hijos naturales legalmente reconocidos, y al padre o madre de éstos, determinó que éstos y aquél fueran herederos forzosos en la forma y medida que establecen los artículos 834, 835, 836, 837, 840, 841, 842 y 846" —según su primitiva redacción—, o "los artículos 834 a 842 y 846" —según su vigente redacción—. ¿Indica esta limitación —que no aparece en los núms. 1.º y 2.º del art. 807, para descendientes y ascendientes legítimos—, la inaplicación a los naturales de aquellos preceptos relativos a las legítimas, en general, que no resulten complementarios de los reseñados, sino que —como el artículo 814—, exceden en sus efectos del contenido asignado a estos legitimarios del n. 3.º del artículo 807 en los artículos a que este número se remite?

Lo cierto es que los primeros comentaristas del Código civil no estuvieron de acuerdo en cuanto a esta cuestión.

En contra de la aplicación a los padres e hijos naturales de las consecuencias de la preterición se arguyó (188):

1.º Que la expresión de *línea recta* se limita, en el Código civil, a referirse a ascendientes y descendientes legítimos, como se infiere de la Sección "Del parentesco" en el título "De la sucesión intestada", artículos 915 a 923, y, especialmente, de los artículos 917 y 918 y del Capítulo "Del orden de suceder, según la diversidad de líneas", dentro de la cual se habla de línea recta descendente y ascendente sólo con relación a los hijos y nietos y a los padres y abuelos, y en sección aparte: "De los hijos naturales reconocidas".

2.º El carácter restrictivo de los derechos hereditarios del hijo natural.

3.º Los efectos exorbitantes que resultarían de la aplicación a favor de los hijos naturales de la doctrina de la preterición (189).

A favor de su aplicación fue alegado (190):

1.º Que el artículo 814 no distingue al hablar de los herederos forzosos en línea recta, que su letra no habla de *parientes en línea recta*, en cuyo caso podría entenderse que sólo se refería a la familia legítima, sino de *heredero forzosos en línea recta*, entre los cuales

(188) MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., vol. XIV, arts. 812 a 817, III P. (ed. cit., pp. 420 y ss.).

(189) Esta exorbitancia ha sido destacada contemplando los supuestos resueltos en casación por el Tribunal Supremo, por MANUEL DE LA CÁMARA, *Derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en Rev. Der. Notarial VII (enero-marzo 1955), pp. 65 y ss.

(190) MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 814, *Coment.* 1.º, A (ed. cit., pp. 346 y ss.), a quien secundó SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-II, cap. XVI, n. 34. 3.º (ed. cit., pp. 1133 y ss.), y cuyo criterio vemos aprobado más tarde por DE BUEN, *Notas cits.*, cap. II, sec. IX, § 7.º (ed. cit., p. 345), y seguida por casi todos los autores (cfr. PUIG PEÑA, op. y vol. cits., cap. XIV, I, B 3.º pág. 377).

están el padre y el hijo natural, pues la palabra *línea* “no es patrimonio de los ascendientes y descendientes legítimos”.

2.º Que lo prueba la contraposición de esos herederos forzosos en línea recta al cónyuge, y la consideración de que sería absurdo que el legislador, al tratar de la preterición, se hubiera olvidado del hijo y del padre natural.

Pero, entre estas posiciones extremas, cabe aún otra tercera que distingue el supuesto en que el hijo natural concurre con herederos forzosos en la línea recta y legítima, o el caso en que concurra con herederos voluntarios o con el cónyuge viudo, estimando que sólo en este segundo supuesto es aplicable el artículo 814 a favor del hijo natural o, en su caso, a favor del padre o madre naturales (191). En apoyo de esta posición cabe aducir que:

1.º Los ascendientes y descendientes legítimos tan sólo pueden invocar la preterición cuando, en virtud de la consiguiente nulidad de la institución, serían herederos ab intestato, que es el resultado al que conduciría la declaración de aquella nulidad de la institución.

2.º Resulta absurdo que la omisión del hijo natural rompa la institución hereditaria dispuesta a favor de un hijo o padre legítimos, siendo así que la legítima de aquél se limita tan sólo ya sea a toda la cuota de libre disposición, o bien a una participación de ella.

El Tribunal Supremo, en S. 16 enero 1895 (192), 25 mayo 1917 y 23 abril 1932, consideró no preteridos, por la razón de haberles asignado el testador sendos legados, a los hijos naturales a quienes había silenciado como tales hijos, habiendo sido instituidos en los tres casos herederos a hermanos del propio testador.

En S. de 17 junio 1908, 27 febrero 1909 y 11 marzo 1950, estimó la nulidad total, por preterición de hijos naturales, de la institución de heredero dispuesta a favor de unos sobrinos del causante, en el pri-

(191) Esa posición fue subsidiariamente aducida por SCAEVOLA (loc. últ. cit., pp. 422 y s.) y defendida como letrado por Antonio Hernández Gil en el recurso de casación desestimado por la S. 22 mayo 1950 (cfr Jurisprudencia civil de la R. G. L. y J. XXX, marzo-mayo 1950, pp. 1275 y s.).

(192) MUCIUS SCAEVOLA (loc. últ. cit., pp. 421 y s.) afirma que en virtud de la S. 6 enero 1895, y por decir ésta en uno de los considerandos que el hijo natural no puede aspirar sino a la tercera parte del haber hereditario, “resulta limitado a esto su derecho, y, siendo así, es clarísimo que no procede la destrucción del derecho de los herederos instituidos sino en lo que perjudique a dicha porción”, y que “el hijo natural, a semejanza del cónyuge viudo, conserva el derecho que le concede la ley, pero sin que su preterición determine la nulidad de la institución y, así consta en la Sentencia referida, en la que se declara subsistente la institución de heredero a favor de los hermanos del testador en lo relativo a los otros dos tercios del caudal hereditario”. Pero debe tenerse en cuenta que esa afirmación, comentada por Scaevola, se halla en el cuarto considerando de la Sentencia y que éste prosigue el razonamiento, contenido en el tercer considerando, según el cual, después de reconocer el carácter de herederos forzosos de los hijos naturales y de definir la norma del art. 814, declara que no es aplicable este precepto, sino los arts. 815 y 817 C. c., respectivamente, en los casos de haber recibido el heredero forzoso, por cualquier título, menos de su legítima y de deberse reducir las disposiciones testamentarias que la mengüen.

mer caso, de la mujer del testador, en el segundo, y de sus entenados, hijos de un anterior matrimonio de su esposa, en el tercero, y la S. 22 mayo 1950 por igual causa declaró la nulidad de la institución de una hija legítima.

La S. 2 julio 1904, en un supuesto que venía predeterminado por un pleito anterior, en el cual la Audiencia sólo había anulado la institución de heredero del cónyuge viudo en cuanto a la legítima de las hijas naturales y que no había sido debidamente recurrida, rechazó que fueran nulas unas ventas verificadas por los albaceas y cuyo importe cabía fuera de la legítima de los hijos naturales. La S. 11 mayo 1909 contempló un supuesto en el cual la hija natural sólo había reclamado contra la viuda del causante la nulidad de la institución en cuanto a la parte que por legítima le correspondía.

Es decir, que el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la preterición de un hijo natural anula la institución de los herederos no forzosos o la del cónyuge viudo (193), y una sola vez que también anula la de los hijos legítimos (194).

(193) La S. 27 febrero 1909, en su 5.º considerando declaró que: "al emplear dicho art. 814 el concepto legal de herederos forzosos en línea recta no puede entenderse que se refiera especialmente a los ascendientes y descendientes legítimos con exclusión de los hijos naturales reconocidos; primero, porque el artículo no establece distinción ninguna en favor de la legitimidad, siendo, por tanto, aplicable el principio de derecho *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*; segundo, porque con igual carácter de herederos forzosos son llamados conjuntamente con los descendientes o ascendientes legítimos por los artículos 840 y 841; y tercero, porque los 807, número 3.º, y 842 les imprimen, a mayor abundamiento, el carácter de herederos forzosos, deduciéndose lógicamente, por tanto, de todo lo expuesto que los hijos naturales reconocidos, con relación a sus padres, se hallan en línea recta descendente lo mismo que los legítimos, doctrina ya sancionada por este Tribunal Supremo en 17 de junio de 1908, único precedente en que se planteó y debatió de manera concreta el punto en que este recurso se sometió a discusión."

(194) S. 22 mayo 1950 que, después de reiterar en su segundo considerando que, como el art. 814, "aparte de la excepción concretamente señalada del viudo o viuda, no hace distinción alguna entre los demás herederos forzosos consignados como tales en el artículo 807 del Código, es obligado concluir con la Sala de instancia, al aplicar la norma del citado artículo 814 del Código civil al caso presente anulando la institución de heredero universal de la demandada", "no ha cometido infracción alguna de dicho precepto legal, interpretándolo concierzo", razonó en el tercero, rechazando las brillantes alegaciones de Antonio Hernández Gil, como Letrado del recurrente, "que en el segundo motivo, al que el recurrente atribuye el carácter de subsidiario, se plantea el problema de que por ser tan acusada la diferencia de derechos entre una hija legítima, que ostenta sobre la herencia además de su condición de heredera universal, y un hijo natural reconocido, la preterición de éste en el testamento no puede anular la institución de herederos de la primera, sino, a lo más, en la medida en que es causa directa para la instituida y de privación para el preterido, esto es, en el *quantum* de la legítima del último, porque en todo caso la cuota perteneciente al hijo natural habría de sacarse del tercio de libre disposición, y para ello no precisaba alterar la situación de la heredera universal legítima, y cita el recurrente en apoyo de su tesis tres sentencias de este Tribunal Supremo, cuya doctrina considera infringida por su no aplicación, además de la interpretación errónea del artículo 814 del Código civil; pero aparte de que este aspecto

En bastantes de los supuestos contemplados, la petición de que se declarara la condición de hijo natural del demandante fue formulada con posterioridad al testamento e incluso en algunos casos después del fallecimiento del testador (195).

b) *¿Lo están el adoptado plenamente y su adoptante?*

De conformidad al § 1.º del artículo 179: “*por ministerio de la Ley, el adoptado, y por representación sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión de aquél, los que la Ley concede al padre natural*”.

¿Tendrán, consecuentemente, si son preteridos, el derecho a pedir la nulidad de la institución? ¿Puede considerarse ese derecho como un derecho “*en la herencia del adoptante*”? ¿Tienen valor preciso estas últimas palabras? ¿Es total la equiparación a los hijos naturales de los adoptados plenamente?, y ¿lo es la asimilación al padre o madre naturales del adoptante con adopción plena?

Dejamos de lado los precedentes históricos (196), dada la falta de enlace que en materia de adopción tienen con el Derecho vigente. Y veamos lo que nos dice la Exposición de motivos de la Ley de 24 abril 1958 acerca de la relación jurídica que de la adopción plena

de la cuestión no fue planteado, ni debatido en el pleito, y aparece como cuestión nueva en el recurso, incurriéndose por ello en la ilicitud que tiene declarada la jurisprudencia para esta conducta procesal, la pretensión del recurrente resulta paradójica frente a su sostenida afirmación de la inexistencia de bienes en la herencia, circunstancia que originaría, de subsistir dicha inexistencia, que la resolución que contuviera tal pronunciamiento habría de ser inútil y de imposible ejecución, y, además, la doctrina contenida en las tres sentencias que el recurrente cita, es en absoluto inaplicable al caso presente, porque en las tres consta declarada la existencia de bienes hereditarios, supuesto distinto al del pleito presente, tratándose en el primer litigio (sentencia de 26 de enero de 1895) de un caso de complemento de legítima; en el segundo (sentencia de 2 de julio de 1904), de un testamento sin institución de heredero, en ejecución por los albaceas, al comparecer las hijas naturales reconocidas reclamando su correspondiente cuota legítima, y en el tercero (sentencia de 11 de mayo de 1909), el preterido limitó su demanda a pedir la nulidad de la institución de heredero únicamente en cuanto afectase a lo que por su legítima le correspondía, por lo cual se estimó que sólo procedía la rectificación en la cantidad perteniente de las particiones de la herencia ya efectuadas (influjo del artículo 1.080 del Código); resultando de lo expuesto que el Tribunal *a quo* obró correctamente al no hacer aplicación de la doctrina jurisprudencial mencionada al presente caso, y como queda consignado al examinarse el primer motivo, interpretó con acierto el artículo 814 del Código civil, por lo cual, tanto por el defecto procesal apuntado como por las razones últimamente consignadas, procede desestimar este segundo y último motivo del recurso.”

(195) La S. 27 febrero 1909 hizo constar expresamente que el derecho a pedir la nulidad de la institución corresponde, en caso de ser preteridos, a los hijos naturales aunque hayan obtenido la declaración de su filiación con posterioridad al testamento de su padre natural.

(196) Cfr. VÁZQUEZ DE MENCHACA, op., lib. y cits., n. 18, 19 y 20, fol. 171 y s.

resulta: “en la adopción plena, adoptante y adoptado ocupan en sus respectivas herencias el mismo lugar que los hijos naturales reconocidos y los padres que los reconocieron. Parece que los derechos y obligaciones que engendra la adopción plena debieran asemejarse a los que dimanar de la filiación legítima y no de la natural, pues más perfecta es la copia cuanto más lo sea el modelo. Pero tal solución hubiese hecho más intenso el vínculo adoptivo que el de la filiación natural. Por eso, al regular los efectos de la adopción sobre el derecho sucesorio, la posición del adoptado plenamente queda equiparada a la del hijo natural reconocido, tanto en la sucesión legítima como en la forzosa”.

En ese texto se habla más genéricamente de tal equiparación en cuanto al derecho sucesorio y no sólo —como en el antiguo se decía— en cuanto a los derechos *en la herencia*. Todo lo cual, y dado el espíritu de la disposición, según lo expresado en el transcrito texto de la Exposición de motivos, nos inclina, en principio, a estimar que la equiparación pretendió abarcar la cuestión que aquí estudiamos.

Pero, por otra parte, el carácter restrictivo con el cual debe aplicarse la analogía y mucho más tratándose de una institución de efectos tan duros, nos inclina a considerar que, a falta de una expresión clara y rotunda, parece aconsejable la solución contraria a la asimilación total (197).

c) *¿Es técnicamente preterición la del cónyuge viudo?*

El § 2.º del artículo 814 del Código civil dice que: “la preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 839 de este Código”.

Si los efectos de la preterición se diferencian del simple derecho a reclamar la legítima, porque los de aquélla dan lugar a la nulidad total de la institución de herederos, siendo estos efectos los que caracterizan esta institución que es particularmente formal, podemos concluir que la omisión del viudo o viuda podrá ser gramaticalmente preterición pero no lo es jurídicamente en sentido estricto y riguroso (198). Tanto más es de notar tal diferencia en cuanto, por otra parte, el preterido propiamente dicho debe instar la nulidad de la institución para beneficiarse por sus mayores derechos a la suce-

(197) Así, BONET RAMÓN (*Compendio...*, vol. V, CXXIX, núm. 132, B, pág. 705) entiende que la preterición del hijo o padre adoptivos en la adopción plena no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le concede el artículo 179.

(198) ROYO MARTÍNEZ (op. cit. XXI, 4, p. 245) razona: “por los frutos conoceremos el árbol, por la ineficacia de la institución de heredero (consecuencia legal) queda configurado el concepto de preterición, y es ocioso y equívoco emplear también tal palabra respecto del cónyuge viudo (art. 814, 2) si la consecuencia no le es aplicable. De aquí que sólo hablemos de herederos forzosos en línea recta en la definición que inicia este epígrafe.”

sión intestada, mientras que el cónyuge viudo no necesita demandar nulidad alguna para exigir su cuota legal usufructuaria forzosa (199).

16. *Determinación de quiénes no deben ser preteridos por razón de las circunstancias de tiempo de su nacimiento o del hecho causante de su carácter de herederos forzosos.*

A ese efecto cabe distinguir: los herederos forzosos premuertos, los póstumos y los cuasi póstumos; los descendientes del hijo premuerto y los de hijo desheredado o indigno, y los ascendientes que resulten herederos forzosos por premoriencia de todos los descendientes.

a) *Herederos forzosos premuertos*

Antonio Gómez (200), con referencia al Derecho común que estimó aplicable a Castilla, explicó que si el heredero forzoso preterido premoría al *de cuius* el testamento reconvalecía.

Este criterio es el que hallamos en el § 3.º del artículo 814 del Código civil: “*Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto*” (201).

b) *Herederos forzosos póstumos y cuasi póstumos.*

Hemos visto antes (202) que en la última reforma del artículo 814 Código civil ha quedado aclarada la equiparación de póstumos y de cuasi póstumos, y que hoy, unos y otros, están incluidos no sólo en el espíritu, sino en la letra de este artículo.

c) *Descendientes de un hijo del testador nacidos antes o después de otorgarse el testamento, que resulten herederos forzosos del testador por premorir a éste su dicho hijo, o en el caso de ser biznietos o tataranietos por premorirle todos los descendientes intermedios entre éste y el causante.*

Los primeros comentaristas del Código civil (203), al examinar el § 3.º del artículo 814, observaron que para surtir efecto su disposi-

(199) Cfr. RAFAEL RAMOS BASCUÑANA, *De las sucesiones. Tratado teórico-práctico según el Código civil*, t. II —Madrid, 1898—, cap. XXIX, n. 4, pág. 29.

(200) ANTONIO GÓMEZ, *Variae...*, Lib. I, cap. XI, n. 4 (ed. cit., pág. 136).

(201) FEDERICO PUIG PEÑA, (op. y vol. cit., cap. XIV, 2, p. 384) indica que se asimila al fallecimiento la declaración legal de fallecimiento.

(202) Cfr. *supra*, n. 10, nota 103.

(203) Cfr. MANRESA, op. y vol. últ. cits., art. 814, p. 355; SCAEVOLA, op. y vol. cits., arts. 813 a 817, III, B, p. 428.

ción no basta que premuera el hijo omitido, sino que es necesario que éste no deje descendientes, pues en caso de dejarlos, éstos adquirirían su derecho a la legítima y si fueron preteridos se anulará la institución.

Pero este criterio no debe entenderse solamente aplicable a los casos de premoriencia de hijos preteridos, sino en general a cualquier otro caso de premoriencia de un hijo —instituido o preterido— que deje descendencia legítima si ésta ha sido omitida por el testador (204).

Es decir, que la mención del padre premuerto no excluye la preterición de su stirpe si ésta no ha sido llamada en sustitución vulgar de aquél o mencionada en cualquier otra forma que no dé lugar a la preterición. La Dirección General de los Registros en RR. de 10 mayo 1950 y 14 agosto 1959, han calificado de preterición la omisión en el testamento del causante de sus nietos, hijos de un hijo premuerto, a pesar de que éste había sido instituido heredero en dicho testamento.

d) *Descendientes de un hijo desheredado o indigno.*

Después de nuestra postguerra, algunos autores han considerado que si los descendientes de un hijo desheredado o indigno hubiesen sido omitidos por el testador, tales descendientes debían considerarse preteridos y, por consiguiente, debía anularse totalmente la institución de herederos (205). Su argumento fundamental se centra en que los artículos 761 y 857 no hacen sino reiterar la afirmación de que los hijos del heredero forzoso indigno o desheredado son a su vez herederos forzosos y, en consecuencia, gozan de todos los derechos que por tal concepto correspondan, entre los que se halla el de invalidar la institución en caso de ser preteridos.

(204) Así lo han entendido ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU, *El derecho de representación en la sucesión voluntaria*, n. 5, en R. C. D. I., XIII (enero 1940), pp. 28 *in fine* y s.; TOMÁS ALBI AGERO, *Derecho de acrecer entre herederos forzosos*, en R. D. P. XXVI (febrero 1942), pp. 117 y ss.; ALFONSO CRUZ AUÑÓN, *Un caso frecuente de preterición*, en Anales de la Ac. Matr. del Notariado, vol. III (Madrid, 1946), pp. 547 y ss.; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II. Sucesiones (Madrid, 1948), cap. VIII, *Derecho de representación en la sucesión testada*, pp. 270 a 272; GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO, *Comentario a la Res. de 10 de mayo de 1950*, en R. C. D. I. XXIII, pp. 605 y ss.; y a la Res. de 4 agosto 1959, en R. C. D. I. XXXII, pp. 805 y ss.; MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *El derecho de representación en la herencia testada...*, loc. cit., pp. 34 a 37; ALFREDO REZA, *Incompatibilidad del derecho de representación con la sucesión testada*, en R. C. D. I. XXVIII (mayo-julio 1955), p. 303; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general* (Barcelona, 1961), 34, n. 182, pp. 203 y ss.; JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-III, cap. IV, pp. 395 y ss.; FRANCISCO BONET RAMÓN, *Compendio...*, vol. cit., § CXVIII, n. 56, c. pp. 315 y ss.; GARCÍA-BERNARDO, op. cit., p. 109.

(205) Cfr. GIMÉNEZ ARNAU, loc. cit., pp. 27 a 29; MANUEL DE LA CÁMARA, loc. ult. cit., pp. 34 y ss.; BONET RAMÓN, loc. ult. cit., pp. 315 y ss.; GARCÍA-BERNARDO, op. cit., p. 109.

Otros autores (206) han sostenido la opinión opuesta, entendiendo que dichos artículos dan derecho a los hijos del desheredado o indigno tan sólo a la porción de bienes que integra la legítima. Así lo creemos, reforzándonos en esta creencia la consideración de que se trata de normas innovadas, inspiradas en motivos de piedad que no deben interpretarse de modo extensivo, tanto más cuanto que no parece que la situación de los descendientes del indigno o del justamente desheredado deba ser mejor que la del hijo injustamente desheredado (207).

Cabe plantear si la preterición de un hijo indigno anulará la institución. Pregunta que debe contestarse negativamente, aduciendo que el hijo indigno no puede estimarse legitimado para impugnar el testamento del causante, puesto que ningún derecho tiene a su sucesión. Y aún cabe plantear, además, si su omisión debe considerarse como preterición de su estirpe. Pero, por ser los derechos de esta estirpe totalmente independientes de los derechos de su progenitor excluido —ya sea como consecuencia de la desheredación, o bien por disposición de la ley a causa de su indignidad—, cabe concluir que no parece razonable que la falta de mención del hijo indigno pueda influir en la calidad y la cuantía de los derechos que la ley concede a su estirpe, de modo especial y precisamente en compensación parcial de la pérdida de los derechos de aquél. Y, negado que en caso de ser mencionado el hijo indigno haya preterición de su estirpe, pese a no ser tampoco mencionada ésta, no queda base para aplicar otra solución distinta al caso de no haberse mencionado al hijo indigno.

e) *Ascendientes que por premoriencia de todos los descendientes —llamados o no— pasan a ser herederos forzosos.*

Su omisión queda comprendida, sin duda, en el texto del artículo 814 si al fallecer el testador tales ascendientes son sus herederos forzosos, independientemente de que no lo hubieran sido al otorgarse el testamento porque el testador, a la sazón, tenía descendencia que más tarde le premurió (208).

17. *Forma de la mención requerida para que no haya preterición.*

Hemos visto antes que en Derecho romano, para no incurrir en preterición, el testador debía instituir o bien desheredar *nominatim* o

(206) ROCA SASTRE, *Estudios...*, loc. últ. cit., pp. 271 y s.; FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos*, V, B, a, en R. D. P. XLV, 1961, p. 490; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones...*, loc. últ. cit.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, vol. y loc. últ. cit., pp. 399 y s. Criterio que ya había sostenido, al poco de aparecer el Código civil, NAVARRO AMANDI, op. y vol. cit., art. 761, pp. 216 y ss.

(207) La legítima del hijo injustamente desheredado se reduce a la corta o estricta, conforme S. 23 enero 1959.

(208) Cfr. MANRESA, loc. últ. cit., p. 355.

inter ceteros —según las circunstancias de agnación y parentesco y según los períodos históricos de dicho Derecho— a sus herederos forzosos. Pero al respecto concluyó por equiparar los póstumos a los nacidos (209), las hembras a los varones (210) y los que no se hallaren bajo la potestad del testador a los sometidos a ella (211), a los efectos de requerir que se efectuara *nominatim* su exheredación, caso de no ser instituidos. Doctrina recogida en la Ley 3, título VII de la Sexta Partida, en su primer apartado, al decir que “*Ciertamente, nombrándolo por su nome, o por sobre nome, o por otra señal cierta, deue el testador desheredar a cualquier de los descien den del por la línea derecha, quando lo quiere fazer; quier sea varón, o quier sea muger, o sca en su poder o no, de manera que ciertamente pueda saber qual es aquel que deshereda*”.

Vemos que el expresado texto consideró desheredado *nominatim* al nombrado, por su nombre, por su apellido o por otra señal cierta. Lo cual dio lugar a que se tratara de precisar las formas de desheredar *nominatim*. Así, Vázquez de Menchaca (212) indicó las siguientes:

1.^a *Per signum specificum*, v. gr.: “*filius meus Titius exheredes esto*” (213).

2.^a *Per signum uniuersale*, v. gr.: *omnis* (214).

3.^a *Per signum distributiuum*, v. gr.: *quilibet o quinquenque* (215).

4.^a *Sub apellatione caeterorum o relinquorum* (216).

5.^a *Per demonstratione corporis* (217).

Lo más discutido fue si la desheredación verificada *per signum indefinitum* (218) podía considerarse hecha *nominatim*. Distinguió la.

(209) Dig. XXVIII-III, 3, pr.; Cod. VI-XII, 2; Instit. II-XIII, § 2.

(210) Cod. VI-XXVIII, 4; Instit. II-XIII. pr. y § 5.º

(211) Cod. VI-XXVIII, 4.

(212) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op., pars. y lib. cit., § XX, nn. 48 y 49 (fol. 179 vto.).

(213) El apartado penúltimo de la ley 3, tit. VII, 6.^a Partida, admite que: “*Otrosí dezimos, que quando el testador ha un fijo tan solamente, a quien quiere desheredar, e dizele mal, que lo pudo fazer diciendo assi: El malo el ladron, e el matador, que non meresce ser llamado mio fijo, desheredolo por tal yerro que me fizo; ca tal desheredación como esta tanto vale, como si lo nombrasse señaladamente, quando le desheredasse.*” Siguió en esto la ley castellana el criterio de Ulpiano en Dig. XXVIII-II, 3, pr. respecto a las referencias “*non nominandus, vel non filius meus, latro, gladiator*”, o el “*ex adultero natus*”.

(214) Dig. XXVIII-II, 28, pr., ap. 1.º, texto en el cual Papiniano recoge la opinión de Paolo acerca de la debida forma de la fórmula de desheredación: “*ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunt*”.

(215) Dig. XXVIII-III, 3, § 5, ap. 1.º: “*Nominatim autem exheredatus postumus uidetur, siue ita discerit “quiquenque mihi nasceretur”, siue ita “ex Seia”, siue ita: “venter ex heres esto”...*”.

(216) Dig. XXVIII-II, 25, pr. Cfr. Dig. L-XVI, 160, en que Ulpiano recogió la opinión de Marcelo según la cual “*‘Ceterorum’ et ‘relinquorum’ apellatione etiam omnes continentur*”.

(217) Dig. XXVIII-V, 58 [56] pr., referente a la institución con la fórmula “*hic mihi heres esto*”.

(218) Ley 3, tit. VII, 6.^a P., ap. núm. 2 y ss.: “*Por manera y a, en que desheredaría el testador de los que descendiesen del, non nombrandol por su nome. E esto sería como si el testador ouisse un fijo tan solamente, e dixesse:*

cit. ley 3, tit. VII, 6.^a P. según el testador tuviese un hijo o varios, estimando que la fórmula indefinida era suficiente si sólo tuviera un hijo (219). Entendiendo Vázquez de Menchaca (220) que, en caso de expresarla en plural el testador, debía distinguirse según sus hijos fuesen dos solamente —supuesto inequívoco en cual la desheredación debía entenderse hecha *nominatim*— o un número mayor —en cuyo caso no podía estimarse así—.

Es de notar el diferente criterio interpretativo de las expresiones indefinidas sostenido según fuese la disposición favorable u odiosa (221). Así, tratándose de la institución de póstumos con palabras indefinidas, los comprendía todos, incluso los que nacieren de un ulterior matrimonio o de quien carecía de hijos al testar (222); en cambio, si las palabras indefinidas se referían a su desheredación debían entenderse preteridos los póstumos que nacieren después, según el criterio más comúnmente seguido por los autores (223).

También es de subrayar que fue rechazada la eficacia de la exheredatio verificada, incluso con palabras universales, entre diversos grados de descendientes (224). Y que tanto más ineficaz, por su carácter *inter caeteros* respecto a los hijos y descendientes, lo era la referida en términos generales a todos los herederos forzosos.

En nuestro régimen actual, con un correcto planteamiento de la cuestión, creemos que deben ser considerados ciudadosamente no sólo

Desheredo mio fijo. Ca assaz se entiende, que desheredado es, pues, que non a mas de aquel fijo. Mas si ouiere mas, non seria desheredado ninguno dellos por tales palabras.” Texto tomado de Ulpiano (Dig. XXVIII-II, 2): “*Nominatim exheredatus filius ita videtur “Filius meus exheres esto”, si nec nomen eius expressum sit, si modo unicus sit; nam si plures sunt filii, benigna interpretatione potius a plerisque respondetur, nullum exheredatum esse.*”

(219) VÁZQUEZ DE MENCHACA, § últ. cit., n. 54 (fol. 181), observó que: “*Inter indefinitam autem et universalem orationem: seu exheredationem est insignis differentia. Quia illa verba, omnes filios vel liberos exheredo, omnes ex proprietate verborum, et ex necessitate comprehendunt, etiam si mille sint. Sed illa verba, liberos vel filios exheredo possunt verificari in solis duobus, licet essent plures, neque ex necessitate omnes, sed tantum ex aptitudine comprehendunt.*”

(220) VÁZQUEZ DE MENCHACA, loc. y § últ. cit., n. 50, vers. *Hinc infero* (fol. 180).

(221) VÁZQUEZ DE MENCHACA, § últ. cit., n. 55 (fol. 181). Criterio patente en el texto de Paulo (Dig. XXVIII-II, 19), que concluye: “*aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperatur, exheredationes autem non essent adiuvandae.*”

(222) VÁZQUEZ DE MENCHACA, n. 175 (fol. 206).

(223) VÁZQUEZ DE MENCHACA, n. 176 (fol. 206 vto. y s.), donde señala que hubieron tres opiniones al respecto: quienes estimaron desheredado al primer nacido y preteridos a los demás; quienes entendieron preteridos a todos y quienes a todos los consideraron desheredados.

(224) Apoyándose en la glosa a la ley *Titius* (Dig. XXVIII-II, 25), VÁZQUEZ DE MENCHACA (§ últ. cit., n. 57 [fol. 181 *in fine* y vto.] y n. 62 [fol. 182]) observó que mientras la *exheredatio* referida a los hijos con las palabras *omnes* o *caeteros* se entendía efectuada *nominatim*, la efectuada con las mismas palabras pero referida, de modo general, a los *liberis* no valía “*quasi inter caeteros gradus facta videatur.*”

los supuestos de institución y desheredación, sino, en especial, los de salvedad o asignación genérica de la sola legítima.

Generalmente es admitido que no hay preterición cuando el testador instituye herederos a sus hijos vivos al tiempo de hacer el testamento y a los que nazcan después (225). La Dirección General de Registros, en Res. de 9 diciembre 1893, en un supuesto en que era aplicable el Derecho anterior al Código civil, consideró que no había incidido en preterición la testadora que había instituido por herederos a los hijos que a la sazón tenía y a cuantos hubiere y procreara en adelante, sin que, por lo tanto, el nacimiento de un póstumo pudiera quebrantar el testamento; y en Res. 11 mayo 1900 declaró válida la institución, aunque se hubiera omitido el hombre de un póstumo, que fue formulada por la testadora designando a su hijo don Eduardo, “y a los demás hijos e hijas que Dios Nuestro Señor fuese servido darla durante su matrimonio con don...”.

La duda puede existir cuando el testador soltero deja a salvo solamente la legítima de aquéllos a quienes legalmente pudiese corresponder.

Con referencia a un caso regido por Derecho catalán, el Tribunal Supremo ha contemplado un supuesto de esa clase, en S. de 4 mayo 1966 (226), que en sus fundamentales razonamientos debe entenderse perfectamente aplicables al Derecho común, especialmente en cuanto declara la supremacía de la voluntad sobre toda manifestación externa, al decir de aquélla, que “imperea y rige la interpretación de sus postreras manifestaciones, así las que son reguladas por el Derecho común como aquellas que, como la examinada, lo son por el Foral catalán. Habiendo razonado, en términos generales, en el considerando anterior que “es absolutamente necesario llegar al convencimiento de lo que el testador realmente dispone, siendo de toda evidencia que este logro no puede determinarse en un somero examen de la literalidad de las cláusulas testamentarias, pues esto sólo es suficiente y atendible cuando incontrovertiblemente es exacto reflejo del querer del testador; pero nunca si se presta a diversas interpretaciones o si,

(225) Cfr. MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 814, Coment. 1.º B (ed. cit. pág. 349); RAMOS, op. cit., cap. XXIX, n. 3 (vol. II, pág. 28); ROYO, op. cit., cap. XXI, § 4.º, pág. 243 (que avala las expresiones referidas instituyendo, a lo menos en cuanto al tercio de legítima estricta. “a los hijos nacidos y *por nacer*” o “a cuantos hijos legítimos sobrevivan al otorgante”, u otras fórmulas análogas); PUIG PEÑA, op. y vol. cit., cap. XIV, 1, B, 2.º, pág. 376, donde concluye que “si el testador dice, por ejemplo, que deja la legítima correspondiente a sus hijos en general, no existirá preterición aunque no nombre “de una manera expresa” a cada uno de ellos”.

(226) He ahí el supuesto de hecho del caso contemplado por esa Sentencia: Un catalán soltero otorgó testamento en contemplación de las segundas nupcias que iba a contraer su padre, e instituyó en el mismo herederos a sus dos hermanos y legó “a su citado padre y, al solo efecto de evitar la preterición, a cuantas personas pudieran acreditar y pretender legítima en sus bienes, lo que les corresponda según ley”. Años después el testador contrajo matrimonio, y al año de contraído falleció en accidente de automóvil, quedando su viuda encinta, de la que cuatro meses después nació un hijo póstumo.

pese a su aparente claridad, no se comparece con lo por él querido, que, por tratarse de una manifestación de voluntad no recepticia, ha de imponer su hegemonía sin nada que coarte, si no se opone a la Ley, su libre decisión". Bajo esta pauta, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia, y estimó preterido al póstumo por no estimarlo incluido en la fórmula de atribución de la legítima referida a cuantas personas puedan acreditar y pretender derecho a ella, considerando, como razonamiento final, que "también se llegaría a esa conclusión tras una interpretación objetiva y aislada de la cláusula en que se prescindiera de las formalidades impuestas por el Derecho romano, porque, en todo caso, ni gramaticalmente cabe estimar comprendido en la compleja e imprecisa mención del póstumo, junto al singularmente mencionado padre, ya que éste por aquél queda desplazado sin posibilidad de coexistir, ni lógicamente cabe tampoco entender que en el contenido de la cláusula aparecen contemplados los posibles póstumos, pues si la conclusión que se siente tras investigar cuál fuese el querer de un testador, deriva de un proceso intelectual que lleva a una convicción, no es dable admitir que con tan ambigua expresión solamente se desheredaba a los posibles póstumos, ya que ello pugna con la lógica y aun repugna con las normales motivaciones afectivas determinantes de esta clase de disposiciones de última voluntad, que sólo pueden ser interpretadas contra un desarrollo normal de la actuación del hombre, cuando claramente se demuestre esta contradicción, mas no cuando, como en el caso enjuiciado, la no modificación del testamento permite colegir la convicción del otorgante de que la existencia de descendientes legitimarios anulaba lo que no tuvo otro alcance que una institución hecha en atención a las circunstancias que en la fecha del otorgamiento concurrían respecto al único heredero legitimario, "expresa y singularmente mencionado".

C) *El concepto de preterición en las regiones y territorios de Derecho especial foral.*

a) *La preterición en Cataluña.*

18. *Antes de la compilación.*

La doctrina romano-justiniana acerca de la preterición sufrió algunas modificaciones en Cataluña en virtud de disposiciones de Derecho autóctono.

a) En el *Derecho general del Principado y referente a los hijos y descendientes*, fue fundamental el párrafo final del cap. I de la Constitución dada por Pedro III (IV de Aragón) en las Cortes de Monzón de 1363: "*E sis vol per dret de legat, o per qualsevol altra manera, posat que non per dret de institutio, de Fill, o de altres infants en lo testament perço no deja esser irratat, o esser dit irrat o nulle*". (Constit. de Catalunya, vol. II, Lib. VI, Tít. II, Const. II).

Es decir, la preterición no tenía lugar si “en el testamento se hiciera mención del hijo o de otras infantas, ya fuera por *derecho de legado o en cualquier otra forma*, aunque no por *derecho de institución*”.

Antes, un Privilegio del 4 de los Idus de noviembre de 1348 y otros anteriores, dados en Perpiñán, permitieron a los hombres de esa ciudad dejar por legítima cinco sueldos a sus hijos sin que éstos pudieran romper el testamento. Lo cual fue, tal vez, el origen del uso testamentario de dejar cinco sueldos a los descendientes, no instituidos *hereu*, sin perjuicio del derecho de éstos (fuera de los ciudadanos de Perpiñán) a exigir el suplemento (227).

Por eso se definió que: “*Preterir es no admitir ni excluir a aquel que otramente había de suceder de derecho al testador, sino pasarle en silencio*” (228).

Sin embargo, quedaron supuestos discutidos que la doctrina tuvo que solucionar. Así, se dictaminó que:

I) No bastaba una mención enunciativa, sino que ésta debía ser dispositiva, no excluyendo la preterición de un hijo que se le nombrase albacea (229).

II) El hijo instituido en cosa propia se le consideraba preterido (230).

III) No se entendía preterido el hijo designado sustituto, sino que, invalidándose sólo el primer llamamiento, se consideraba llamado en primer lugar (231).

(227) Cfr. PEDRO NOLASCO VIVES Y CEBRIÁ, *Usatjes y demás derechos de Cataluña*, t. II —2.^a ed. Barcelona, 1862—, Lib. VI, tit. V, nota 1, p. 257, y JOSÉ PELLA Y FORGAS, *Código Civil de Cataluña*, t. III —Barcelona 1918—, art. 814, pág. 270, nota 2.

(228) JOSÉ COMES, *Viridarium Artis Notarius*, Parte III, cap. 5.^o, n. 1.131. Cfr. su trad. al castellano, *Tratado teórico práctico del Arte de Notaría* (Barcelona 1928), vol. II, pág. 42. Con parecidas palabras VICENTE GIBERT, *Teórica del Arte de Notaría*, Parte II, cap. I, tit. 4, cfr. trad. castellana, 3.^a ed. Barcelona, 1870, pág. 230.

(229) Cfr. FRANCISCO FERRER, *Commentaria sive glossemata ad utiliorem guadam ex Constitutionibus Principatus Cathaloniac incipientem*, “*Los impubers*”, sub rubro “*de pupillaribus, et aliis substitutionibus*” (Lérida, 1618), Glos. 8, n. 149 (fol. 205 vto.): “non enim sufficit qualis haec mentio facienda, et per constitutionem optata, sed quod dispositive adhibita, nec sufficit enuntiative fieri, sicut consului alicuando super quedam rustici testamento, in quo de filio testatoris matrimonio copulato, solum facta fuit mentio, creando illum manumissorem ad exequendas pias voluntates in eo relictas, quo casu consului pro nullitate testamenti, non enim praesens nostra constitutio, in aliqua illius parte abrogavit partem illam iuris communis.” En igual sentido, VIVES Y CEBRIÁ (op. y vol. cit., Lib. VI, tit. II, nota 15, pág. 248).

(230) Cfr. CANCER, *Variarum Resolutionum Iuris Caesarici, Pontificii et Municipalis Principatus Cathalauniae*, Pars III, pac. XXI, n. 230 (ed. Lugduni, 1683, vol. III, p. 413): “filio instituto a patre in re propria, qui non dicitur institutus sed praeteritus”.

(231) Cfr. CANCER (op. cit., Pars, III, cap. II, n. 185, pág. 40) y BONAVENTURA DE TRISTANY, *Sacri Supremi Regii Senatus Cathalauniae. Decisiones*, Dec. III, nn. 26 y 27 (T. I —ed. Barcinonae 1686—, pp. 64 y s.), quien se apoyó especialmente en Dig. XXVIII-VI, 43, 2 (ley *Exfacto*, § *Lucius Titius, De vulg. et pupill. substit.*).

IV) Los nietos hijos de un hijo premuerto del testador, no se entendían preteridos de haber sido debidamente mencionado su premuerto padre, pues “sub nomine filiorum nepotes comprehendi; sola enim mentio filii primi gradus roborat testamentum” (232). Pero si el padre fue desheredado, al no quedar desheredados los nietos, premuerto aquél resultarían preteridos éstos si no hubiesen sido mencionados (233).

V) Se estimaban aplicables los textos del Derecho romano viejo (234) en virtud de los cuales la preterición quedaba subsanada por la donación hecha por el causante al legitimario a cuenta de su legítima, antes de otorgar el testamento (235).

β) Asimismo, por *Derecho general del Principado, la preterición de los ascendientes por los descendientes* no jugaba como tal preterición, sin perjuicio de la legítima de aquéllos. Así lo dispuso el cap. I de la Constitución dada en las Cortes de Tortosa por Eleonor, consorte y lugarteniente general de Pedro III (Constit. de Catalunya, vol. VI-IV, 1): “*Primerament, e tot cert ordenam, que si del Pare, o de altres ascendents en lo testament dels fills per dret de institutio no est feta alguna mentio, no res menys aytal testament sic valit, e fern, lo dret empero de la llegitima als dels ascendents tot temps salva*”.

γ) La preterición de los hermanos pospuestos a *persona turpis*, lo mismo que su desheredación injusta en igual caso, les permitía ejercitar la querella, pero únicamente para reclamar su legítima (236).

δ) En *Derecho local de Barcelona*, en virtud del privilegio concedido a la ciudad en las calendas de noviembre de 1339 por Pedro III (Constit. de Catalunya, vol. II, Lib. VI, Tit. I, única), a solicitud de los consejeros y prohombres de la misma, se estatuyó y ordenó que “*quod ex quo testator, seu alius quivis quamquamque disponens ultimam voluntatem fuerit testabilis, et capaces heredes instituerit, tale testamentum, seu quaevis alia cuiusunque ultima voluntas non sit, nec possit dici nullum, sive nulla, seu valeat annullari, dato quod personae quae de iure communi institui habeant praetereantur, sive exheredetur, vel de postumo, vel de postumis mentio nulla fiat*”.

(232) FRANCISCO FERRER, op. cit., gl. 8, nn. 91 y ss. (fol. 201 vto.). A la misma solución, pero a través de invocar varios textos catalanes, llegó ARTURO CORBELLA (*Manual de Derecho Catalán* —Reus, 1906—, § 668, pp. 772 y ss.), de los que BORRELL I SOLER (*Dret Civil vigent a Catalunya*, vol. V-II, § 508, nota 1, ed. 1923, p. 434) opinó que no le daban base para tal solución.

(233) Cfr. COMES, op. cit., n. 1.141, ed. y vol. cit., pp. 46 y s.

(234) Inst. II, 18, § 6, 1; Dig. V-II, 25, pr.; Cod. V-XIII, única, § 14, y arg. C III-XXVIII, 35, § 2.º

(235) Cfr. GUILLERMO M.º BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña... y Exposición de las Instituciones del Derecho Civil del mismo territorio...*, Instit. cap. V, sec. única, § 1.º (vol. I —Barcelona 1918—, p. 742), y BORRELL I SOLER (op. y vol. cit., § 508, p. 435).

(236) Cfr. FÉLIX M.º DE FALGUERA, *Notas al “Tratado teórico práctico... de Comes*, cap. y tit. cit., nota, pp. 231 y s., y GUILLERMO M.º BROCA y JUAN AMELL, *Instituciones de Derecho Civil Catalán vigente*, § 58, vol. II —Barcelona, 1886—, p. 448.

Es decir, que propiamente la preterición dejó de producir sus efectos en Derecho barcelonés.

Es de notar también que la doctrina desarrolló la distinción entre preterición errónea y preterición intencional. Pero de ella nos ocuparemos al tratar de los efectos de la preterición.

19. Después de la vigencia de la *Compilación*.

La vigente *Compilación catalana* ha unificado en esta materia el Derecho general y el particular, verificando una definición descriptiva de la preterición en su artículo 141, § 1.º, que dice: "*Es preterido el legitimario cuando no ha sido mencionado en el testamento de su causante, sin que antes o después le haya éste otorgado donación en concepto de legítima o imputable a ella. También hay preterición cuando, a pesar de ser mencionado, no le haga el causante en el mismo testamento alguna atribución en concepto de legítima o imputable a ella, o no lo desherede, aunque sea injustamente*".

De hecho hoy, en toda Cataluña, sólo la preterición errónea de hijos, o bien de descendientes legítimos que sean legitimarios por representación, si su representado, de haber vivido, hubiese podido ejercer la acción correspondiente, produce efectos peculiares distintos de la simple reclamación de la legítima (art. 141, §§ 2.º y 3.º), como luego veremos.

De la forma en que debe hacerse, en Derecho catalán, la mención de los descendientes para que no haya preterición se ha ocupado la citada S. de 4 mayo 1966, que al efecto ha considerado que "exigido por el Derecho romano, al que ha de acudir para determinar cómo ha de ser mencionado el póstumo para no conceptuarlo preterido, que tanto para instituir, como para desheredar, se requiere la designación nominativa de los herederos necesarios, esta exigencia comprende, de modo indudable, también a los *potumi sui* (Digesto, 28, 3. 3. 5), ya que al ser legitimarios del *pater familias*, en ellos concurre, aún acrecentada, la razón que justifica la necesidad de designar nominativamente al hijo que se deshereda, sin que esta exigencia, como la doctrina científica advierte, suponga una consignación de nombre, sino simplemente una determinación clara, precisa y en todo caso individualizada, que notoriamente muestre cómo el designado fue contemplado singularmente al hacer la declaración de voluntad, sin que quepa una determinación *inter ceteros*, siempre requirente de suponer comprendido en ella lo que por no ser mencionado singularmente ni fue contemplado por el testador ni, por ende, señalado en la forma requerida por el Derecho".

Y que: "... lo expuesto es bastante para estimar que en la fórmula "*en cuantas personas puedan acreditar y pretender legítima en sus bienes la que corresponde según la Ley*" no puede admitirse una mención que por sí afirme que allí, en ese grupo de personas, se deshereda expresa y singularmente al hijo póstumo, la que emitida en la

forma prescrita por el Derecho, por constituir patente preterición del “*postumi sui*”, da lugar a la nulidad del testamento y consiguiente apertura de la sucesión intestada.

Sin embargo, en cuanto al valor que el uso de esta fórmula puede tener, debemos subdistinguir atendiendo a si al tiempo de emplearla los únicos presuntos legitimarios, entonces existentes, no fuesen hijos ni descendientes, sino ascendientes (supuesto de la sentencia), o bien fueran otros hijos ya nacidos, en cuyo segundo caso la expresión del testador pudo lógicamente extenderse por identidad de razón no sólo a éstos, sino también a los póstumos aún naceros.

Así se resolvió por Cancer (237) en su dictamen acerca del testamento de Juan Codorniu, que sólo había instituido heredero al hijo mayor, sin hacer mención nominal de los otros tres, sino en la siguiente forma: “Item dimitto omnibus qui successionem praetendere, possint in bonis meis, centum libras cuilibet eorum”, su dictamen fue que estos hijos “nominatim censeretur eos nominasse, ex quo in dictis filiis poterat tantum haec dispositio verificari”, por lo cual la entendió “ac si ille expressim nominatus fuisset”. Criterio que, refiriéndolo a los póstumos, había sido también, al parecer, el de Peguera (238) cuando razonó, “quod sic saltem in genere iam cogitavit de liberis, quod sufficit ad hoc, ut ne posthumus qui postea nascitur dicatur ignoranter praeteritus”.

Solución perfectamente razonable, pues si quien teniendo hijos salva su legítima genéricamente puede entenderse que en la expresión hijos o legitimarios comprende a los póstumos, puesto que ya engloba hijos nacidos; y, en cambio, en quien no tuviese hijos al testar no parece que pueda suponerse que su referencia a los legitimarios comprendiera conscientemente también a los hijos naceros.

20. *La preterición en Baleares, Aragón y Vizcaya.*

b) *En Baleares.*

Antes de la vigente Compilación regía la Novela CXV de Justiniano (239).

Hoy, la Compilación balear no regula la preterición, lo que significa la aplicación al respecto del artículo 814 C. c. (Disp. adicional 2.ª Comp.).

(237) CANCER, op. cit., Pars I, cap. IV, n. 51, vers. *Dubitatum hisce* (pág. 87).

(238) LUDOVICO A PEGUERA, *Decisiones Aurcae*, cap. 110, n. 4 (ed. Barcelona 1605, fol. 306).

(239) Cfr. MATÍAS MASCARÓ Y ALBERTY, *Derecho foral de Mallorca*, (3.ª ed., Palma, 1904), *Legítima*, pág. 163, y LUIS PASCUAL GONZÁLEZ, op. y cap. cit., sec. V, p. 216.

c) *En Aragón.*

Antes (n. 67) hemos visto el aspecto formal de la institución como heredero de uno de los legitimarios y la tendencia a la desaparición de este requisito.

De la preterición se ocupó, sin definirla, el Apéndice foral de Aragón en los cuatro primeros párrafos del artículo 32. De ellos resulta una distinción entre preterición de todos los herederos forzosos y preterición de uno solo. A preterición se contrapuso desheredación que no tuviese causa legítima. Pero no se señaló el lindero de su separación, tal vez por carecer de interés práctico dada la equiparación total de sus efectos.

La actual Compilación, en su artículo 122, define la *preterición total* como “*falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios*”. Su concepto parece, pues, que requiere no solamente la no atribución de cosa alguna, sino, además, la *falta de mención formal*. Y, en su artículo 123, que trata de la *preterición parcial*, la refiere individualmente a cada descendiente “sin mediación de persona capaz de heredar”, sin que pueda entenderse, pues, que varía en ese caso el concepto de *falta de mención formal*, tanto más cuanto que el artículo 120, § 1.º, señala como legítima formal el derecho de los “descendientes sin mediación de persona capaz de heredar, no favorecidas ya en vida del causante, igual o desigualmente, o que no lo resulten en la sucesión intestada”, a “*ser nombrados o mencionados al menos, en el testamento que los excluye*”.

d) *En Vizcaya.*

El Fuero de Vizcaya, al permitir al padre o madre dejar toda su hacienda a uno solo de sus hijos, en la ley XI del Tít. XX, puso como requisito que lo hiciese “*apartando con algún tanto de tierra, poco o mucho, a los otros Hijos, e Hijas, y descendientes, aunque sean de legítimo matrimonio*”; igualmente para la donación a uno solo hijo u otro heredero de la casería con sus pertenecidos, la ley XIII del mismo título ordenó su validez: “*Con que intervenga apartamiento de los bienes rayzes con tierra a los otros profincos*”; y la ley VI del Tít. XXI, al regular la facultad de marido y mujer juntamente o por separado, de designar heredero dentro de cada uno de los grupos marcados por la ley, precisó que “*apartando a todos los otros con poco o mucho de tierra*”.

Así se estimó que el requisito de *apartar* dentro de cada grupo de parientes a los no instituidos o nombrados sucesores del caserío, era de carácter formal y que su falta significaba la preterición del omitido de ambas formas (240).

(240) Cfr. DIEGO ANGULO LAGUNA, *Derecho Privado de Vizcaya* (Madrid, 1903), cap. V, pp. 125 y ss.; JOSÉ DE SOLANO Y POLANCO, *Estudios Jurídicos del Fuero de Bizcaya* (Bilbao, 1918), cap. V, pp. 256; ANTONIO MAURA, *Dic-*

Y se planteó si se salvaba o no la preterición (241), habiendo bienes raíces, si se legaba alguna cantidad en metálico a los hijos a quienes no se dejase participación en ellos si no se les apartaba *con algo de tierra* (242); y si era necesario apartar no sólo en la institución, sino también en las mandas y legados a los no favorecidos (243).

Estos formalismos han quedado descartados por la Compilación vizcaína, que en los dos últimos párrafos de su artículo 23 distingue, respectivamente, el apartamiento de los hijos y descendientes legítimos y naturales y de los ascendientes (núms. 1.º, 2.º y 3.º del art. 22) y el de los colaterales tronqueros (n. 4 del art. 22). Así dicen los §§ 2.º y 3.º del artículo 23:

“Los comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º de dicho artículo [art. 22] podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de la herencia.”

“El apartamiento de los comprendidos en el número 4.º podrá ser expreso o tácito, considerándose tácitamente apartados aquellos a cuyo favor no se haga la institución.”

El artículo 30 añade que: *“Cuando la sucesión se defiera por capitulaciones matrimoniales o escritura de dote o donación, al apartamiento deberá hacerse en la forma establecida en el artículo 23.”*

Así, para los descendientes y ascendientes no habrá preterición si de cualquier mención resulta *claramente* la voluntad del testador de separarlos de la herencia, mientras que de los colaterales tronqueros nunca es posible la preterición, puesto que el apartamiento se presume tácito (244) al no dejárseles nada.

támenes, vol. IV (1.ª ed., Madrid, 1930), dict. núm. 3, pp. 25 y s.; FRANCISCO JAVIER DE ARCILLONA Y LANDESA, *Erróneas interpretaciones dadas a la jurisprudencia vizcaína por el Tribunal Supremo*, en An. Der. Civ. XII-II (abril-junio 1959), p. 676; JOSÉ MARÍA DE ESJAVERRÍA, *El apartamiento en el Fuero y la Compilación del Derecho Civil de Vizcaya*, en “Estudios Deusto”, núm. 14 (julio-diciembre 1959), pp. 441 y ss.

(241) Aun cuando el Fuero no habla de apartar sino con *algo o algún tanto de tierra, poca o mucha*, las fórmulas usuales apartaban con *“un real de bellón, un palmo de tierra y una teja”* o con *“un real de bellón, un árbol, el más apartado e infructífero, y una teja”* (cfr. SOLANO, loc. cit., p. 256) y, en algunos testamentos, según se iba disponiendo de tierras, casas o de bienes muebles, correlativamente a cada disposición, se apartaba a los no asignatarios con un palmo o un centímetro de tierra, una teja y un real o veinticinco céntimos, respectivamente (cfr. MAURA, dict. cit., pp. 22 y ss.).

(242) Entendieron que había preterición en estos casos, aunque las cantidades legadas fuesen “por grandes y cuantiosas que ellas sean”, “si no ha existido apartamiento de tierra, *poca o mucha*.” SOLANO Y POLANCO (op., cap. y pp. cit.), y ESJAVIERRÍA (loc. cit., pp. 429 y s. y 441).

(243) Cfr. MAURA, dict. cit., pp. 22 y ss. ARCILLONA, (loc. cit., pp. 675 y s.) y ESJAVIERRÍA (loc. cit., pp. 435 y ss.) habían entendido que era necesario el apartamiento en todas y cada una de las disposiciones, no bastando la verificada en la institución.

(244) Así lo ha entendido ESJAVERRÍA, loc. cit., p. 451.

21. *La preterición en los Derechos forales sin legítima material.*e) *En Navarra.*

En el cap. 1.º, tít. XX, Lib. III del Fuero General se lee que: *“Aquest sobredicto enfermo si deysare alguna creatura de pareylla o de barragana por oblido o por non querer que nol dio algo, et mucre el padre assi que non li dé, et si fuere la creatura de pareylla, debe prender una suert entegrament en las heredades que avran las creaturas de pareylla; et si fuere barragana con las creaturas de barragana deve heredar.”*

Y del cap. 5, tít. IV, Lib. II del Fuero General resulta que: *“El fijo que es en el vientre de su madre et non es nacido, et su padre es en hora de muert, et la madre es en cinta, et non diz al padre que desse algo a este fijo, el padre non sabe que eylla es en cinta et non leysa rem en que herede a este fijo, el padre non heredando, non deve heredar; ...*

Es decir, que el Derecho navarro nos ofrece un ejemplo de cómo, en ausencia de legítima material, cabe que actúe la preterición a modo de legítima formal.

Las dos disposiciones transcritas vienen completadas por al cap. 12, tít. VI, Lib. II y el cap. 1, tít. IV, Lib. IV del Fuero General con referencia a los hijos naturales.

Como explica Lacarra (245), al desaparecer por la ley 16, tít. XIII, Lib. III de la Novísima Recopilación la legítima especial de los hijos de barragana —fijada en los bienes necesarios para constituir una vecindad e no más—, a falta de otra disposición legal, debe aplicarse el cap. 1, tít. IV, Lib. IV del Fuero, por el cual en caso de preterición hay paridad entre hijo natural e hijo legítimo.

En cambio, según el mismo autor (246), si bien nunca puede ser preterido el póstumo de matrimonio legítimo (247), en cambio, el nacimiento de un póstumo natural sólo puede dar lugar a los efectos de la preterición —conforme al cap. 5, tít. IV, Lib. II del Fuero General— si el padre supo que la madre estaba embarazada.

El hijo adulterino no tiene derecho a heredar, aunque sea preterido, como se deduce de los capítulos 9. 11 y 13, tít. III, Lib. IV del Fuero; ni tampoco el sacrilego, conforme la ley 5, tít. XIV, Lib. I de la Novísima Recopilación Navarra (248).

El Proyecto de Fuero Recopilado de 1959, en su Ley 235, se refiere en general a la preterición de algún heredero forzoso. Es decir —conforme la Ley 231—, de un hijo legítimo, legitimado, natural, reconocido o adoptado con adopción plena, o, en su defecto, de alguno de sus descendientes de grado más próximo (249).

(245) LACARRA, op. y vol. cits., arts. 806 a 820, pág. 194.

(246) LACARRA, loc. últ. cit., pp. 190 y s.

(247) Cfr. S. 6 julio 1918.

(248) LACARRA, loc. últ. cit., p. 195.

(249) Concuenda la Ley 230 en rel. con la Ley 227 del Proyecto particular de 1967.

No hay preterición:

1.º “Cuando el heredero forzoso no instituido hubiere sido favorecido en el mismo testamento, o en otro anterior o posterior, no derogado, con alguna disposición o legado, aunque fuera por sustitución, o hubiera sido dotado, anterior o posteriormente” (Ley 235, § 2.º, Proy. 1959) (250).

2.º Cuando se le hubiere dejado la legítima foral simbólica de los cinco sueldos febles y la robada de tierra (251).

3.º Si hubiese sido desheredado legalmente (252).

4.º Si hubiere renunciado a la herencia o premuerto sin dejar descendencia con derecho a legítima (253).

La ley 228 del Proyecto particular de 1967 prevé que “La institución en la legítima foral deberá hacerse nominativamente para los hijos y descendientes que en el momento de la disposición existan como herederos forzosos; para los demás, será suficiente la atribución colectiva.” Y la nota de sus autores (254) indica que esta Ley recoge la práctica tradicional en cuanto a la forma de instituir en la legítima navarra.

f) *En la Tierra de Ayala.*

La libertad de testar reconocida en el capítulo XXVIII del Fuero de Ayala, según el uso y la costumbre de esa tierra, fue confirmada por la Carta de 7 de septiembre de 1487, aprobada por los Reyes Católicos el 30 de septiembre de 1489, expresándose como única limitación la forma de realizarlo “*apartando sus hijos e parientes con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren*”, limitación que recoge el artículo 62 de la Compilación de Vizcaya y Alava, aplicable sólo a la Tierra de Ayala, con estas palabras: “*siempre que aparten a sus herederos legales como quisieren o por bien tuvieren*”.

(250) La Ley 229 del Proyecto particular de 1967 comienza diciendo: “No será necesario instituir en la legítima foral a los herederos forzosos cuando el disponente les haya atribuido cualquier liberalidad a título mortis causa, o les hubiere dotado...”. Este criterio ha sido consagrado por la práctica navarra, como dicen en nota a esta ley los autores del propio Proyecto particular (p. 159).

(251) Precisamente el derecho de los herederos forzosos se concreta en Navarra a la legítima foral (cfr. JOSÉ ALONSO, *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes de Navarra*. Comentario a las Leyes del T. I del Lib. V —ed. Pamplona—, 1964, vol. I, pp. 313 y s.). Como dice la nota a la Ley 229 de los autores del Proyecto particular de 1967 (p. 159): “La legítima foral navarra tiene la finalidad de evitar la preterición de los herederos forzosos...”.

(252) La Ley 229 del Proyecto particular de 1967 continúa: “... o desheredado legalmente...”.

(253) El § 2.º de la Ley 235 del Proyecto de 1959 concluye que no habrá preterición cuando “... o falleciera antes que éste [el testador] sin dejar descendencia también preterida”. Y la Ley 229 del Proyecto particular de 1967 concluye: “o ellos hubieran renunciado a la herencia de aquél, o le hubieren premuerto sin dejar descendencia con derecho a legítima”.

(254) Nota a la Ley 228 del Proyecto particular de 1967, p. 159.

Como en Navarra, pues, en Ayala concurre la total ausencia de legítima material con una rigurosa legítima formal.

“Si el testador —dice Uriarte Lebario (255)— dispusiese de sus bienes sin apartar ni instituir a alguno de sus herederos forzosos, éste deberá considerarse como preterido”... “El Fuero de Ayala reconoce la libertad de testar siempre que, si deja de instituírseles herederos, se les aparte con poco o mucho a los “*hijos y parientes*”, o sea a los herederos forzosos, y si no se hace una cosa u otra, la libertad de testar no existe...”

No hay preterición, sin embargo, del heredero forzoso a quien ya se le hubiese separado al hacerle una donación. “En algunas donaciones ayalesas —explica el mismo Uriarte (256)— en que no se transmite la totalidad de la fortuna del donante, es costumbre apartar de la herencia de éste con lo recibido al donatario, si es heredero forzoso; en tal caso, el apartamiento equivale a señalar al donatario como su legítima los bienes donados...”

La fórmula genérica que abarca *inter ceteros*, apartándolos con cualquier cosa real o simbólica, a *hijos y parientes* es la usual, y suficiente para que no haya preterición y abarca a todos los herederos forzosos (257).

III. EFECTOS DE LA PRETERICION

A) *Introducción histórica.*

22. *En el Derecho romano y en el Derecho común.*

Los efectos de la preterición fueron muy diversos en el decurso del Derecho romano, tanto en los distintos períodos histórico-jurídicos, como según la variedad de los supuestos cuestionados. Así:

En el *Ius civile* la preterición de los hijos bajo la potestad del testador daba lugar al *ius dicendi nullum* del testamento y a la consiguiente apertura de la sucesión intestada; y la preterición de las hijas y nietas bajo la potestad del testador no producía la nulidad del testamento sino la *in partem adcreocere* en virtud de la cual los preteridos recibían la parte alícuota de lo que abintestato les correspondería de lo atribuido a los demás *sui* instituidos y la mitad de las cuotas a que hubiesen sido llamados los otros instituidos que no fueran *sui*, o sea, los *extranei*. La preterición de los *postumi sui iam concepti*, al otorgarse el testamento, cualquiera que fuese su sexo, daba lugar a la ruptura del testamento (*agnatione postumi rumpitur testamentum*) (258).

(255) LUIS MARÍA URIARTE LEBARIO, *El Fuero de Ayala* (Madrid, 1912), cap. V, p. 130.

(256) URIARTE LEBARIO, op. y cap. cit., pp. 130 y s.

(257) Cfr. URIARTE, loc. cit., pp. 129 y s.

(258) Cfr. FRITZ SCHULZ, op. cit., nn. 460 y ss., pp. 254 y ss.

En el *Ius praetorium* también debían distinguirse diversos supuestos. En la *praeteritio de los liberi* que, por ser hijos *in potestate* anulaba el testamento conforme el *ius civile*, el pretor otorgaba la *bonorum possessio ab intestato unde liberi*. En la *praeteritio*, que no daba lugar a la nulidad del testamento según el *ius civile*, es decir, la de hijas o nietos bajo potestad del testador e igualmente en la de los *liberi* que no fueran *sui* (específicamente de los emancipados), se otorgaba, previa la postulación necesaria al efecto en el breve plazo de un año, la *bonorum possessio contra tabulas*, de la cual se excluían totalmente los *heres scripti* que no fuesen *liberi* y se conferían las porciones propias de la *bonorum possessio unde liberi*, incluso a los no preteridos que podían beneficiarse así con la *commissio per allium edicto*, pero aplicando a todos las normas de la *collatio bonorum* y la *collatio dotis*; y manteniéndose por el pretor, en cláusula especial del edicto, la validez de los legados dispuestos por el testador a favor de sus próximos parientes, como su mujer o su nuera (259). En ese supuesto de preterición de los *liberi* que no fueran hijos varones *sui*, no se producía una total nulidad del testamento, sino que la institución de los *liberi* no preteridos y los legados a su favor se mantenían firmes hasta el montante de su cuota viril, se sostenía la validez de las desheredaciones, sustituciones pupilares y de los indicados legados no inoficiosos a favor de los ascendientes y descendientes cognados, de la viuda o de una nuera (260).

La preterición verificada por la madre no daba lugar ni al *ius dicendi nullum* ni a la *bonorum possessio contra tabulas*, y, únicamente si además infringía el *officium pietatis*, podía dar lugar al ejercicio de la *querella inofficiosi testamenti* (261).

Respecto al Derecho romano novísimo, de la Novela CXV de Justiniano, no han estado de acuerdo los romanistas acerca de los efectos de la preterición. Se ha discutido si esta Novela dejó vigente el *ius dicendi nullum* de los hijos varones *sui* preteridos y la *bonorum possessio contra tabulas* de los demás *liberi* preteridos por el padre, con sus efectos característicos, aplicándose sólo la Novela CXV a los demás supuestos de preterición (de los descendientes en potestad de otro, de los ascendientes y la producida en el testamento de la madre), y se ha examinado si conforme a dicha Novela la preterición producía una impugnabilidad por el medio de la *querella inofficiosi testamenti*, o bien la nulidad de la institución, por lo menos si el heredero necesario preterido sobreviviere al testador y ejercitase su derecho, o si, en fin, se daba lugar a un sistema mixto según hubiera expresado o no el testador alguna causa para la exclusión del heredero forzoso (262).

(259) Cfr. SCHULZ, op. cit., nn. 468 a 472, pp. 258 y ss.

(260) Cfr. también B. WINDSCHEID, op. y vers. italiana cit., § 577, n. 4 (vol. III, p. 247), y P. JÖRS y W. KUNKEL, op. cit., § 208, n. 2 (p. 464).

(261) Cfr. SCHULZ, op. cit., n. 469, 3, al final (p. 259), y n. 479 (p. 264).

(262) Cfr. WINDSCHEID, op. y vol. cit., § 592, pp. 288 y s., y § 591, pp. 283 y ss.

Pero según Windscheid (263), y su opinión ha sido la preponderante entre los romanistas modernos (264), parece que Justiniano equiparó en sus efectos la exclusión de la institución de heredero y la privación de la legítima, equiparando en todos los casos la ofensa, dando un nuevo asiento más amplio a la *querella inofficiosi testamenti*, aunque limitando sus efectos a la rescisión de la institución sin afectar al restante contenido del testamento (265). Ya que no parece verosímil que en la intención del Emperador cupiera que, en los supuestos en que no hubiera inoficiosidad, pero en los cuales no se hubiese instituido a un hijo en potestad al cual se le hubiese beneficiado con un legado, este hijo pudiera invocar una nulidad más extensa que en el caso en que el testador le hubiera excluido injustificadamente de todo el contenido material de la institución de heredero mediante una desheredación verificada invocando una causa no justa o no verdadera (266).

Criterio literalmente contenido en la *Authentica "Ex causa"* (Cod. VI-XXVIII) que resume: "*Es causa exheredationis vel prae-teritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones, cetera namque firma permanent*".

Entre las opiniones intermedias, interesa especialmente la que distinguió entre preterición de hijos vivos y preterición de póstumos, a través de la que se comenzó a estructurar la distinción entre preterición errónea y preterición intencional. La cuestión se planteó al contraponer la *Authentica "Ex causa"* a las leyes "*Si quis testamento*", tít. *De legatis* 2 del Digesto (Dig. XXXI-único, 81) y 1 tít. *De posthumis* del Codex (Cod. VI-XXIX, 1). Bartolo (267), al comentar dicha *Authentica* expuso las opiniones encontradas de Azón y Placentino, inclinándose por la de aquél, que en cuanto a los póstumos había considerado vigente el Derecho antiguo de dichas leyes y tan sólo aplicable a la preterición de hijos nacidos el Derecho novísimo de la *Authentica*. Las razones principales de esta tesis eran que la *Authentica "Ex causa"* no menciona los póstumos; que si las donaciones inter vivos podían rescindirse por sobreveniencia de hijos en los que el testador no hubiese pensado, mucho más debían quedar

(263) WINDSCHEID, § 591, (pp. 285 y ss.) y § 592 (p. 288 *in fine* y s.).

(264) Cfr. JÖRS y KUNKEL, op. cit., § 210, n. 2 y nota 4 (p. 468).

(265) La Novela CXV, cap. III, § 14, vers. penúltimo, dispuso que "*Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa. aut libertates, aut tutorum dationis relinqui, vel qualibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri, et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.*" En igual sentido se expresó respecto a los ascendientes en su cap. IV, § 9, vers. *Si autem*. Hace notar WINDSCHEID (op. y vol. cit., § 591, p. 287) que deben exceptuarse de la validez los legados dispuestos a favor del heredero forzoso impugnante (acerca de esta cuestión cfr. nuestro trabajo *Cautelas de opción compensatoria de la legítima*, I, A, a, B, en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. III, vol. I, Madrid, 1964, pp. 437 y ss.).

(266) WINDSCHEID, § 592, nota 7 (pp. 289 y s.).

(267) BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In Secundam Codicis Partem...*, Lib. VI, Tít. *De liber. praeter. et exheredatis* XXVIII, *Authentica "Ex causa"*, n. 6 (cfr. ed. Venetiis, 1585, fol. 25.).

irritos los legados en igual caso; que la voluntad del testador, que no teniendo hijos hiciera un importante legado (*magna legata*) a sus hermanos, no es verosímil que la hubiese mantenido si hubiese previsto tener hijos. Observa Bartolo la diferencia de ésta con la preterición de hijos nacidos, “quia in eis non est defectus voluntatis, hic secus”.

El propio Bartolo (268) formuló la distinción entre preterición *facta sciente* y la hecha *ab ignorante*, asimilando aquélla a la desheredación *largo modo sumpta*. Formulación que nos parece de tal interés que vamos a transcribirla literalmente:

“... *triplex est exhereditio. Una largissima, quando verbis testamenti ad hereditatem non admittitur licet expresse non excludatur, neque tacite, suam voluntatem Quicumque large assumitur, ut quando non excluditur expresse suam verba sed tacitam suam voluntatem. Quicumque sumitur stricte, et proprie, exhereditio, ut quando expresse excludit suam verba et suam voluntatem. Nunc ad quaestionem propositam dico quod haec authentica habet locum in exheredationem largo modo sumpta, non dico largissime. Et sic distingue, aut filius est praeteritus a testatore sciente, et habet locum haec authenticam quia testamentum rumpitur quantum ad heredis institutionem cetera firma remanent. Aut est praeteritus a testatore ignoranter, et tunc iura antiqua remanent incorrecta, quia testamentum nullo iure valebit*”.

23. En el Derecho de Castilla.—Las Partidas y la interpretación del Derecho Común.

La opinión favorable a la persistencia del viejo *ius dicendi nullum* después de la Novela CXV, que había predominado entre la glosa (269), tuvo amplio reflejo en el Derecho de Castilla.

Así, la ley 1 del tít. VIII de la 6.^a Partida, según vimos (270), distinguió la “desheredación a tuerto” que daba lugar a la “querella” “para quebrantar el testamento”, y el supuesto de preterición, porque el testador “no fiziessc emiente en el testamento de aquel que avia derecho a heredar, heredándolo nin desherándolo”, supuesto en que el testamento “non se quebrantaria; pero non vale nin es nada”, “pues que non deve valer, non se puede quebrantar”.

También hemos visto como algunos autores castellanos distinguieron las hipótesis del *ius dicendi nullum*, la *bonorum possessio contra tabulas* y de la *querela inofficiosi testamenti* (271).

Antonio Gómez (272) expuso las diferencias entre los efectos del *ius dicendi nullum* y de la *querela inofficiosi testamenti*: 1.º Por la duración respectiva de cada acción; treinta años aquélla y un quinque-

(268) BARTOLO, Auth. cit., nn. 3 *infine* y 4 (vol. cit., fol. 24 vto.).

(269) Cfr. *supra*, n. 8, nota 79.

(270) Cfr. *supra*, n. 9.

(271) Cfr. *supra*, n. 9, nota 81 y su texto correspondiente.

(272) ANTONIO GÓMEZ. *Variae Resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regii*, Lib. I, cap. XI, n. 4 (cfr. ed. nova Lugduni, 1701, p. 136).

nio la segunda. 2.º La posibilidad de que el Juez estimase de oficio la nulidad, pero no la inoficiosidad. 3.º La posibilidad del preterido de aceptar la sucesión intestada y ejercitar la *actio petitio hereditatis*, como tal heredero abintestato, contra cualquier poseedor. 4.º En el supuesto de premoriencia del hijo preterido la nulidad civil no se subsanaba, mientras que sí se subsanaba el defecto en el *ius praetorium* —de modo que no se daba la *bonorum possessio contra tabulas*— y también convalecía el vicio de inoficiosidad, por lo cual no había lugar la *querella*. También notó que el hijo preterido transmitía *iure sanguinis* a los descendientes, pero nunca a los ascendientes (274); que la aprobación del testamento por el hijo preterido no excluía el *ius dicendi nullum* en perjuicio de los demás herederos abintestato instituidos en el testamento en porción menor, los cuales podían “*pro iure suo dicere testamentum nullum*”, mientras que en el caso de desheredación injusta la aprobación del testamento por el hijo lesionado lo convalidaba frente a todos (275). Y enumeró que el hijo preterido podía ejercitar el *ius dicendi nullum* de tres modos: por interposición de la acción, por vía de excepción, y por réplica en caso de pedir la herencia *ab intestato* o ejercitar la *petitio hereditatis* y oponerse a su petición el heredero instituido en el testamento viciado de preterición (276).

No obstante no faltaron autores que, con argumentos de Derecho común, sostuvieron el criterio de que la renuncia del hijo preterido a ejercitar su acción, o bien su aprobación del testamento, surtían efecto incluso si la nulidad del testamento hubiera beneficiado a hijos no preteridos (277). Y se afirmó que no sólo era necesario que se pidiera y declarara “*ruptum vel irritum*”, el testamento por causa de preterición, sino que si había transacción entre el *praeteritum* y el *scriptum heredem*, el testamento no se rompía y permanecía válido (278).

Algunos autores ampliaron los supuestos del *ius civile* de nulidad del testamento por causa de preterición, extendiéndola a los supuestos de preterición inferida en el testamento de la madre (279), y los de la nulidad total incluyendo en ella el supuesto de desheredación del hijo emancipado (280). Y en caso de preterición de póstumos hubo quien distinguió según nacieran y murieran antes de fallecer el padre, nacieran antes y fallecieran después, o nacieren y fallecieran después; aseverando que en el primer caso el testamento reconvalece, en el

(273) GÓMEZ, cap. cit., n. 8, p. 138.

(274) GÓMEZ, cap. cit., n. 17, vers. *Item quaero*, p. 142.

(275) GÓMEZ, cap. cit., n. 6 (pp. 137 y ss.).

(276) GÓMEZ, n. 7, p. 138.

(277) Cfr. JERÓNIMO DE CEVALLOS, *Speculum Practicorum et Variarum Quaestionum Communium contra Communes*, Quaest. 21 (cfr. ed. Toleti 1599, pág. 79).

(278) DIEGO CASTILLO, *Las leyes de Toro glosadas- Utilis et aurea glossa*, lex XXIV, n. 5 (cfr. ed. Metymnae Campi 1553, fol. 114 vto.).

(279) Cfr. *supra*, n. 9, nota 82.

(280) Cfr. *supra*, n. 9, nota 83.

segundo el testamento permanece nulo, y en el tercero el testamento queda irrito (*rumpatur testamentum*) (281).

24. *Tendencia del Derecho Real de Castilla a atenuar los efectos de la preterición.*

Pero contra esta posición fue tomando cuerpo la que se apoyó en la ley 1, tit. II del Ordenamiento de Alcalá (1.^a del tit. IV, Lib. V de la Nueva Recopilación y del tit. XVIII, lib. X de la Novísima) y en la ley de 24 de Toro (8.^a del tit. VI, lib. V de la Nueva Recopilación y del tit. VI, lib. X de la Novísima) que hizo equivalentes los efectos de la preterición y los de la desheredación injusta, aplicando a ambas la rescisión de la institución de herederos y sosteniendo siempre la validez de las demás disposiciones del testamento en cuanto no fueren inoficiosas.

La ley del Ordenamiento mandó que el testamento hecho en la forma ordenada “*valga en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entonces herede aquél que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso de que el testador no hiciere testamento y cúmplase el testamento...*”. Disposición que inclinó a muchos juristas a estimar válido el testamento aun en caso de preterición, por lo menos si no se hubiese instituido a un extraño, y aun en este caso, si se hubiese puesto o pudiese presuponerse puesta la cláusula *omni meliori modo* (282)

Y la ley 24 de Toro previno que: “*Cuando el testamento se rompiere o anulare por causa de preterición o exheredación en la cual ouiere mejoría de tercio o quinto, no por esso se rompa; ni deje de valer el dicho tercio é quinto, como si el dicho testamento se rompíesse*”. Texto que equiparó totalmente la preterición y la desheredación injusta, hablando indistintamente de ambas y cruzando los términos *rompiere* y *anulare*, sin aludir a nulidad inicial alguna. Así, en el siglo pasado, Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre (283) anotaron que esta ley “en ese lugar y caso hace sinónimas las palabras romper y anular”.

Y ambos autores añadieron: “No puede negarse que esta doctrina es más cómoda y sencilla y que evita otras muchas discusiones. La inobservancia de las formalidades externas hacía totalmente nulo el testamento entre los romanos y lo hace todavía entre nosotros, pero aquellos conocían además solemnidades internas cuya omisión inducía a la misma absoluta nulidad; tales eran la institución de heredero, común a todos los testadores, y la particular de los ascendientes que

(281) GÓMEZ, cap. cit., n. 4, p. 136.

(282) Cfr. *supra*, n. 9.

(283) FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE, *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*. Lib. I, Tít. IX, sec. IV, adición al n. 1.138 (cfr. ed. Madrid, 1852, t. I, p. 348).

tenían herederos conocidos con el nombre de suyos, de haberlos de instituir y desheredar..." "Esta segunda solemnidad interna era muy dudosa en cuanto al efecto de inducir la nulidad, aun por las mismas leyes de Partidas, en el día nos parece que no debe serlo ya por la mencionada ley 1 (tít. 18, lib. 10, Nov. Recopil., que es la del Ordenamiento de Alcalá), ya por la 8, tít. 6, lib. 10 (que es la 24 de Toro), y ya porque el espíritu de todas las leyes recopiladas tiende a desembarazar nuestra legislación de las sutilezas, más o menos plausibles, que las de las Partidas habían copiado servilmente de las romanas".

Este criterio fue el que prevaleció en el Proyecto de 1851, que señaló iguales efectos a la preterición, en su artículo 644, y a la desheredación injusta, en su artículo 669; pues respectivamente disponían que la preterición "*anula la institución de herederos, pero valdrán las mandas y legados en cuanto no sean inoficiosas*", y que la desheredación injusta "*anula la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no perjudiquen a la legítima*". Criterio que García Goyena (284) razonó explicando que en realidad era el de la ley 24 de Toro y el de la *Authentica "Ex causa"* que equiparaban la preterición y la desheredación en cuanto sus efectos. Equiparación que se mantuvo en el Anteproyecto de 1882-1888, casi con las mismas palabras, respectivamente en los artículos 799 y 837, salvo la sustitución en ambos del presente de indicativo "*anula*" por el futuro imperfecto de indicativo "*anulará*" y en el segundo artículo de "*las mandas y mejoras*" por "*los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias*" (285).

Otra innovación, en cuanto a los efectos de la preterición fue propuesta en el § 2.º del mismo artículo 644 del Proyecto de 1851, al incluir entre los supuestos de ineficacia de la preterición todos los casos de premoriencia del preterido (286): "*Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto*" (287).

25. Efectos del empleo de la cláusula codicilar y del "*testamentum inter liberos*".

Sin embargo, el Derecho legislado de la ley 24 de Toro había sido superado en la práctica por el empleo de la cláusula codicilar y

(284) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español* (Madrid, 1852), vol. III, art. 644, pp. 94 y ss., y art. 669, pp. 112 y s.

(285) Cfr. en su ed. anotada y concordada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, pp. 246 y ss, y 256 y s.

(286) FL. GARCÍA GOYENA (op. y vol. cits., art. 644, pp. 95 *in fine* y s. glosó que: "Por Derecho Romano éste sólo regía en el cuasi póstumo, o hijo nacido después de hecho el testamento, y que moría en vida del testador; no en el que vivía al hacerse el testamento ni en el verdadero póstumo..."

(287) La misma redacción fue mantenida en el § 2.º ed art. 799 del Anteproyecto de 1882-1888.

por la doctrina que estimó con valor codicilar e, incluso, con cláusula sobreentendida *valere omni meliori modo quod possit*, todo testamento otorgado a favor de los hijos. (288).

a) Por virtud de la cláusula codicilar, puesta en el testamento que por causa de preterición o de desheredación injusta fuese anulado por el *ius dicendi nullum* o irrito por la *querella*, la institución, incluso la hecha a favor de un extraño, se convertía en fideicomiso, de modo que los hijos o descendientes preteridos o desheredados que sucedían *ab intestato* debían restituir la herencia, después de detraer su legítima, al extraño instituido y, por tanto, en Castilla debían entregarle el quinto (289). Salvo en los supuestos de preterición errónea, por resultar vivo el hijo reputado por muerto o por nacer después algún hijo (290).

b) Antonio Gómez (291), advirtiendo “quia semper in testamento condito inter liberos censetur tacita apposite clausula codicillaris, quo facit actum valere omni meliori modo quod possit” (292). Covarruvias (293), sobreentendiendo en esos testamentos la “valere omni meliori modo quod possit” y Matienzo (294), estimando equivalentes ambas cláusulas, aplicaron el mismo criterio al testamento hecho en favor de los hijos, de modo que salvadas las legítimas el exceso de la institución invalidada debía ser entregado por vía de fideicomiso y en concepto de mejora al instituido en dicho exceso. El último de los citados autores advirtió que “haec clausula hoc in Regno semper apponi solet in testamentis quaere et si in aliquo apposita non fuerit, per legem suppletur, et censebitur apposita”.

Pero este resultado no ha sido recogido en el Código civil para aplicarlo a la preterición, sino únicamente para aplicarlo en todo caso a la desheredación injusta, en el artículo 851 (295), con lo cual han vuelto a ser separados los efectos de ambas instituciones.

(288) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I parte, 5.º, ed. sep., pp. 57 y ss. y A. D. C. IV-II, abril-junio 1951, pp. 473 y ss.

(289) Cfr. ANTONIO GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri*, lex III, n. 79, en rel. 75 (cfr. ed. Salmanticae 1575, fol. 17 y s.); LUIS DE MOLINA S. I., *De Iustitia et Iure*, Trat. II, Disput. CXXXII, n.º 7 (cfr. ed. novissima Colloniae Allobrogum 1733, T. II, p. 276); JUAN YAÑEZ PARLADORIO (*Quotidianarum Differentiarum*, diff. CXLVIII, n. 8, cfr. en *Opera Iuridica*, ed. Colloniae Allobrogum 1761, p. 389).

(290) Cfr. *supra*, n.º 22, e *infra*, n.º 31.

(291) ANTONIO GÓMEZ, *Opus... super legibus Tauri*, lex III, 86, párr. 1.º (fol. 18 y s.) y lex XXIV, n. 3 *in fine* (fol. 90 y s.). En el mismo sentido LUIS DE MOLINA S. I. (Disp. cit. n. 4).

(292) El apoyo legal de esta presuposición lo halla la glosa y lo fue por los autores de Derecho común en la ley Coheredis, tit. Cum filiae (Dig. XXVIII-VI, § 2) (cfr. A. GÓMEZ, lex. III, nn. 62, 64, 65 y 75, fol. 16 y ss.).

(293) DIEGO COVARRUVIAS DE LEYVA, *In tit. de testamentis interpretatio*, cap. Raynutius 16, § 1.º, nn. 4 y 8 (cfr. *Opera Omnia*, ed. Lugduni, 1584, p. 71).

(294) JUAN MATIENZO, *Commentaria in librum quintum collectionem legum Hispanae*, tit. IV, lex I, gl. 10, n. 51 (cfr. ed. Mantuae Carpetanae, 1580, fol. 81).

(295) Cfr. *Apuntes...*, loc. últ. cit., pp. 58 y ss.

B) Efectos de la preterición conforme al Código civil.

26. Problemas que plantea el artículo 814.

El artículo 814 del Código civil siguió, tanto en su primera redacción como en la modificada por la Ley de 24 abril 1958, el mismo criterio de sus expresados antecedentes, los artículos 799 del Anteproyecto de 1882-1888 y artículo 644 del Proyecto de 1851, respecto a los efectos de la preterición. La redacción, literalmente igual a la del Anteproyecto, en los incisos relativos a sus efectos, dice que: la preterición “anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas” (tesis del § 1.º), pero que si los preteridos “mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto” (hipótesis y tesis del § 2.º).

Sin embargo, quedan varias preguntas por formular.

La afirmación del artículo 814 de que la preterición “anulará la institución de herederos”, ¿significa un supuesto de nulidad, o de anulabilidad, o expresa vulgarmente un supuesto técnicamente calificable de rescisión?, ¿quién puede pedir esa ineficacia? ¿es ésta saneable?, ¿cuál es el plazo de prescripción de la acción para reclamarla?

Los efectos invalidatorios —limitados, según el art. 814, a afectar la institución— ¿pueden extenderse en supuesto de error hasta producir la invalidación total del testamento a tenor del artículo 673 Código civil?

Comenzaremos por estudiar la primera cuestión.

Manresa (296), después de conjugar el verbo anular, afirmó que: “Para pedir la anulación corresponde al heredero preterido una acción que siempre se ha llamado querrela de inoficioso testamento”. Aunque, a seguido, se contradiga al fijar —como veremos— su plazo de prescripción.

Sánchez Román (297) habló de “la anulación o nulidad de la institución de heredero por preterición”, sin hacer más aclaraciones acerca del cuál fuese la naturaleza de la acción correspondiente, así como en general la doctrina y la jurisprudencia que emplean el verbo *anular*, el sustantivo *nulidad* y el adjetivo *nulo* (298).

Alfonso Cruz Auñón (299) ha opinado que “el artículo 814, más que definir un acto radicalmente nulo, concede un derecho de impugnación a los herederos”.

(296) MANRESA, *Comentarios...*, cit., vol. VI, art. 814, *Coment.* 2.º (cfr. 6.ª ed. Madrid, 1932, pág. 354). En el mismo sentido cfr. LÓPEZ R. GÓMEZ, *op. cit.* y vol. *cits.*, cap. XVIII, art. 2.º, n. 12, p. 619) y RAFAEL RAMOS BASCUÑA, *De las sucesiones*, t. II —Madrid, 1898—, cap. XXIX, n. 4, p. 29).

(297) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, VI-2.º, cap. XVI, n. 35, p. 1140.

(298) Exceptuamos a CÁMARA ALVAREZ y a GARCÍA-BERNARDO, que como veremos luego —cfr. *infra*, n.º 29—, han aplicado la prescripción de la acción de nulidad propiamente dicha a la preterición.

(299) ALFONSO CRUZ AUÑÓN, *Un caso frecuente de preterición*, en *Anales Ac. Matr. del Notariado*, vol. III, p. 538.

La referencia a la querrela del primero y el juicio del tercero de los autores citados coinciden con los antecedentes históricos de la institución, en el momento de su evolución caracterizado por la absorción del *ius dicendi nullum* y de la *bonorum possessio contra tabulas* por la *querrela inofficiosi testamenti*; por la consideración de que el vicio de que tratamos es sanable y no produce una nulidad absoluta ni automática, por lo cual la acción de impugnación a que da lugar más parece ser de rescisión que de anulabilidad o anulación (300).

Pero para precisar esta cuestión conviene examinar, como cuestiones singulares, aquellos supuestos en los cuales el vicio queda sanado y para mejor contemplar la faz de la correspondiente acción de impugnación es preciso determinar cuáles son las personas que pueden ejercitarla.

27. *Supuestos en los cuales los efectos de la preterición son sanables. Renuncia de los preteridos.*

La preterición es un vicio del testamento. Debido bien sea a una omisión, o bien a la falta de previsión por el testador de la posibilidad de una ulterior entrada como herederos forzosos de algunas personas que no hubieran ostentado esa cualidad en la fecha del otorgamiento del testamento.

Pero ese defecto puede sanarse:

1.º “Si —conforme al mismo art. 814, § 3.º— los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador” (301).

2.º Si el heredero forzoso preterido fuere indigno de suceder al testador (302) y éste, sabiéndolo, no se lo remitiere de acuerdo con el artículo 757 del Código civil.

3.º Si los preteridos, teniendo capacidad suficiente al respecto, hubieran renunciado a ejercer su acción de impugnación o hubiesen transigido con los instituidos herederos.

Acerca de esta tercera posibilidad sanatoria conviene examinar la jurisprudencia, pero cuidando de discernir tres cuestiones diversas:

a) La innecesidad de que se declare judicialmente la nulidad de la institución y de que se dicte la declaración de herederos *ab intestato*, si los herederos designados y los preteridos se distribuyen la herencia conforme a las reglas de la sucesión intestada. Así lo ha declarado la Dirección General de los Registros en RR. de 20 mayo 1898 (303),

(300) Cfr. nuestras *Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, n. 17, a), en An. Dr. Civ. XVIII-I —enero-marzo, 1965— pp. 61 y ss.

(301) Cfr. *supra*, n. 16, a).

(302) Cfr. *supra*, n. 16, d) *in fine*.

(303) En el supuesto que motivó la Res. de 20 de mayo de 1898, había preterición de dos póstumos; pero, como dice en su 4.º considerando, las operaciones divisorias fueron practicadas partiendo no de la validez de la institu-

30 junio 1910 (304), 31 enero 1913 (305) y 10 mayo 1950 (306), para casos en los cuales unánimemente todos los herederos instituidos y preteridos, siendo mayores de edad, reconocieron a los *preteridos* el

ción hereditaria, sino de la nulidad de la misma, toda vez que los supuestos hijos preteridos, lejos de haber sido excluidos de la sucesión, han concurrido al otorgamiento de aquellas operaciones, debidamente representados por su defensor en unión de los herederos expresamente instituidos, reconociéndoles los mismos derechos que a éstos y respetándose los legados hechos por la testadora, conforme a lo dispuesto en el mismo artículo 814.

(304) Preteridos tres hijos naturales e instituidos herederos los ocho legítimos, la R. de 30 de junio de 1910 consideró que cuando los herederos instituidos "reconocen el derecho de los herederos preteridos, y de acuerdo con éstos se adjudica a los mismos la porción que legítimamente les corresponde, no cabe rechazar, desde luego, la participación en esta forma efectuada...", y que en las operaciones en cuestión, practicadas por los contadores nombrados en el testamento "con la concurrencia e intervención de los hijos legítimos de éste, instituidos herederos en su testamento, y de los representantes de los hijos naturales del mismo, se ha reconocido a éstos su parte legitimaria que les corresponde, con arreglo a lo previsto en los artículos 807 y 840 del repetido Cuerpo legal, a pesar de no haber sido llamados a la herencia en dicho testamento, haciéndoles la consiguiente adjudicación de bienes, con lo cual se ha subsanado el vicio de que adolecía la expresada disposición testamentaria, no es procedente la negativa de inscripción fundada en la nulidad de ésta, como se consigna en la nota del Registrador, sin que pueda admitirse el aserto de que no existe título de transmisión para los efectos hipotecarios, puesto que lo es el testamento para los herederos instituidos por el causante, y respecto a los no llamados, lo es también la escritura de adjudicación, en la que, con la conformidad de aquéllos, se transmite a éstos la porción hereditaria a que tienen derecho con arreglo a los citados preceptos legales".

(305) En un testamento otorgado ante Párroco, el causante había instituido por única y universal heredera a su esposa, quien, una vez fallecido el testador, otorgó la partición hereditaria, obrando por sí y en representación de sus hijos menores y con el concurso de su otra hija mayor de edad, y, en la escritura pública en que la formalizó, la viuda renunció a todo el patrimonio hereditario en favor de todos los hijos, y, además, tanto la hija mayor como la viuda, representando a los menores, renunciaron "a todas cuantas acciones pudieran corresponderles como legitimarios preteridos en el referido testamento, imponiéndose silencio y callamiento perpetuos". La Resolución de 31 de enero de 1931, reiteró en su primer considerando la doctrina de la Resolución de 30 de junio de 1910, y, en el segundo, consignó que con la renuncia de la viuda a todos los derechos que le otorgaba el testamento, quedaba "sin efecto el vicio esencial de que aquél [el testamento] adolecía, y reconocidos los derechos legitimarios que en la herencia paterna correspondían a sus citados hijos". Pero, en su 3.^{er} considerando, estimó "que, esto no obstante, como quiera que en dicha escritura han sido representados los expresados menores por su dicha madre y no por un defensor judicial, como debían serlo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 165 del Código civil, por la incompatibilidad de derechos e intereses que puede haber entre éstos y aquéllos, toda vez que por parte de los mismos se hace también renuncia de cuantos derechos pudieran corresponderles en la herencia de su padre, imponiéndose silencio y callamiento perpétuos, y como además debe someterse la escritura a la aprobación judicial..., existen dos defectos que impiden que sea inscrita, mientras no sean debidamente subsanados".

(306) Habían sido instituidos herederos cuatro hijos, de los que dos premurieron, dejando el uno cuatro hijos y la otra una hija. Las dos hijas supérstites y los cinco nietos, todos mayores de edad, se adjudicaron la herencia, los hijos por cabezas y los nietos por estirpes, guardándose igualdad entre cada estirpe. La Resolución de 10 de mayo de 1950, en su considerando 5.º,

mismo *derecho* que en caso de declaración judicial de nulidad de la institución, les hubiese correspondido. Si bien la R. de 14 agosto 1959 (307), en su último considerando, precisa que “no es menos cierto que para lograr tan saludable efecto [de evitar la impugnación judicial por acuerdo unánime de los interesados] ha de ser formalmente expreso el convenio de los herederos, sin que por la sola falta de impugnación haya de presumirse tal reconocimiento y deba considerarse inscribible la partición defectuosa hecha por el contador al no ajustarse a la ley...”.

b) La posibilidad de que, en base al artículo 1.059 del Código civil, los interesados en una sucesión puedan prescindir de las disposiciones testamentarias y distribuirse los bienes conforme convengan, ha sido aplicada a supuestos de preterición por las RR. de 30 junio 1910 (308), 10 mayo 1950 (309) y 14 agosto 1959 (310); para lo cual

declaró: “que según la jurisprudencia hipotecaria, concordante con la civil, contenida en las Resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910 y 31 de enero de 1913, son inscribibles las operaciones divisorias en que los instituidos herederos reconozcan a los descendientes preteridos el mismo derecho que si, por declaración judicial de nulidad de la institución, se hubiese abierto total o parcialmente la sucesión intestada, con lo cual se subsana lógicamente por hijos y nietos la imprevisión o descuido del testador, se acata e interpreta racionalmente la intención presunta de éste, no se vulneran los derechos de los legitimarios y se evitan dilaciones y gastos que en muchas ocasiones, como la presente, consumirían toda o gran parte de la herencia”.

(307) La causante había ordenado legados a favor de sus hijos, con cargo al tercio de libre disposición, e instituido herederos, por cuartas partes iguales. a sus tres hijos y a un nieto, hijo de otro hijo premuerto. Uno de aquellos tres hijos premurió a la testadora dejando, a su vez, un hijo. El contador partidor, al redactar el cuaderno particional, consideró legitimario a este nieto en representación del hijo premuerto. La Resolución de 14 de agosto de 1959 consideró que se trataba de un supuesto de preterición y reconoció que “este Centro directivo tiene declarado que podrán ser inscritas en el Registro las escrituras de partición en que los herederos instituidos hubieren reconocido a los descendientes del premuerto el derecho que les había correspondido, si se hubiese abierto total o parcialmente la sucesión ab intestato”. Pero, como puede verse en el texto, consideró que este resultado se hallaba fuera del alcance del contador partidor.

(308) La Resolución de 30 de junio de 1910, al final de su tercer considerando, arguyó a mayor abundamiento que “conforme a los principios consignados también en Sentencias de 27 de junio y de 3 de diciembre de 1907, las particiones de herencia aprobadas por todos los interesados en las mismas constituyen entre ellos un vínculo jurídico inalterable, mientras no sean jurídicamente rescindidas”.

(309) La Resolución de 10 de mayo de 1950, en sus considerando 4.º y 6.º, dice respectivamente:

“Considerando que el Tribunal Supremo ha declarado que, en los casos previstos en dicho artículo 814, la nulidad afecta únicamente a la cláusula del testamento en la cual se omite a los herederos forzosos; y que, si los preteridos convienen con los instituidos en no impugnar la institución hereditaria y en distribuir y adjudicar los bienes, serán válidas las particiones del caudal relicto, porque los interesados, según la Sentencia de 7 de noviembre de 1935, “pueden de común acuerdo prescindir de las disposiciones testamentarias y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia”.

“Considerando que en el caso discutido se aplicó rectamente el espíritu de

hace falta que los herederos tengan capacidad suficiente (311).

c) La renuncia propiamente dicha del preterido a impugnar la institución testamentaria, fue claramente admitida como válida por el Tribunal Supremo en S. de 20 junio 1903 (312), que en su primer considerando, declaró:

la Ley de acuerdo con las orientaciones jurisprudenciales, por lo cual no se incurre en responsabilidad alguna al extender las inscripciones ya que, en definitiva, habría de prevalecer la unánime voluntad de los siete herederos forzosos, todos mayores de edad, decisiva en la materia, según prescribe el artículo 1.058 del Código civil."

(Cfr. el comentario de GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO a las RR. de 24 de enero de 1941 y 10 de mayo de 1950 en R. C. D. I., XVII —marzo, 1941— p. 165 y s., y XXIII —septiembre, 1950—, pp. 605 y ss., y el referido trabajo de ALFONSO CRUZ AUÑÓN, loc. cit., pp. 556 y ss.).

(310) La Resolución de 14 de agosto de 1959, en su último considerando, también reconoce que es doctrina sustentada por el Tribunal Supremo, la que "en base del artículo 1.059 reconoce la validez de las particiones hereditarias, cuando los interesados hubiesen convenido no impugnar la institución".

(311) Esta razón fue decisiva en la Resolución de 24 de enero de 1941. "Ya que el Consejo de familia —cuyo modo de apreciar el derecho del menor a la herencia de su padre estimó inaceptable el Presidente de la Audiencia, y este extremo es el principal apoyo de la decisión apelada, en la cual se ponen de relieve que la tutela y la protutela están ejercidas, respectivamente, por el abuelo materno y el padrastro— se avino a mantener la eficacia parcial de la institución hereditaria y a asignar a la viuda, privada de la patria potestad por ulteriores nupcias, no sólo el usufructo del tercio de mejora, sino, además, el pleno dominio del tercio de libre disposición, procedimiento que no sería lícito en el supuesto de reconocer la nulidad de la institución hereditaria, porque en tal caso este tercio correspondería al único hijo del causante". Así lo explicó en su penúltimo considerando la Resolución de 10 de mayo de 1950, donde explicó que la citada resolución de 1941, "examinada atentamente, se observa que se refiere a un anómalo asunto, en el que un hijo menor de edad habido en el primer matrimonio de la madre, la cuál había perdido la patria potestad por las segundas nupcias, era despojado de un tercio de la herencia paterna, que le habría correspondido en el caso de nulidad de la institución hereditaria, por una interpretación que rechazaron, fundados en motivos éticos y jurídicos, el Registrador, el Presidente de la Audiencia y este Centro directivo, toda vez que en el documento particional se incumplió el requisito de respetar íntegramente los derechos sucesorios del tutelado".

(312) El supuesto de hecho de la Sentencia de 20 de junio de 1903 fue el siguiente: Doña F. de P. M. y F. falleció en 1862 bajo testamento en el que declaró tener cuatro hijos, a los que instituyó herederos. La demanda fue interpuesta por un nieto y heredero de Luisa A. M. —otra hija de dicha causante— que pidió la nulidad de la institución de herederos, porque dicha hija de la testadora había sido preterida por ésta. Se contestó, y en lo fundamental se probó, que a favor de dicha hija preterida, cuando ésta contrajo matrimonio, constituyeron sus padres, a cuenta de su legítima, dote estimada, que los padres, por consideraciones de carácter privado, decidieron que sus herencias se repartieran en cuatro porciones iguales entre sus otros cuatro hijos, a los cuales ordenaron que extrajudicialmente entregaran, entre todos, a su hermana Luisa, una participación igual a la que ellos percibieran, lo que cumplieron entregándole 5.000 reales, que, unidos a los recibidos de la madre por la aportación dotal, sumaban un valor superior a lo que le correspondía por su legítima; y que desde la fecha del fallecimiento de la madre a la defunción de su hija Luisa transcurrieron diecinueve años. El Juzgado y la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada absolvieron de la demanda, por lo que el deman-

“... que el hijo indebidamente preterido, como el injustamente desheredado, puede, a su libre arbitrio, conformarse con el testamento, ejercitar o no la acción de nulidad derivada de la preterición y renunciar a su ejercicio, ya expresa ya tácitamente, por medio de actos que impliquen esa conformidad y renuncia; entendiéndose hecha de esta última manera, según el recto sentido y espíritu de la ley 6.^a, tít. 8.^o de la Partida 6.^a, aplicable al caso de este pleito, cuando, conociendo el testamento y sin exigir que previamente se declare o reconozca la nulidad de la institución de herederos que se hubiese hecho en su perjuicio, recibiese el preterido de esos herederos en pago de su haber otro tanto de lo que por consecuencia y efecto de la nulidad le había correspondido como legitimario en la herencia del padre; porque ese acto implica, necesariamente, no tan sólo aquella renuncia, sino también su conformidad en cuanto al modo escogitado por los interesados para dar satisfacción a su derecho.”

Esta doctrina (313) aparece en cierto modo confirmada en S. 11 mayo 1909, en cuanto para rechazar la alegación de recurrente de la nulidad total de la institución, partió —en su tercer considerando— de que “si bien la preterición del heredero forzoso vicia la institución testamentaria, según el artículo 814 del Código civil, habiéndose limitado la parte actora a reclamar la nulidad de la designación del heredero hecha por D. M. L. E. en cuanto a la tercera parte de los bienes, resolviendo la Sala de conformidad a lo pretendido...” (314).

dante interpuso recurso de casación, alegando como primer motivo la infracción de las leyes 8, tít. 20, lib. 10 Nov. Recopil., y 17, tít. 1. Partida Sexta, según las que “los hijos y descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, son herederos forzosos de sus padres y ascendientes legítimos, toda vez que al absolver de la demanda de nulidad del testamento combatido en la demanda, se reconoce la subsistencia y validez de éste, y, por tanto, se deniegan los derechos del recurrente como hijo de la preterida doña...”.

(313) Entre los autores reconocen expresamente esta doctrina ROYO MARTÍNEZ (op cit., cap. XXI, § 4.^o, p. 245), PUIG PEÑA (op. cit., cap. XIV, 2, d., pp. 384 y s.) y MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ (*El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en la Rev. Derecho Notarial, año III, n. 7 —enero-marzo, 1955— IV, c, p. 82).

(314) El supuesto de hecho de la Sentencia de 11 de mayo de 1909, fue el siguiente: El causante instituyó única heredera a la mujer con la que más tarde contrajo matrimonio. Después de fallecido dicho testador, demandó la actora su reconocimiento como hija natural suya, y así se declaró habiendo llegado el pleito hasta el Tribunal Supremo. Poco después de entablada aquella demanda, fue adjudicado a la heredera todo el caudal relicto, parte para pago de deudas y el resto en pleno dominio, aunque determinando el importe de la mitad líquida que le correspondería en todo caso por la cuota viudal. Cinco días después de otorgada esta escritura, la viuda y heredera vendió la nuda propiedad de todas las fincas heredadas y, más tarde, también el usufructo de las mismas, entre las que se encontraba una casa que, a su vez, dicha compradora vendió al demandado que más tarde recurrió en casación. Con estos antecedentes, la hija natural demandó que se la declarase heredera de su padre natural en cuanto a su porción legitimaria, declarándose nulo el testamento en cuanto fuere necesario para atender los derechos de la hija natural, y asimismo nulas y sin ningún valor ni efecto la partición y adjudicaciones de

Y la S. de 19 de noviembre de 1910 (315) admitió la validez de la transacción entre la esposa, instituida heredera en usufructo y la madre natural del testador, que fue preterida, y que esta transacción, en cuanto a los hermanos uterinos del testador, instituidos en nuda

bienes que se hicieron a favor de la viuda y nulas las enajenaciones por la misma verificadas. La Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada, revocando en parte la sentencia del Juzgado, declaró a la demandante heredera de su padre natural con derecho a la tercera parte de la herencia, nula en cuanto perjudicara a este derecho la institución de herederos y la partición y adjudicación de bienes efectuadas y nulas las enajenaciones verificadas por la heredera instituida. Interpuesto recurso de casación por el segundo comprador de la casa, alegando —además de la infracción de varios preceptos de la Ley Hipotecaria— interpretación errónea de los artículos 814, 815 y 817 del Código civil, pues siendo jurídicamente indudable —a juicio del recurrente— que la preterición sólo anula la institución de heredero en cuanto perjudique la legítima del preterido, dejándola válida en lo demás, y reconociendo la Sala sentenciadora la exactitud y eficacia de esta doctrina con el hecho de no reconocer a la hija natural más que su legítima estricta, o sea, la tercera parte de la herencia, dejando subsistente en cuanto las dos terceras partes restantes la institución de heredera, anula, sin embargo, en su totalidad, las ventas otorgadas por ésta, cuando debía respetarlas en las dos terceras partes de las que la heredera instituida era dueña y podía disponer, por tanto, con perfecta validez. El Tribunal Supremo admitió este cuarto motivo y casó en cuanto al mismo la Sentencia recurrida, por la razón que hemos transcrito en el texto a que esta nota se refiere, de la cual en consecuencia deduce que la nulidad de la venta “no puede declararse en términos absolutos, sino en tanto en cuanto al hacerse las nuevas particiones haya que dejarla sin efecto para poner a salvo en su integridad la legítima reclamada por la actora, pues en otro caso, ni intereses ni acción tendría para solicitar dicha nulidad, dados los términos de la resolución recurrida”.

(315) El caso al que dio fin la Sentencia de 19 de noviembre de 1910 es complejo y dio lugar a dos pleitos que trataremos de resumir lo más claramente posible:

1.º pleito: El causante de una sucesión regida por el Derecho anterior al Código civil otorgó un legado a su madre natural (recordemos que a estos efectos la madre natural era equiparada a la legítima y que, conforme a dicho Derecho, el heredero forzoso no instituido se consideraba preterido aunque se le hubiese otorgado algún legado), dispuso del usufructo a favor de su esposa, otorgó un legado de cantidad a favor de dos de sus hermanos y nombró herederos a sus cinco hermanos uterinos. La madre se opuso a la elevación a escritura pública del expresado testamento, hecho de palabra, y concluyó transigiendo sus diferencias con la viuda, conviniendo en que se adjudicaran a la primera el pleno dominio de la tercera parte de la herencia con cargo a satisfacer los gastos de funeral y demás piadosos, así como los legados y que el resto se adjudicase a la madre del testador, y para que realizaran tales adjudicaciones designaron amigables componedores, que las cumplieron en un laudo en el cual adjudicaron determinados bienes a la viuda. Esta, años después, vendió estas fincas a J. G. y a Y. del P., el segundo de los cuales era el padre de Teresa y Felipa del P. C. Fallecida la viuda vendedora, uno de los hermanos del causante llamado Bernardo S. C., instituido con sus otros cuatro hermanos en la nuda propiedad, reivindicó los bienes de la herencia aduciendo la consolidación del pleno dominio por fallecimiento de la viuda del testador nombrada por éste usufructuaria, alegando que en nada podía haberles perjudicado el convenio o transacción celebrado entre su madre y la viuda del testador. Las sentencias de primera y segunda instancia dieron lugar a la demanda.

propiedad, quedó convalidada al aceptar la herencia de su madre, es decir de la preterida que transigió.

Admitida la posibilidad de la renuncia total por parte del preterido, no puede dudarse de que pueda contentarse con lo que le corresponda por legítima o con cualquier otra solución transaccional (316).

2.º *pleito*: Doña Teresa y doña Felipa del P. C., ésta representada por su esposo, y los herederos de la viuda del testador, que había vendido las fincas que después habían sido reivindicadas, otorgaron una escritura en la cual, cumpliendo un anterior convenio, éstos cedieron a aquéllas todos sus derechos y acciones sin excepción alguna, contra los herederos de la madre del testador, y a su vez relevaban a los cedentes de toda responsabilidad, cualquiera fuese el resultado del pleito. Sobre esta base, doña Felipa y doña Teresa demandaron a los hermanos don Bernardo, don Antonio y doña Beatriz S. C. (hermanos del testador, instituidos por éste en nuda propiedad) pidiendo: 1.º, la nulidad por preterición del testamento del causante; 2.º, que los demandados, como herederos de la madre del testador y suya, estaban obligados a cumplir lo convenido por éste con la viuda y a respetar el laudo consiguiente al compromiso; y 3.º, que los demandantes, como subrogados en los derechos de los herederos de la viuda del testador, tenían derecho a los bienes que a ésta por la transacción y el laudo le hubiesen correspondido. El Juzgado de primera instancia absolvió de la demanda, y la Audiencia de Oviedo confirmó ese fallo. Los demandantes interpusieron recurso de casación, al que dio lugar el Tribunal Supremo por estimar que por ser don Bernardo heredero de su madre, que había transigido, no podía haber reivindicado los bienes que, en virtud de su transacción y compromiso y el consiguiente laudo, correspondieron a la viuda del testador (observando que el tal don Bernardo había ocultado su condición de heredero de la preterida al reivindicar los bienes y combatir la validez de la transacción y el laudo), declarando en su segundo considerando “que cualquiera que haya sido el vicio de que pudiera adolecer la transacción discutida [es decir, la falta de intervención de los instituidos en nuda propiedad], fuerza es reconocer, lo mismo con arreglo a la antigua que a la nueva legislación, no menos que a la doctrina establecida por la jurisprudencia, don..., don... y doña convalidaron las estipulaciones consignadas en el expresado contrato, no sólo por haber aceptado la herencia de su madre, sino por actos, a la vez que expresiones inequívocas de su voluntad...”.

(316) Cfr. MANUEL DE LA CÁMARA (*El derecho de representación...*, loc. cit., IV, c. p. 83), que ha opinado que: “Cuando el preterido sea, en cambio, plenamente capaz, nosotros no vemos inconveniente alguno en que se declare satisfecho con menos de lo que por herencia intestada le hubiere correspondido. Concretamente, en todos aquellos casos en que no sea claro, y se discuta cuál sea el alcance de las disposiciones testamentarias que, no obstante la preterición, hayan de subsistir (cuestión que, como ya hemos visto, puede resultar vidriosa), no hay obstáculo que se oponga a que las diferencias existentes entre los herederos instituidos y el preterido se zanjen por medio de un convenio por el cual se asigne al preterido más de lo que por legítima tendría derecho a percibir y menos de lo que le correspondería como heredero intestado. Este acuerdo sería una verdadera transacción a la que ningún reparo cabe oponer, puesto que no está alcanzada por la norma prohibitiva del artículo 816 (que se refiere a transacciones entre los legitimarios y el causante) ni por ninguna otra de las que excluyen determinadas materias del ámbito de la transacción. Es más, creemos que aunque el preterido fuera menor o incapaz, el convenio sería posible si sus representantes legales cumplen los requisitos que la ley en cada caso les impone para transigir sobre derechos de sus representados.”

28. *¿Quién puede impugnar la institución por causa de preterición? ¿Es declarable de oficio?*

Problema conexo con el que acabamos de contemplar es el relativo a quién puede impugnar la institución de herederos por causa de preterición y a si ésta puede estimarse de oficio (317).

a) Las RR. de 30 junio 1910 y 31 enero 1913 consideraron que la nulidad que el artículo 814 C. c. establece “*tiene lugar y pueden acordarla los Tribunales, a instancia de parte legítima, cuando los instituidos herederos pretenden sostener la institución hereditaria*”.

Pero, ¿quién puede considerarse, al efecto, *parte legítima*?

La S. 19 noviembre 1910, antes referida, declaró que sólo a la preterida “y no a los demandantes que no derivan de ella vínculo alguno de derecho”, era dable ejercitar la acción derivada de la preterición (318),

En contra de esta doctrina tal vez se invoque la S. 15 octubre 1957 (319). Pero es de notar que en el pleito que la motivó no fue discutida la falta de acción de los demandantes, hermanos del preterido, sino que tácitamente fue aceptada esa legitimación por la otra parte que pleiteó sobre el fondo de la cuestión sin oponer su falta.

b) Si la acción dimanante de la preterición *pueden acordarla los Tribunales a instancia de parte legítima* (RR. 30 junio 1910 y 31 enero 1913), es porque no pueden declararla de oficio, como queda corroborado por la jurisprudencia que venimos examinando en éste y en el anterior epígrafe. Pero la cuestión resulta más delicada si se examina desde el ámbito de las facultades de los comisarios o contadores partidores testamentarios, o de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad.

La *primera cuestión* fue planteada hace unos años por Alfonso Cruz Auñón (320). A su juicio, la función de apreciar y subsanar la preterición “no es particional por suponer el reconocimiento de un derecho” y “la apreciación de la nulidad de la institución de herederos, y ello es lógico que rebasa la propia función del Comisario, por ser materia que debe ser reservada en primer término al Juez, y en

(317) Respecto los antecedentes históricos de esta cuestión en los autores castellanos, cfr. *supra* núm. 23, texto y notas 276 y ss.

(318) Cfr. *supra* nota 315 el supuesto de hecho de esta sentencia. El mismo criterio puede verse en RAMOS BASCUÑANA (op. y vol. cit., cap. XXIX, n. 4, p. 29); ROYO MARTÍNEZ (loc. últ. cit.); ALFONSO CRUZ AUÑÓN (op. y pág. últ. cit.); MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ (*El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, loc. cit., IV, c, pp. 81 y siguientes).

(319) El supuesto al que se refirió el pleito resuelto en la S. 15 octubre 1957 fue el siguiente: El testador no mencionó a uno de los hijos habidos de su primer matrimonio que se hallaba en ingnorado paradero. Demandaron los otros hijos de ese primer matrimonio. El Juzgado de primera instancia de León y la Audiencia de Valladolid estimaron la demanda y entablado recurso de casación fue rechazado por el Tribunal Supremo. No se discutió en el pleito la falta de legitimación de los actores.

(320) ALFONSO CRUZ AUÑÓN, loc. cit., pp. 560 y ss.

segundo término a los propios interesados y posibles perjudicados por ello, que en definitiva son los herederos. Por tanto, éstos no deberán pasar por ella sólo porque el Comisario al obrar así, lejos de partir atendido al testamento, lo que hace es prescindir, si no de él, al menos de su institución de herederos..." "Otra cosa sería —añade el mismo autor— si, obtenida la nulidad de la institución y la subsiguiente declaración de herederos *ab intestato*, o reconocido el derecho de los preteridos por los herederos, se limitase el comisario a practicar, en su vista, la partición."

Posteriormente la Res. de 14 agosto 1959 ha seguido este criterio (321).

La *segunda cuestión* se refiere a si el Registrador puede rechazar la inscripción de una herencia o de su partición por hallarse el testamento base viciado de preterición.

A primera vista parece que la solución debiera ser negativa, por aplicación lógica del criterio, que venimos comprobando, de que sólo los propios preteridos pueden invocar la invalidez por dicho vicio de la institución de herederos (322).

(321) El último considerando de la Res. 14 agosto 1959 dice así: "Que si bien este Centro directivo tiene declarado que podrán ser objeto de inscripciones en el Registro las escrituras de partición en que los herederos instituidos hubieran reconocido a los descendientes del premuerto el derecho que les habría correspondido si se hubiera abierto total o parcialmente la sucesión *ab intestato*, doctrina que concuerda con la sustentada por el Tribunal Supremo, cuando en base del artículo 1.059 reconoce la validez de las particiones hereditarias, cuando los interesados hubieran convenido no impugnar la institución, y con la declarada en la Resolución de esta Dirección General de 10 de mayo de 1950, no es menos cierto que para lograr tan saludable efecto ha de ser formalmente expreso el convenio de los herederos, sin que por la sola falta de impugnación haya de presumirse tal reconocimiento y deba considerarse inscribible la partición defectuosa hecha por el contador, al no ajustarse a la ley, sin que sea necesario apurar las consecuencias de la preterición al surgir, en nuestro supuesto, con posterioridad al otorgamiento del testamento, y dado que si prosperase la nulidad de la institución de herederos afectaría sólo a la legítima estricta, en cuanto el causante distribuyó el resto del caudal hereditario en legados, ni negar las facultades que corresponden al contador —aun cuando sea necesaria la declaración de herederos *ab intestato* a favor del nieto—, ya que los derechos hereditarios se transmiten desde la muerte del causante por este solo hecho y el de la aceptación expresa o tácita de la herencia."

(322) Esta razón lógica fue la que Florencio Porpeta empleó como Notario recurrente en el recurso que motivó la Res. 24 enero 1941. Y también CRUZ AUÑÓN (loc. cit., p. 567) razonó que: "En el peor de los casos, suponiendo que existan otros interesados en la misma situación, estaríamos en el caso de partición practicada con preterición (en ella) de herederos, y ello ni siquiera acarrearía su rescisión, ya que ésta sólo procede en el caso de *dolo* o *mala fe* (art. 1.080). Pero, aun suponiendo que la partición fuera rescindible por incidir en tal supuesto, ¿es eso lo que preocupa? Rescindibles son todas las particiones en nuestro Derecho a tenor del art. 1.074 del Código civil y, sin embargo, a nadie se le ocurre exigir para inscribirlas que se pruebe que en ellas no se da el supuesto de lesión de este último artículo. Por lo demás, la calificación registral debe negar la entrada en el Registro a los actos nulos, no a los meramente rescindibles, que son perfectamente válidos; e inscritos la rescisión se seguirá dando siempre entre partes, con o sin perjuicio de tercero, según los casos."

Pero aquí se interfiere otra cuestión, relativa a la conveniencia o inconveniencia de que tengan acceso al Registro situaciones impugnables, mientras los interesados no las hayan impugnado (323). Su inscripción puede incrementar el número de situaciones inseguras, en las cuales el Registro de la propiedad no puede garantizar la adquisición al tercero si la posible causa de invalidación resulta del Registro. O que, si no se hace constar, pueden transformar el Registro en un instrumento de despojo de legítimos derechos.

Por eso, la posibilidad de que el Registrador aprecie la preterición y, por esa causa, rechace la inscripción de herencias y particiones, es la solución mejor desde el punto de vista registral (324). Pero, por otra parte, esa posición puede provocar pleitos que nunca hubiesen tenido lugar, o bien condenar esas situaciones impugnables a vivir fuera del Registro. Lo cual, tal vez, incline a entender que civilmente sería mejor solución la inscribibilidad de esas situaciones; pero haciéndose constar en ellas el posible defecto de que pudiese adolecer el derecho, para que ningún tercero pudiera escudarse en su ignorancia.

La Dirección General de Registros, por una parte, ha sentado que al Registrador no le cabe suscitar la cuestión de la validez de los testamentos (325), y este criterio lo ha aplicado en caso de preterición

(323) Este es el criterio aceptado por el art. 94 del Reglamento Hipotecario respecto la inscribibilidad de los actos y contratos otorgados por la mujer casada sin licencia de su marido.

(324) Por eso, sin duda, agrada a CÁNOVAS COUTIÑO (comentarios a la Res. 24 enero 1941, en R. C. D. I. XVIII —marzo 1941—, p. 166) que el Registrador pueda denegar la inscripción por esta causa. Y, tal vez por ello, razona que: “La Dirección, de una manera irrevocable, se pronuncia por la nulidad de la institución hereditaria para todo supuesto de preterición de descendientes. Y al no estimar correcta la amplitud con que ciertas Resoluciones anteriores, alegadas por el Notario recurrente, mitigaron —para evitar gastos y dilaciones— los efectos de la preterición, infiere que —a su juicio— supuesta ésta, no cabe acuerdo alguno entre instituido y preterido u órgano representativo de éste —aquí el tutor con el Consejo de familia— en las operaciones de testamentaria y división de herencia. Una suerte de resolución “ex tunc” se opera. La declaración de herederos se impone. Puede —y debe— exigirla el Registrador. Con ello era casi innecesario el último considerando, de fisonomía más sentimental y moral que de consistencia jurídica.”

Ese razonar lógicamente desde el resultado hacia la causa al llevar a conclusiones inexactas, demuestra que —no fallando la lógica— lo que falla es la solución tomada como punto de partida del razonamiento. Como antes hemos visto, no fueron sólo razones de economía, de tiempo y dinero las motivaciones de las Resoluciones invocadas por el recurrente, ni de otras semejantes, ni de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que hemos referido. La preterición no se funda en razón de orden público alguna, sino en la protección de los preteridos, quienes pueden renunciarla, transgírla y reclamarla o no reclamarla. La solución de la Res. 24 enero 1941 no se fundó en una regla general, sino en que la tutela del preterido la desempeñaban su padrastro y su abuelo materno y que la madre resultaba beneficiada al no apreciarse la preterición por parte de dichos representantes del menor que moralmente le parecieron incompatibles (cfr. *supra* nota 311).

(325) La Res. 26 septiembre 1904 consideró: “que sólo a los interesados cumple suscitar cuestión acerca de la validez de los testamentos, sin que sea lícito a los funcionarios públicos poner en tela de juicio tal validez, más que

ción (326). Pero, por otra parte, ha ratificado, en Rs. de 31 enero 1913 y 24 enero 1941, la no inscribibilidad de adjudicaciones de herencia en virtud de que el testamento adolecía del vicio de preterición. Sin embargo, debemos tener en cuenta que, en estos dos casos, la base de la negativa la constituyeron sendas incompatibilidades de intereses que se apreciaron entre la representación de los preteridos y éstos, que eran menores de edad (327). Soluciones justas a las que llegó la Dirección General sin salirse de la esfera de la capacidad y la legitimación de los otorgantes de la partición que debe apreciarse en cada caso habida cuenta de sus singulares circunstancias.

29. *Plazo de prescripción y transmisibilidad de la acción por preterición.*

Clásicamente, según hemos visto antes, la *querella inofficiosi testamenti* y el *ius dicendi nullum* diferían por su distinto plazo de prescripción, respectivamente, de un quinquenio y de una treintena, y por su transmisibilidad que, en el primer caso, se limitaba, *iure sanguinis*, a los descendientes del preterido.

¿Cuál debe ser hoy el criterio en ambo casos?

a) La acción de preterición debe considerarse —según Manresa (328)— mixta de real y de personal, y su prescripción fijarse a los treinta años si existieran inmuebles en la herencia, o a los seis si sólo la integran muebles o semovientes, salvo caso de adquisición del dominio o derechos reales por usucapión o por lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

En cambio, Cámara (329) y García Bernardo (330) creen de apli-

en caso de haberse cometido un delito de falsedad, estafa, falso testimonio u otro de los que dan lugar a procedimiento de oficio"... "que son de índole tan especial las causas que pueden traer aparejada la nulidad de un testamento que, por regla general, no puede decirse *a priori* que éste es nulo, ya que aun de existir defectos que entrañan la nulidad, pueden perder tal virtualidad, si los interesados aceptan el testamento o convienen en respetarlo cual si le adornaran todos los requisitos legales"... "que de lo expuesto, lógicamente, se infiere que en materia de testamentos, las faltas que los invalidan no engendran necesariamente su nulidad, único supuesto en que se da la *falta insubsanable* con las consecuencias jurídicas que establece el art. 65 de la Ley Hipotecaria"... "que no desvirtúa toda esta doctrina el general y absoluto precepto del art. 687 del Código civil, dictado para los Tribunales de justicia, que a su tenor han de fallar *a posteriori*, o sea previa reclamación de parte interesada, y en vista del texto legal que se reputa infringido, mas no para el Registrador de la propiedad, que no puede rechazar *a priori* un instrumento testamentario contra la voluntad de quien puede acatarle como válido, lo cual excluye el concepto de *necesariamente nulo*, alma del defecto insubsanable."

(326) RR. 30 junio 1910 y 31 enero 1913.

(327) Cfr. *supra* notas 305 y 311.

(328) MANRESA, op. y loc. cit., p. 354.

(329) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudio sobre el pago en metálico de la legítima en el Código civil*, en "Centenario de la Ley del Notariado" Sec. III, vol. I, p. 809, nota.

cación la prescripción de quince años del artículo 1.964, de acuerdo con el criterio seguido por el Tribunal Supremo para las acciones dirigidas a obtener la nulidad del testamento.

Si la acción fuese de rescisión —como fue la querella— prescribiría a los cuatro años (art. 1.299). Plazo que respecto de personas sujetas a tutela y para los ausentes debería comenzar a contarse cuando cesara la incapacidad de los primeros o fuere conocido el domicilio de los segundos (art. 1.299, § 2.º, C. c.). A las personas sujetas a tutela creemos asimilables —*ad maiorem*— las que debieran estarlo, e incluso los sometidos a patria potestad de tener los padres con ellos contraposición de intereses.

Y, finalmente, de ser estimado el supuesto como de anulación prescribiría la acción también a los cuatro años (art. 1.301).

El clásico plazo de cinco años de prescripción aplicable a la querella, se conserva en el Código civil para la revocación de donaciones por supervivencia de hijos (art. 646, § 1.º).

b) La transmisibilidad de esa acción ha de depender de su naturaleza, según se la considere de carácter más o menos personalísimo. De este tipo son las acciones de revocación de donaciones por supervivencia de hijos, sólo transmisibles a los hijos y descendientes legítimos del donante (art. 646, § 2.º), o las de revocación por ingratitud, que sólo se transmiten a los herederos del donante si éste las hubiese ejercitado o si se acreditare que no pudo ejercitarlas (art. 653, § 1.º, *a contrario*).

Se trata, pues, de dos cuestiones —las de la prescripción y la transmisibilidad de una acción— clásicamente resueltas (331) que el texto del Código civil no regula ni su jurisprudencia ha tratado directamente. Su solución, pues, sólo puede resultar de la naturaleza que corresponda a la acción de impugnación por preterición. Y, por tanto, por deberse resolver *a posteriori* aquellas dos cuestiones, no podremos, sin incurrir en petición de principio, aducir su resultado, para resolver la cuestión principal de la que dependen.

30. Conclusión acerca de la naturaleza de la acción derivada de la preterición en el Código civil.

De lo expuesto podemos deducir que nos hallamos ante una acción rescisoria de tipo personalísimo, como la *querella inofficiosi testamenti*.

Nos inclinan a esta convicción:

1.º Los precedentes históricos y los antecedentes legislativos de nuestro Código, que van marcando la absorción del *ius discendi nullum* del testamento por la *querella inofficiosi testamenti* concretada a invalidar la institución de heredero. No se nos diga que el Código civil

(330) ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *La legítima en el Código civil* (Oviedo, 1964), p. 129.

(331) Cfr. *supra*, n. 23.

haya vuelto a separar las dos instituciones por los efectos diversos previstos en el artículo 814 y en el 851 C. c., pues estas diferencias no son sino puramente cuantitativas, y puede decirse que el 851 regula para la desheredación injusta una querrela de efectos limitados al importe de la legítima.

2.º La posibilidad de convalidar la institución de herederos por renuncia del preterido a impugnarla (S. 20 junio 1903) o por convenio de éste con los instituidos (S. 19 noviembre 1910).

3.º Su no declaratividad de oficio (arg. S. 11 mayo 1909 y Rs. 30 junio 1910 y 31 enero 1913).

Siendo así:

a) Por tratarse de una acción de rescisión, su prescripción sería de cuatro años (en lugar de cinco años, como era clásicamente), retrasándose el inicio del cómputo en los casos de ausencia e incapacidad, conforme antes hemos visto.

b) Por tratarse de una acción de tipo personalísimo, no sería enajenable ni transmisible a los herederos, salvo: I) *iure sanguinis* a los descendientes legítimos; y II) a los herederos en general si el preterido hubiese iniciado el ejercicio de la acción o se probare que no le fue posible hacerlo.

Creemos, por otra parte, que esta solución es la más adecuada a la realidad, como expusimos en otra ocasión (332): "Pretender que toda disposición testamentaria que prescinde de un legitimario es *ipso iure nula*, o bien que tal disposición no pudo abarcar la legítima, nos parece que es acudir a soluciones toscas y primitivas, faltas de la flexibilidad que caracteriza el proceso jurídico. Si la *ratio* de la norma es proteger al legitimario y éste, expresa o tácitamente, se conforma, ¿por qué reputar nula la disposición y beneficiar a otras personas? ¿No es tanto mayor la perfección jurídica en materia sucesoria cuanto más fina sea la armonización de la voluntad del testador con las normas prohibitivas, de tal forma que aquélla sólo deje de ser eficaz en tanto en cuanto la *ratio* de éstas lo exija, pero no fuera de ella? Si es así, si en consecuencia vale la disposición testamentaria si el preterido no reclama, es que aquélla no es automáticamente nula *ipso iure*, es que no hay una delación legal que excluya sin más la delación testamentaria en la porción legítima. Labor de artesanía de siglos, que algunos quieren deshacer para volver a las más primitivas páginas del Derecho, para que encaje mejor en unos esquemas conceptuales, con olvido de la realidad concreta, más compleja, de la vida jurídica."

Por lo demás, en una sucesión entre parientes tan íntimos como son los legitimarios, parece suficiente plazo de prescripción el de las acciones rescisorias, con la particularidad de que su inicio sea retardado para menores, incapaces y ausentes. E, igualmente, parece que la no negociabilidad y la transmisibilidad limitada, clásicamente asignada a la

(332) *Notas críticas a la...*, II, 17, a, en A. D. C. cit. y ed. sep., p. 65.

querella, se ajusta mejor al carácter personalísimo que debe corresponder, como hemos dicho, a esa acción.

En cuanto a la extensión de los efectos de la preterición, debemos distinguir, para fijarla, entre dos cuestiones que trataremos a continuación.

1.º La de si, aparte de la clásica rescisión de la institución, puede aplicarse al testamento en su totalidad la ineficacia de la preterición por causa de error.

2.º La de determinar las disposiciones que, pese a la rescisión derivada de la *querella*, conservan su validez, y de saber cuáles son las que quedan invalidadas.

31. ¿Caben efectos más totales en caso de preterición errónea?

La *preterición errónea* fue distinguida de la intencional para determinar sus diversos efectos. Siguiendo el criterio de Baldo, en su comentario a la *Authentica ex causa*, entendieron Antonio Gómez (333) y el jesuita Luis de Molina (334) que la eficacia de la cláusula codicilar —presunta en todo testamento *parentem inter liberos*— no alcanzaba eficacia alguna si la preterición se debía a la ignorancia del testador, por creer muerto al preterido o bien por haber nacido éste después de otorgado el testamento. “La razón es —explicó el P. Molina— que no ha de presumirse que el testador haya preferido los extraños a su propio hijo o a otro a quien debiera instituir necesariamente, incluso por lo que se refiere a los legados...”

En general, se estima que nuestro Código civil no ha recogido esta distinción (335). Sin embargo, desde dos distintos puntos de vista, cabe intentar mantenerla.

(333) ANTONIO GÓMEZ, *Opus praeclarum... super legibus Tauri*, lex III, n. 79 (ed. cit., fol. 18), observó: “Intelligo tamen communem opinionem quando pater praeterivit vel exheredavit filium vel descendentem scienter, secus vero si ignoranter, quia tunc non tenebitur filius ab intestato succedens restituere praedicta bona; argumento text. in l. *sicut certi*. C. de testa. mili., text. cum materiam, l. *cum avus*, ff. de condi. et demon., text. I. *si unquam*, C. de revoc. dona.

(334) LUIS DE MOLINA, S. I., op. cit., Disp. CXXXII, n. 7 *in fine* (ed. y vol. cit., p. 270).

(335) Res. 14 agosto 1959. En la doctrina rechazan expresamente su posible inserción en nuestro Código civil: ROCA SASTRE (Notas al *Derecho de Sucesiones* de Kipp del Tratado de Enneccerus, Kipp y Wolf V-2, § 130, I, pp. 285 y ss.), LACRUZ (Notas al Binder, § 32, p. 300), CÁNOVAS COUTIÑO (Comentario a la Res. 14 agosto 1959, en R. C. D. I., XXXII, nota 7, p. 807), GARCÍA-BERNARDO (op. cit., pp. 106 y ss.). El tercero observa que “cabe pensar que, dados los antecedentes romanos”... “no pasase la cuestión al articulado por desconfianza u olvido de los redactores del Código, sino que éstos, por los conflictos que una y otra preterición intencional y la errónea, en su distinción y dificultad de prueba pudieran ocasionar, deliberadamente las silenciaron”.

De una parte, Roca Sastre (336) ha insinuado que es preferible sotener que el hecho de que el Código silencie el error en el contenido de las declaraciones testamentarias, "más que una omisión intencionada o de sentido excluyente, implica una laguna o insuficiencia normativa que debe colmarse o satisfacerse por aplicación analógica o interpretación extensiva del artículo 1.265 del C. c., según el cual "será nulo el consentimiento prestado por *error*, violencia, intimidación o dolo" (337). Sería excesivo mantener una declaración de voluntad testamentaria a todas luces errónea. Confirma este criterio el hecho de que el mismo artículo 673 incluye el dolo como causa de nulidad testamentaria el cual es fuente de error provocado". "Así, pues; hay que concluir que el error en el contenido de la declaración testamentaria es vicio invalidatorio del testamento, siempre que sea esencial o determinante". Esa doctrina aplicada a la preterición errónea acarrearía la nulidad total del testamento que la contuviere. Pero, según el propio Roca Sastre, la preterición de legitimarios "es tratada por el C. c. dentro de la deficiente técnica del artículo 814, como figura autónoma, si bien incrustada en el ordenamiento de la legítima, o sea, con independencia del problema del error como vicio de la voluntad testamentaria".

De otra parte, Manuel de la Cámara (338) ha observado que la aplicación literal del artículo 814 a los supuestos de preterición, convierte la nulidad de la institución de herederos en "un verdadero castigo impuesto al testador, que comete preterición", criterio que cree insostenible porque si se sanciona por suponerse una omisión de los deberes testamentarios del testador, "la misma sanción ha de imponerse al testador que deshereda injustamente". Y, por eso, cree que "ante los absurdos resultados a que conduce esta aplicación literal es menester buscar, si es posible, un camino que permita llegar a conclusiones más racionales aun sin prescindir del articulado del Código civil". Y cree que éste puede hallarse considerando la preterición intencional como desheredación tácita, lo que llevaría a aplicarle el artículo 851, en lugar del 814 C. c.

Así, por un lado, puede tratarse de extender a todo el testamento la nulidad en caso de preterición errónea, y, por otro, se ha intentado circunscribir sólo a la legítima el alcance de la nulidad de la institución en los supuestos de preterición intencional.

(336) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE, *Notas cit.*, vol. V-1.^o, § 22, IV, 1, pp. 173 y ss.

(337) En contra de este criterio, MANUEL ALBALADEJO (*De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*, en *An. Der. Civ.* VII-II, Abril-Junio, 1954, pp. 323 y ss.) cree que la doctrina de los artículos 1.265 y 1.266 sólo cabe aplicarla a los testamentos dentro de los límites del artículo 767, es decir, cuando se haya sufrido en el motivo *determinante exclusivo*; es decir, que se trate de un error *decisivo* y que esto *se pruebe intrínsecamente*, o sea, sin salirse del testamento.

(338) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *El derecho de representación en...*, loc. cit., pp. 66 y s.

Pero, sin salirnos del Derecho constituido, creemos que el primer intento sólo puede alcanzar éxito en los supuestos en que el carácter determinante del error respecto al testamento en su totalidad resulte del tenor de éste, aunque sea relacionándolo con circunstancias de hecho extrínsecas. Y que el segundo intento sólo podrá triunfar si la intencionalidad de la preterición puede deducirse o inferirse del tenor del testamento, aunque también sea con el complemento de circunstancias extrínsecas. Fuera de estos supuestos, cuya solución puede apoyarse en los artículos 767 y 675 C. c. (339), queda aún una amplia zona de aplicación del artículo 814.

32. *¿Cabe equiparar o aproximar la preterición evidentemente intencional a la desheredación injusta?*

Pero, ¿no cabe otra interpretación del artículo 814 que aproxime sus efectos a los señalados en el artículo 851 para la desheredación injusta?

La duda había sido contemplada por Manresa (340), centrada en las cuestiones de si el artículo 814, al decir que exceptúa la mejora, quiere exceptuar todo el tercio destinado a tal fin, o al menos la parte del mismo de que haya dispuesto el causante, y de si al exceptuar los legados trata de hacerlo con toda la parte de libre disposición de la que el propio testador haya dispuesto. Así, en este segundo caso, se llegaría al mismo resultado alcanzado en el Derecho histórico mediante la cláusula codicilar y la *valere omni meliori modo quod possit* expresas o sobreentendidas (341).

Pero este autor (342), y como él casi toda la doctrina (343), en-

(339) La S. 18 diciembre 1965, interpreta que el "tenor" del testamento a que alude el artículo 675 "se refiere al conjunto de disposiciones útiles para alcanzar el sentido de las cláusulas dudosas, atendidas las circunstancias que tuvo en cuenta el testador para ordenar la última voluntad". Notemos que esas "circunstancias que tuvo en cuenta el testador", en ese caso, eran extrínsecas al testamento, pues se referían a los lugares donde ésta vivió y murió, que, demostrados fuera del testamento, fueron apreciados con relación al tenor de éste.

(340) MANRESA, op. y vol. cit., art. 814. Coment. B, 2, ed. cit., pp. 351 y s.

(341) Cfr. *supra*, n.º 25, b.

(342) MANRESA (loc. últ. cit., p. 352): "La interpretación que rectamente se desprende del artículo 814, es la de que sólo valen, y eso es cuanto no sean inoficiosas, las disposiciones hechas a título de legado o de mejora. En cuanto a la institución de heredero, se anula. Lo que se anula deja de existir ¿en todo o en parte? No se añade limitación alguna, como en el artículo 851, en el que se expresa que se anulará la institución de heredero *en cuando perjudique* a la legítima del desheredado. Debe, pues, entenderse que la anulación es completa o total, y que este artículo, como especial en el caso que le motiva, rige con preferencia al 817".

(343) SCAEVOLA (Código civil XIV, arts. 813 a 817, III, B, —4.ª ed. Madrid, 1944—, pp. 426 *in fine* y s.), SÁNCHEZ ROMÁN (op., vol. y cap. cit., n. 35, a, 1.º, p. 1140 y s.), DE DIEGO (*Instituciones de Derecho Civil*, T. III

tiende que si el testamento dispone de toda la herencia a título de institución, la preterición da lugar a su total invalidación y a la apertura de la sucesión intestada (art. 912, n.º 2.º C. c.), salvándose sólo legados y mejoras.

Sin embargo, no han faltado quiénes han sustentado la opinión contraria, que limita los efectos de la preterición equiparándolos a los de la desheredación injusta (344); ni quien afirma que “consideraciones de orden teleológico aconsejan limitar la nulidad a lo necesario para que el preterido obtenga la satisfacción de su derecho, evitando así que los legitimarios no preteridos resulten beneficiados por un hecho que no les afecta”, “no obstante, que la letra del artículo 814 no es muy propicia a esta interpretación, por lo que para poder sustentarla es menester prescindir un tanto de la dicción literal de aquel precepto” (345).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Ss. de 2 julio 1904 y 11 mayo 1909, sólo reconoció su legítima a los preteridos. Pero fue debido, en la primera, a que la frustración de la demanda de invalidación de unas ventas, efectuadas por los albaceas, venía preterminada por una sentencia firme de un pleito anterior que, conforme a lo pedido al intentarlo, sólo había concedido su legítima a las preteridas. Y, en la segunda, pese a invocarse en el recurso de casación la infracción del artículo 814 solicitándose la nulidad total de la institución, el Tribunal Supremo lo rechazó porque la sentencia de instancia se había ajustado a la petición de la preterida que sólo demandó que se la declarase heredera en cuanto a su legítima.

En cambio, la S. 7 febrero 1909 afirmó que el artículo 814 impone como sanción “la nulidad total de la institución de los extraños, salvo las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas”. La S. 11 marzo 1950 consideró que dicho artículo, “en caso de preterición de todos o de algunos de los herederos forzosos, prescribe la nulidad de la institución de herederos, mandando respetar las

—Madrid, 1932— Lec. 90, p. 232), CALIXTO VALVERDE VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, T. V —4.ª ed., Madrid, 1939—, cap. XIII, III, pp. 310 y s.), JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español Común y Foral*, I-II —4.ª ed., Madrid, 1939—, Tema LXIII, pp. 299 y s.), GUILLERMO G. VALDECASAS (*La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, en *Revista Der. Priv.* —noviembre, 1963—, p. 965 y s.), GARCÍA-BERNARDO (op. cit., pp. 121), FRANCISCO BONET RAMÓN (*Compendio de Derecho civil*, V —Madrid, 1965—, § CXXIX, 132, A, p. 704).

(344) Cfr. ANTONIO MAURA (*Dictámenes*, vol. IV —1.ª ed., Madrid, 1930—, dict., n. 18, pp. 240, *in fine* y s.) escribió que “la consiguiente nulidad queda circunscrita a lo necesario para remedio de la inoficiosidad y reparación de los derechos legitimarios que la preterición vulneró”. PUIG PEÑA (op. y vol. cit., cap. XIV, 1, D, pp. 382 y s.) se inclina por esta opinión de aplicar igual tratamiento a la preterición, que califica “de menos intensidad jurídica” que la desheredación injusta, que califica de “figura más fuerte que la preterición”.

(345) CÁMARA ALVAREZ, *El derecho de representación...*, loc. cit., p. 84.

mandas o mejoras que no sean inoficiosas". La S. 22 mayo 1950 estimó que "la redacción clara y expresiva del artículo 814", establece que "la preterición de todos o alguno de los herederos forzosos en línea recta, "anulará la institución de herederos, es decir, la disposición testamentaria que afecta a la parte personal de la sucesión mortis causa, en lo que el testador se halla constreñido por la naturaleza a la par que por la ley, pero no tendrá igual efecto sobre las mandas y mejoras, es decir, sobre lo que el testador disponga con referencia a su patrimonio material, salvo la tacha de inoficiosidad legal" (el fallo declaró nula la institución en su totalidad y no sólo en cuanto a la legítima). La S. 15 octubre 1957, en segunda sentencia, concreta que en el artículo 851 C. c., relativo a la desheredación, "se establece que cuando se declare improcedente "anulará la institución de herederos en cuanto perjudique al desheredado", mientras que en el supuesto del artículo 814 tal nulidad se establece absolutamente sin más limitaciones que las antes taxativamente especificadas, diferencia de trato que se halla justificada porque en aquel caso hay una exteriorización de voluntad del causante, que no se da en el segundo, demuestra la mayor amplitud de la preterición". Y la S. 23 enero 1959, comparando los efectos de la preterición y los de la desheredación injusta, dice que aquélla es "sancionada con la absoluta nulidad de la institución de herederos, si quiera salve también las mandas y mejoras en el artículo 814".

33. Efectos de la preterición de hijos naturales, hijos legítimos y los instituidos.

En los supuestos de las SS. 7 febrero 1909 y 11 marzo 1950, las instituciones anuladas eran de extraños (sobrinos y entenados, respectivamente). En cambio, en los de las SS. de 22 mayo 1950 y 15 octubre 1957, los instituidos eran hijos del testador, por lo cual se pudo haber sostenido la validez de la institución de los hijos no preteridos en cuanto no se lesionase la legítima de los preteridos, o, por lo menos, en tanto no excediera de la cuota que ab intestado correspondería al instituido (346).

Especialmente es de notar que la citada S. 22 mayo 1950 es la única que se ha enfrentado con un supuesto de preterición de hijo natural e institución de hija legítima. Confirmó esta sentencia la de la Audiencia que había declarado la nulidad total de la institución de la hija legítima. La cuestión está relacionada con la antes (347) examinada, que inquiere si la preterición de los hijos naturales surte el mismo efecto que la de los descendientes y ascendientes legítimos y si cuando más, su preterición sólo puede arguirse contra aquellos

(346) Solución dada en Dig. V-II, 19 y XXVIII-VII, 6 y 7 (cfr. nuestros *Apuites...*, I, § 5, pp. 47 y ss. y nota 155) y en A. D. C. IV-II, pp. 643 y ss.).

(347) Cfr. *supra*, n.º 15, a.

herederos instituidos que no les precedan en el orden de sucesión intestada.

Antonio Hernández Gil, como Letrado del recurrente en los motivos de casación, razonó que la nulidad total de la institución de heredero está justificada en aquellos casos en los cuáles la consecuencia que produce —apertura de la sucesión intestada— determina la atribución de toda la herencia al hijo natural, como ocurre cuando es preterido respecto de extraños, pero que si los instituidos son hijos legítimos no se halla esta justificación, pues, conforme el artículo 942, en la sucesión intestada, los hijos naturales en concurrencia con legítimos sólo precibirán exactamente lo mismo que les corresponde como legitimarios a tenor de los artículos 840 y 841. Y que, por otro lado, el haber legitimario correspondiente al hijo natural, ha de sacarse del tercio de libre disposición, como pregonaba el artículo 840, por lo cual su derecho, caso de existir, sólo puede afectar a aquella parte de la herencia asignada al hijo natural, o sea, del tercio de libre disposición.

Abundamos en estas razones, a pesar de que fueron rechazadas por el Tribunal Supremo en la citada S. 22 mayo 1950 (348).

34. *¿Qué disposiciones del testamento conservan su validez no obstante la preterición?*

El artículo 814, § 1.º, concluye que la preterición anulará la institución de heredero, “pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas”.

La interpretación de este inciso final ofrece varios problemas:

a) El mantenimiento de las *instituciones vulgares pupilares y ejemplares* fue discutido por los autores de Derecho común y, especialmente, los autores castellanos no solo continuaron la discusión respecto dicho Derecho (349), sino que la extendieron a las Partidas

(348) Cfr. *supra*, en nota 194, transcrito el tercer considerando de esta S. de 22 mayo 1950.

(349) Las palabras de la *Authentica “Ex causa”, “cetera firma permanent”,* fueron diversamente interpretadas. De una parte, Dyno había entendido que la *Authentica* hablaba de legados y fideicomisos, los cuales no necesitaban para su validez la del testamento, pudiendo disponerse en codicilos abintestato; no así las sustituciones vulgar y pupilar que requerían la validez del testamento paterno. De otra, la Glosa, Bartolo, y el común de los autores, se inclinaron por la validez. Este último criterio fue el de ANTONIO GÓMEZ (*Variac...*, lib. I, cap. III, n. 24, ed. cit., p. 30), TELLO FERNÁNDEZ (*Constitutio-num Tauri, utilis interpretatio*, Lex III, IV pars. núms. 6 y 7, fol. 25 vto. y s.), DIEGO SPINO (*Speculum testamentorum*, gloss. 27 *principalis*, n. 17 —ed. Francoforti ad., Moenum, 1960—, p. 891). El primero fue principalmente defendido por COVARRUVIAS (*In titul. De testamentis...*, cap. Raynaldus 16, § 6.º, n. 3, ed. cit., pp. 80 y s.).

(350), al Ordenamiento de Alcalá (351) y a la Ley 24 de Toro (352). Hoy parece que la sustitución vulgar puesta a la institución, invalidada por la preterición, debe asimismo ser invalidada, puesto que pasaría también a ser institución afectada por el mismo vicio. Ya que, a nuestro juicio, no cabe que haya preterición en la institución sin haberla en la sustitución, puesto que de no haberla en ésta tampoco la habría en el testamento, partiendo de que la mención es hoy, como creemos, suficiente para que no haya tal vicio (antes no era así, puesto que había preterición si faltaba la institución de un heredero forzoso). Cosa distinta será si la sustitución se refiere a una cosa determinada, pues en caso de jugar tendrá carácter de legado y deberá conservarse. A las sustituciones pupilares y ejemplares, creemos que, en nuestro Derecho, debe aplicárseles analógicamente la misma solución que se aplique a las fideicomisarias (353).

b) En general, entre los autores de Derecho común predominó el criterio favorable a la validez de las *sustituciones fideicomisarias*, incluso universales (354), y de las ejemplares (355), aunque la insti-

(350) La ley 10, tít. V, Sexta Partida, entre otras cosas, dispuso que "Otrosi dezimos, que seyendo quebrantado por alguna razon derecha el testamento que ouisse fecho algun testador en que ouisse dado sustituto el padre a su fijo, o algun otro en la manera que es dicha pupilar que se desataría". Palabras que GREGORIO LÓPEZ (glosa a las palabras "*se desataría*" de esta ley, ed. cit., p. 495, gl. 90), COVARRUVIAS (§ cit., n. 4, p. 81), ANDREA ANGULO (*Commentaria ad Leges Regias meliorationum*, ley 8, gl. 4, n. 2 —Matriti, 1585—, fol. 171 vto.) las entendieron como favorables a la opinión de Dyno para el Derecho común. En cambio, TELLO FERNÁNDEZ (loc. cit., n. 10, fol. 27), a quien siguió MATIENZO (op. cit., lex I, gl. XIV, fol. 92 vto.), entendió que este texto de las Partidas sólo era de aplicación en el caso de que la nulidad fuera debida a defectos de solemnidades, pero no por causa de preterición, que debía regirse conforme al Derecho común interpretado según la común opinión de lo autores.

(351) En contra de la aplicación de la Ley I del tít. II del Ordenamiento de Alcalá, objetaron GREGORIO LÓPEZ (gl. úl. cit.) y COVARRUVIAS (loc. últ. cit., n.º 4, p. 81) arguyendo que esta ley se aplicaba a los casos de falta de institución de heredero o de adición de la herencia, pero no a los de preterición y desheredación. Sin embargo, el propio GREGORIO LÓPEZ acabó por considerar inconsistente la distinción, y atendidas las palabras en las otras cosas, que creyó comprensivas de la sustitución pupilar, se inclinó por la validez de ésta, conforme al Ordenamiento, en caso de preterición. En igual sentido, a favor de la validez, entendió esta ley TELLO FERNÁNDEZ (loc. últ. cit., n.º 18 y ss., fol. 29 y s.).

(352) COVARRUVIAS (cap. y § últ. cit., n. 4 *in fine*, p. 81) dedujo de esta ley 24 de Toro, y como aclaración de la del Ordenamiento, la validez, en caso de preterición, de la sustitución pupilar en el caso de no haberse hecho en cosa cierta.

(353) Prescindiendo de la discursión de si se trata de variedades de las sustituciones fideicomisarias previstas para sus especiales supuestos legalmente tipificadas, o bien de sendas excepciones a la prohibición del testamento por comisario.

(354) GREGORIO LÓPEZ (gl. a la palabra *manda* de la ley 7, tít. VIII de la Sexta Partida, cfr. ed. cit., p. 570, glosa 46) aceptó la validez del fideicomiso universal una vez deducida la legítima del hijo preterido, aunque por tal preterición se anulase la institución. En igual sentido, ANTONIO GÓMEZ

tución resultare irrita por causa de la preterición. Hoy parece que el mismo criterio que a la institución debe aplicarse a la *sustitución fideicomisaria si es universal y puesta a la institución*, que deberá invalidarse con ésta, conforme había opinado Manresa (356) y como, para un supuesto regido por el Derecho anterior al Código civil, declaró la S. 14 julio 1899 (357). En cambio, *si la sustitución fideicomisaria pupilar o cuasi pupilar puesta a la institución es singular, e incluso si es de cuota*, creemos que deberá mantenerse (358) en cuanto no sea inoficiosa, por la independencia de la eficacia de estas sustituciones respecto a la institución y por su asimilabilidad a los legados, singulares o de parte alícuota, respectivamente.

c) *Los legados* están expresamente excluidos de los efectos invalidantes de la preterición y deben valer en cuanto no sean inoficiosos.

Quienes creemos en la existencia del legado de parte alícuota (359) no podemos dudar de su inclusión en esta regla (360). El Tribunal Supremo, en S. 15 enero 1918; estimó válido, aunque reducible a la mitad, el legado de cuanto poseía el testador dispuesto por éste a favor de su esposa en propiedad, para el caso de que el hijo que ésta tenía concebido no llagase a nacer, como ocurrió, pues nació muerto.

Esta diferencia de criterio, según que el llamamiento al todo sea a título de herencia o de legado, que tanto choca a algún autor (361):

— ¿se debe a una razón conceptual?: No parece probable, pues el conceptualismo nos invadió mucho más tarde, cuando la distinción ya era clásica.

(*Variae...*, lib. I, cap. III, n: 24, pp. 39 y s.), MATIENZO (loc. últ. cit., n. 83 *in principio*, fol. 92), ANGULO (op. cit., lex 8, gl. 4, n. 1, fol. 171), AYLLÓN LAYNEZ (op. cit., cap. III, n. 34, p. 22).

(355) GÓMEZ (loc. últ. cit.), MATIENZO (loc. últ. cit., n. 81, fol. 92), AYLLÓN (loc. últ. cit.).

(356) MANRESA, loc. últ. cit., p. 352.

(357) En su último considerando la S. 14 julio 1899 declara que "el fideicomiso ordenado por D. G. V. en su testamento es la institución hereditaria, porque absorbe la totalidad de los bienes de la sucesión, y porque el testador dispone además expresamente que se convierta en herencia absoluta si fuese contradicho; y que dicho testamento no contiene mandas ni otras cosas de las que la ley 1.ª, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación ordena guardar en el caso de que por no existir o quedar destituida la institución hereditaria se abra la sucesión abintestato; y por lo tanto, que ni dicha ley recopilada, ni la jurisprudencia de su tenor se oponen, como se pretende en el motivo sexto, a la nulidad del testamento y de la totalidad del fideicomiso que declara la sentencia, ajustándose a la ley 1.ª, tit. 8.º, Partida 3.ª, y salvando los gastos hechos por razón del fallecimiento y la conservación del caudal, que son los correspondientes al albaceazgo".

(358) Criterio que concuerda con el que hemos visto sostenido por Covarruvias para la sustitución pupilar en cosa cierta (cfr. *supra*, not. 352).

(359) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho sucesorio*, II Parte, § 4.º C, ed. sep., p. 247, y A. D. C., V-III, julio-septiembre 1951, pp. 855 y ss.

(360) Cfr. CÁMARA-ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 79 y ss., y GARCÍA-BERNARDO, op. cit., pp. 121 y s.

(361) Cfr. CÁMARA, loc. últ. cit., pp. 66 y s.

— ¿es debida a una razón formal?: Desaparecida la formalidad interna de la institución de heredero para la validez de los testamentos y cancelada sus diferencias con los codicilos no parece que pueda sostenerse tal razón.

— ¿debe entenderse fundada en una presuposición de la voluntad del testador?: De ser así, sólo podría justificarse partiendo de la distinción de preterición errónea e intencional y de asimilar la intencional a la desheredación injusta, y estimando que el testador, cuando dispone a título de legado, es porque quiere que el legado se mantenga incluso en caso de preterición errónea. Solución contraria a la clásica; pero que sería la única congruente. Ya que no parece lógico, de una parte, distinguir por sus efectos entre preterición intencional y desheredación injusta —lo que sólo podría justificarse sentando que los mayores efectos invalidatorios de la preterición intencional tienen carácter de sanción—, y, de otra, permitir atenuar o eliminar esa diferencia conservando la validez de las disposiciones hechas a título singular.

d) *Las instituciones en cosa cierta*, si conforme al artículo 768 deben entenderse como legados, no deben invalidarse en caso de preterición. Sin embargo, para quienes creemos que el artículo 768 es de carácter interpretativo de la voluntad del testador, y no imperativo (362), pueden en ciertas circunstancias resultar verdaderas instituciones afectables por los efectos invalidatorios de la preterición.

e) *Las instituciones de cuota limitadas a todo o parte del tercio de libre disposición*, de ser cierto el criterio de aquellos autores (363) que las estiman legados parciales, quedarían indemnes a pesar de la preterición cometida. Sin embargo, también en este caso habrá que atender a la intención del testador para saber si realmente ordenó una institución o un legado y aplicar, en consecuencia, una u otra solución (364).

f) *Las mejoras* están expresamente recogidas en el último inciso del artículo 814. Pero no han dejado de suscitar dudas respecto de algunos supuestos, tales como los de mejora de cuota atribuida a título de herencia, de mejora embebida en la institución de heredero universal (365) y de disposiciones del tercio libre a título de heredero hechas con la finalidad de desigualar a los descendientes (366).

Creemos —como Cámara— (367) que el artículo 814 habla de me-

(362) Cfr. nuestros *Apuntes...*, II, § 2.º, D, d, ed. sep., pp. 171 y ss., y A. D. C. IV-IV, pp. 1402 y ss.

(363) Cfr. JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, *El acrecimiento en la mejora*, loc. cit., pp. 527 y ss., y FRANCISCO GINOT LLOBATERAS, *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral*, en A. D. C. III-IV, pp. 1093 y 1097.

(364) Cfr. CÁMARA, loc. últ. cit., pp. 80 y s.

(365) Cfr. nuestra conferencia *La mejora tácita* VI, 1, en *Anales de la Ac. Matr. del Not. T. VIII*, pp. 53 y ss.

(366) Cfr. *La mejora tácita*, VII, 1, loc. cit., pp. 83 y ss.

(367) CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 74 y ss.

joras sin distinguir de la clase que sean, por lo cual estima que en principio todas deben incluirse entre las salvaguardadas de la invalidación, salvo de que se trate de preterición errónea y resulte evidente de la interpretación del testamento que el testador no le habría otorgado en perjuicio del preterido (368).

35. *¿Qué efectos produce la invalidación de la institución por preterición con respecto a la partición efectuada sobre la base del testamento en el que se incurrió en ese vicio?*

Según el artículo 1.080 C. c.: “*La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda.*”

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha aclarado en S. 15 octubre 1957, en segunda sentencia, que: “el artículo 814 se refiere a un caso típico, restringido, de preterición, a la de los herederos forzosos en línea recta, padres e hijos, por lo que, dadas las razones expuestas, no puede serles aplicado el artículo 1.080 del Código civil, porque éste se refiere simplemente a la preterición de los herederos en la partición, no a los que lo sean por preterición testamentaria, ya que para los injustamente desheredados se aplica el artículo 851 que da la misma solución que el 1.080, lo que pone bien a las claras de manifiesto la voluntad del legislador, al expresarse de forma diferente en ambos, en el 814 que debe aplicarse a los herederos forzosos, como precepto especial de preterición testamentaria frente a la general de preterición particional que lo mismo alcanza a la sucesión testada que a la intestada, y que no comprende, según sus términos literales, preterición distinta que la hecha por los intervinientes en la partición, que son también los únicos a que pueden referirse el dolo o la mala fe determinante de su nulidad”... “ha de concluirse que la nulidad de la institución de herederos arrastra en el presente caso la nulidad de las operaciones divisorias llevadas a cabo por contador y protocolizadas en la competente notaría el 28 de febrero de 1947, con mayor razón, porque teniendo que cumplir el contador, como testamentario que era, la voluntad del testador, y ahora por efecto de la nulidad de la institución, entran los abintestato, únicos y verdaderos sujetos de la partición, obligados, sin embargo, a respetar las mandas y mejoras conforme a los términos legales estrictos.”

Menos radicales se mostraron las SS. 11 marzo y 22 mayo 1950, que tampoco admitieron la aplicación del artículo 1.080 C. c., pero con referencia a su respectivo supuesto de hecho concreto. En el de

(368) CARCFA-BERNARDO (loc. cit., pp. 126 y ss.) se muestra conforme si la institución es en el tercio de mejora, y en contra si va embebida en la institución de heredero.

la primera, el preterido era hijo natural y los instituidos unos entendados— hijos de un anterior matrimonio de la finada esposa del testador—, y la partición anulada comprendía conjuntamente los bienes de la herencia de ésta —es decir, de su madre—, de la que los instituidos continuaban siendo los únicos herederos, y los de la de su padrastró, de la que —por haberse invalidado la institución— resultaba único heredero el hijo natural de ésta. En el de la segunda no se había practicado realmente partición alguna, pues la instituida era la única hija legítima del testador demandada por una hija natural de ésta. Ambas sentencias razonaron en sendos considerandos (369) para demostrar que no había violación del artículo 1.080 precisamente en sus respectivos supuestos, sin excluir que pudiese tener aplicación en otros supuestos de preterición, sino más bien presuponiendo que podía tenerla.

A juicio nuestro, hay casos en los cuales no parece que deba excluirse la aplicación del artículo 1.080, si la partición se realizó sin dolo (370), con exclusión sólo del preterido sin variar los demás interesados, por coincidir, con la sola adición de aquél, los llamamientos testamentarios invalidados y los abintestato (v. gr., en el supuesto de preterición de un hijo e institución de los demás por partes iguales).

(369) La S. 11 marzo 1950, en su segundo considerando, razonó que la violación del art. 1.080 del Código civil “carece de realidad porque la circunstancia de que, según se reconoce por la parte demandada, en la escritura de partición de 9 de septiembre de 1942, se distribuyesen conjuntamente las herencias de don J. V. Z. y de la esposa premuerta, con indudable confusión de ambos patrimonios, venía a hacer imposible la aplicación de lo prevenido en el referido precepto del Código civil, porque en lo tocante a la herencia de don J. V. Z. no tenía que concurrir el actor con ningún otro heredero, ya que los intervinientes en la mencionada escritura resultan extraños a la dicha herencia en virtud de la nulidad del testamento del dicho causante, que deja sólo al actor en el derecho a que le sea adjudicado el caudal líquido relicto en aquélla, y no podría abonársele al demandante, a tenor del precepto que se dice infringido, la parte que le correspondiera sin previamente deshacer la confusión de patrimonios realizada en la tantas veces repetida escritura particional, lo que forzosamente requeriría la anulación de las operaciones divisorias efectuadas, y proceder, con delimitación de ambos acervos hereditarios, a realizar nuevas operaciones...”.

La S. 22 mayo 1950, en la última parte de su segundo considerando, explicó que no se deben “de tener en cuenta las alegaciones que hace el recurrente sobre la validez y firmeza de la resolución judicial que aprobó el inventario de los bienes del causante y las cuentas de liquidación de los mismos formulada uno y otras por la demandada exclusivamente, porque tramitado el procedimiento originario de aquella resolución judicial como acto de jurisdicción voluntaria con las características de unilateralidad que le son propias, no tuvo en aquél intervención alguna el actor, ni podía procesalmente tenerla, ya que se trataba de la ejecución de una disposición testamentaria de la que aparecía en absoluto desconocida su existencia, de igual manera que no le estaba permitido, para el ejercicio de la acción esgrimida, como insinúa el recurrente, la utilización por vía analógica de la norma contenida en el artículo 1.080 del Código civil, porque además de tratarse de un supuesto distinto, faltaba la base de una partición legalmente practicada”.

(370) Cfr. CRUZ AUBÓN, loc. cit., p. 567.

Tampoco creemos que la designación de contador partidor sea inválida por virtud de la preterición, ni que por causa de ésta resulte imposible el ejercicio de su misión. Ciertamente que el contador partidor debe realizar la partición de acuerdo con la voluntad testamentariamente expresada por el *de cuius*, pero siempre debe adecuarla a ley —así tenemos su deber de respetar las legítimas, implícito en el artículo 1.075 en rel. con el 1.057 C. c.—, y también cabe que el testador designe contador partidor sin hacer disposición de bienes, remitiéndose a los llamamientos legales. No vemos, pues, incompatibilidad en que actúe el contador partidor testamentario, aunque se invalide la institución de herederos, ni en que la partición hecha por éste sólo sea rectificable si no necesita más modificación que la entrega al preterido de su parte. La *ratio iuris* en estos supuestos del artículo 1.080 no contradice la del 814 si se entrega *in natura* al preterido su cuota *ab intestato* deducidas, en cuanto la amengüen sin inoficiosidad, las mandas y mejoras.

36. *Propuestas de Derecho constituyente.*

En el terreno del Derecho constituyente, creemos que para regular los efectos de la preterición deberían distinguirse cuatro supuestos:

a) *Preterición intencional*, que, por las razones antes expresadas (371), debería dar lugar a los mismos efectos que la desheredación injusta.

b) *Preterición debida a error optativo, u olvido de un nombre*, a la cual parece que lo más adecuado sería la aplicación del criterio del actual artículo 814, latamente interpretado en sus excepciones, es decir, la invalidación de la institución en la que se padeció el olvido de un nombre, respetando los legados y las mejoras, inclusive las tácitas embebidas en la institución e incluso las hechas con aplicación al tercio libre, así como las instituciones de cuota referidas concretamente a la de libre disposición, o a parte de ésta, y que no estén asignadas a todos los legitimarios no preteridos.

c) *Preterición errónea, propiamente dicha, debida a sobrevivencia de hijos que se creían fallecidos o al ulterior nacimiento de otros hijos*, que en principio debería dar lugar a la invalidación no sólo de la institución de heredero, sino de las demás disposiciones de tipo patrimonial (372), a no ser que de la interpretación del testamento,

(371) Cfr. GONZÁLEZ PALOMINO, loc. últ. cit., pp. 541 y ss. nota, y CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., p. 67.

(372) Cfr. las críticas al sistema del art. 814 formuladas por ROCA SASTRE en sus *Notas al Kipp* (vol. II, § 130, I, p. 287), a las que PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, V-III, cap. II, 2, C, p. 209) añade que: "Resulta curioso que, mientras en las donaciones dispone el Código su revocación cuando el donante tenga, después de otorgarlas, hijos legítimos o legitimados, o naturales reconocidos, aunque sean póstumos, o cuando resulte que vive el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando éste hizo la donación (art. 644), en las dis-

conforme al artículo 675 C. c., resulte que la voluntad del testador fuese otra. Así, en caso de preterición de todos los hijos o del único, la nulidad de la institución de herederos y de los legados debe ser total; en cambio, de tener más hijos el testador y haberles instituido por igual y haber otorgado alguna disposición a favor del cónyuge viudo en usufructo o de la totalidad de la parte libre debería entenderse que su intención es mantener esta disposición por no poder presumirse que en la intención del testador se hallara la de favorecer al hijo o hijos preteridos más que a los instituidos.

d) *Preterición de descendientes de un hijo premuerto que no había sido preterido*, casos en los que parece preferible aplicar la sustitución vulgar tácita (373) si no se probare ser otra la intención del testador, en cuyo caso se trataría de una preterición intencional.

En contra de estas distinciones, creemos que sólo puede argüirse la dificultad de distinguir la preterición intencional de la errónea (374). Pero creemos que la preterición errónea propiamente dicha resulta objetivamente en caso de nacimiento de póstumos, y es fácil de probar relacionando el tenor del testamento con la situación *de facto* coetánea en el supuesto de supervivencia del hijo que se creía fallecido, ni más ni menos que en el supuesto de revocación de donaciones por dicha causa. En cuanto —si bien la prueba de que la preterición es intencional y no es debida a error optativo puede resultar del mismo testamento— para caso de duda admitimos que se la considere debida a error si éste es verosímil.

C) *Efectos de la preterición en las regiones y territorios de Derecho especial o foral.*

a) *En Cataluña.*

37. *Antes de la Compilación.*

La discusión acerca del alcance de la Novela CXV, cap. III y de la *Authentica "Ex causa"*, no ha sido ajena a la doctrina catalana moderna. En general ha predominado el criterio que da lugar al juego de la *querella inofficiosi testamenti* para lograr la rescisión de la institución de herederos, subsistiendo las demás disposiciones testamentarias (375). Pero no han faltado defensores de la nulidad total del

posiciones testamentarias no siga el mismo criterio y englobe supuestos tan diferentes como la omisión de póstumos."

(373) Cfr. CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., II, pp. 21 y ss.

(374) Cfr. CÁNOVAS COUTIÑO (Coment. a la Res. 14 agosto 1959, R. C. D. I., XXXII, nota 7, p. 807) y GARCÍA-BERNARDO (op. cit., pp. 106 y ss.).

(375) Cfr. JOSÉ COMES, *Viridarium Artis Notariatus*, trad. al castellano *Tratado Teórico práctico del Arte del Notariado*, vol. II (Barcelona, 1875), n. 1147 (p. 47); VICENTE GIBERT, *Teórica del Arte de Notaría* (3.ª ed. castellana), Barcelona, 1875), Parte II, Cap. I, Tit. IV, n. 6 (p. 231); MANUEL

testamento por el viejo *ius dicendi nullum* (376). Ni quien haya distinguido según fuesen los preteridos hijos en potestad o emancipados (377).

El Tribunal Supremo, en S. 21 octubre 1891 (378), aplicó en caso de preterición de un hijo en potestad la doctrina de la nulidad del testamento, conforme al Dig. XXXVIII-II, 10, solución que también parece aceptada —si bien en un caso de preterición errónea— por la S. 4 mayo 1966, referida a un supuesto anterior a la Compilación; mientras que en SS. 7 marzo 1887 (379) y 9 enero 1897 (380), apli-

DURÁN Y BAS, *Memoria de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña* (Barcelona, 1883), Parte 6.ª, cap. 3.º, p. 187; GUILLERMO M.ª DE BROCA Y JUAN AMELL, *Instituciones del Derecho Civil Catalán*, vol. II (Barcelona 1886), § 755, p. 445; JOSÉ PELLA Y FORGAS, *Código civil de Cataluña*. T. III (Barcelona, 1918), art. 814, p. 269; ANTONI MARIA BORRELL I SOLER, *Dret Civil Vigent a Catalunya*, V-II (Barcelona, 1923), § 508, p. 438.

(376) Cfr JOAQUÍN ALMEDA Y ROIG (*Dictámenes* —Barcelona, 1920— *dict.* 174, pp. 175 y s.), que se basó fundamentalmente en la interpretación *sensu contrario* de la constit. 2, tit. II, Lib. VI, vol. I. Esta declaró que si se menciona al hijo aunque no sea por derecho de institución “*el testamento por esto no debe tenerse por irrito o nulo*”; luego, en caso contrario —según ALMEDA—, la nulidad se refería al testamento. A su juicio, sólo con una resolución legislativa podía ponerse término a la controversia acerca de cuál es el sistema de la Novela CXV (nulidad, inoficiosidad o mixto).

También FRANCISCO MASPONS Y ANGLASELL (*Nostre Dret Familiar* —Barcelona, 1908—, n. 269, p. 134) que se apoya en textos de CANCER (Parte I, cap. IV, nn. 32, 35 y 42). Pero es de advertir que esos textos se refieren al Derecho anterior a las Novelas de Justiniano, ya que CARCER (*Variarum Resolutionum Juris Cesarei, Pontifici et Municipalis Principatus Cataloniae*, Parte I, cap. IV, n. 52; cfr. ed. Lugduni 1712, p. 87), con referencia al Derecho novísimo, advirtió: “*quod hodie si defectu praeteritionis, vel exheredationis, testamentum corruat, tantum corruit quoad institutionem: nam caetera in testamento scripta, libertates, tutelae, legata, et fideicommissa particularis quibuscumque relicta, et his similia valevit dict. auth. ex causa*”; y, en el n. 57 (p. 88), distinguió la preterición intencional, a la que consideró aplicable el Derecho nuevo incluso tratándose de hijos en potestad, y preterición errónea, a la que entendió que era aplicable el Derecho antiguo.

(377) FÉLIX MARÍA DE FELGUERA, Notas a la ed. cit. de la *Teórica...* de GIBERT, loc. y pág. cit., nota, para el resto de Cataluña (deducida Barcelona) exceptuó de la restricción de la nulidad a sólo la institución, el “caso de preterición de un hijo por el padre que lo tiene en su poder, la cual anula el testamento”.

(378) La S. 21 octubre 1891, en su primer considerando, explicó “que, con arreglo a la ley 30, tit. 2.º, libro 28 del Digesto, entre las cosas que son necesarias para ordenar el testamento, es lo principal instituir herederos a los hijos o desheredarlos, para que por su preterición no se rompa el testamento, pues preterido el hijo que está en potestad es nulo el testamento”. Y en el siguiente considerando se precisa que, siendo nulo el testamento, “ha podido don..., ejercitar la acción de nulidad, precedente como recurso ordinario, y no la de inoficioso testamento...”.

(379) La S. 7 marzo 1887 consideró “que la acción para quejarse de la preterición en testamento sólo puede utilizarse en el término de cinco años, contados desde que el heredero instituido entrase en la herencia...”.

(380) La S. 9 enero 1897, en su primer considerando declaró “que la Novela 115 no sólo se refiere a las desheredaciones, como indica en su epígrafe, sino que además, y según explica la *Authentica* al final del tit. 28, libro 6.º Cón-

có el criterio de la rescisión de la institución conforme la Novela CXV y la Authentica *Ex causa*.

La cuestión tiene importancia para la determinación del plazo de prescripción: de treinta años, según la S. 21 octubre 1891 y como opinó Almeda (381), o de cinco, según la S. 7 marzo 1887 y la opinión de la mayoría de la doctrina (382).

Los efectos de la preterición no obraban *ipso iure* (383), sino que era preciso el consiguiente ejercicio de la acción para invalidar la institución. Esta se mantenía eficaz: 1.º Por renuncia expresa del legítimo. 2.º Por su aprobación del testamento expresa o consecuente por hechos que la presupongan. 3.º Por desistimiento de la acción. 4.º Por prescripción (384).

Además, los efectos invalidantes de la preterición quedaban atenuados:

α) *Por el uso de la cláusula codicilar*, en virtud de la cual no sólo el testamento valía como codicilo y los legados eran debidos por los herederos abintestato, sino que éstos también se veían rogados a restituir la herencia por vía de fideicomiso a los herederos instituidos (385). Efecto que Peguera (386) y Cancer (387) estimaron evidente en el supuesto de preterición de hijos ya nacidos, y que Ripoll (388) consideró extensivo al supuesto de institución de un extraño y preterición de un hijo, en el cual “sustinetur testamentum in vim clausulae codicillaris, et filius tenetur tamquam succedens intestato, et gravatus in codicillis, restituere hereditatem illi, quo scriptus est heres in testamento”. Solución de la cual —como luego veremos— no discreparon los primeros autores citados, siempre que la preterición se hubiese hecho intencionalmente.

β) *Por el Privilegio dado a Barcelona* en 1339 por Pedro el Ceremonioso (Constit. vol. II, lib. VI, Prag., tít. I, I.^a), no se reputaba

digo, comprende de una manera expresa las pretericiones, igualando en sus efectos las unas a las otras y poniendo término a las consecuencias que venían estableciendo en la materia las disposiciones de la Instituta y el Código...”.

(381) ALMEDA, dict. y loc. cit.

(382) La prescripción quinquenal no corre contra los menores (Cod. II-XLI, 2) y puede suspenderse *ex magna causa*, p. e., mientras se discute la validez del testamento (Dig. V-II, 8, § 17, 12, § 2.º, y Cod. III-XXVIII, 16). Cfr. BORRELL I SOLER, op. y vol. cits., § 508 (p. 441).

(383) BORRELL I SOLER, op. y vol. cits., § 508, p. 438 y nota 25.

(384) Cfr. COMES, op. y cap. cits., n. 1143, p. 46; BROCA Y AMELL, loc. cit., § 755, pp. 445 y s.; BORRELL I SOLER, op. y vol. cits., § 508, p. 437.

(385) LUDOVICO DE PEGUERA (*Decisiones Aureae*, cap. 110, n. 2, cfr. ed. *Barcinonae* 1605, fol 305) observa que los efectos sanatorios de la cláusula codicilar “non solum procedere quo ad legata et fideicommissa ut in auth. ex causa C. de liber. praeteri. sed etiam quo ad institutionem”; pues (como dice en el n. 1): “filius praeteritus virtute clausula codicilaris censetur gravatus restituere per fideicommissum hereditatem illis qui est scriptus heres in testamento”.

(386) PEGUERA, loc. cit., n. 2.

(387) CANCER, op. cit., cap. IV, n. 60 rel. n. 59 vol. cit., p. 88).

(388) ACACIO ANTONIO DE RIPOLL, *Variae Iuris Resolutiones* (Lugduni, 1630), cap. XIII, nn. 581 y 582 (p. 460).

nuo ni podía anularse el testamento, aunque fueran preteridas las personas que según Derecho común debieran instituirse, o no se hiciera mención alguna de póstumo o póstumos, salvo su derecho a reclamar la legítima si no hubiesen sido justamente preteridos.

Por Derecho de Tortosa, la preterición producía un efecto semejante al causado por Derecho general de Cataluña. No había preterición si se dejaba la legítima a título de legado, aunque fuera en dinero. Instituido un heredero extraño con preterición de un hijo, se invalidaba la institución (salvo los efectos de la cláusula codicilar). En cambio, si el testamento no contenía institución de heredero (cosa posible en las *Costums* de Tortosa), el preterido sólo podía reclamar su legítima (389).

Pero las atenuaciones de los efectos de la preterición, debidos a la *Authentica Ex causa* (validez de los legados y los fideicomisos), o al uso de la cláusula codiciliar (validez no sólo de legados y fideicomisos, sino incluso de la institución convertida en fideicomiso, salvada la legítima del preterido) o al Privilegio de Barcelona de 1339 (valor total del testamento, salvadas las legítimas) se estimaron, sin embargo, que no debían tener efecto en caso de preterición errónea.

El problema se planteó fundamentalmente tratándose de póstumos "*ignoranter praeteritus*".

a) Se discutió la aplicación de la *Authentica Ex causa* en caso de preterición de póstumos. Cancer (390) opinó que "*si testator ignoranter praeterierit posthumum*", "*dicta Authent locum non habet, et vetere iura manent incorrecta: et sic l. princ. C. de posthu. her. instit.* [Cod. VI-XXIX, 1] *tali casu locum habet*", pero: "*Si vero testator scienter praeteriuit posthumum, vetera iura corriguntur per d. Auth. ex causa, et ea locum habet*", según la opinión de Bartolo.

β) La eficacia de la cláusula codicilar fue negada en caso de preterición errónea de póstumos. Pero tanto Peguera (391) como Cancer (392), subdistinguieron finamente: según la cláusula estuviera redactada sólo con palabras de presente o también con palabras de futuro (v. gr. la fórmula "*si non valeat iure testamenti, valeat iure codicilorum*", son palabras de presente; pero la fórmula "*si non valet, vel*

(389) Cfr. JOAN MARTÍ I MIRALLES (*Principis del Dret Successori*, Tercera Lectura, Tortosa, cfr. ed. catalana Barcelona 1925, pp. 121 y ss., y ed. castellana Madrid 1964, pp. 115 y ss.). A su juicio, en el segundo caso, el preterido reclamante de la legítima la recibía como heredero universal gravado, fuera de la legítima, con los legados y fideicomisos ordenados en el testamento, es decir, en cuanto no resultaren inoficiosos.

(390) CANCER (op. cit., Pars I, Cap. IV, n. 57, cfr. ed. cit., vol. I, p. 88).

(391) PEGUERA, Desc. cit., nn. 304 y ss. El caso resuelto en la Decisión comentada por este autor se refería a la eficacia de un testamento con cláusula codicilar, en el cual se había instituido heredero al hijo varón, que fue discutida porque el testador, que tenía otros hijos, preterió a una hija, que al tiempo del testamento ni siquiera estaba concebida, por lo que se la calificaba de *ignoranter praeterita*.

(392) CANCER, op. cit., Pars I, cap. IV, nn. 45 y ss. (p. 86) y 59 y ss. (p. 88).

valevit...”, etc., contiene también palabras de futuro) (393); según el testador hubiese tenido tiempo o no de cambiar el testamento (394), y según fuese otro hijo o un extraño el heredero instituido (395).

Así estimaron eficaz la cláusula codicilar, aun en el caso de preterición de póstumos, si estaba redactada con palabras de futuro y el instituido era un hijo (396). Pero no en los supuestos en que tal preterición debiera calificarse de *ignoranter*, pues en esos casos “*quod testamentum tunc non tam dicitur ruptum causam praeteritionis, quam ex causa defectus voluntatis disponentis*” (397) y “*quia clausula co-*

(393) La distinción de los efectos de la cláusula codicilar según se expresara sólo con palabras de presente o también con palabras de futuro, había sido ya planteada antes de Bartolo, quien al comentar la Authentica “*Ex causa*” (op. y loc. cit., n. 24, ed. cit., fol. 26 vto.) observó que “*quando praeteritus est posthumus, tunc est necesse secundum Dynus et alios, quod dicatur, si non valet, vel valevit. Nam si diceret, si non valet tantum, tunc rupto testamento per nativitatem posthumi nullius esset effectus haec clausula quia certum est testamentum valere quando testator moritur, licet postea irritetur, et a condicio deficeret...*”. Le siguieron Peguera (n. 6) y Cancer (nn. 62 a 65). Según éste si dicha cláusula “*est concepta per verba futuri temporis*”, “*tunc filius posthumus est scienter praeteritus, operatur fideicommissi, non obstante posthumi praeteritione*” (n. 62), pues “*praesumi testatorem de liberis cogitasse, si conceperit clausulam codicilarem per verba futuri temporis*”, tal como el mismo dictaminó con otros Doctores, cinco en total, respecto al testamento del banquero de Villafraña del Panadés, Antonio Casanovas (n. 64). Si bien, tanto Peguera (n. 7, fol. 306 vto.) como Cancer (n. 65) limitaron esta solución al supuesto de que otro hijo hubiese sido instituido heredero, y la excluyeron para el caso de ser instituido un extraño, en el cual no admitieron la eficacia de la cláusula codicilar ni siquiera aun cuando se hubiese redactado con palabras de futuro.

Respecto a la redacción de la cláusula codicilar con palabras de futuro, cfr. RAMÓN FAUS ESTEVE, *Fórmulas viejas y nuevas. La cláusula codicilar*, en La Notaría, año LXXIX, primer trimestre 1944, p. 68, y FRANCISCO GINOT LLOVATERAS, *La antigua cláusula codicilar y la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*, VI, 2, B, b, d', en Centenario de la Ley del Notariado, Sec. II, vol. I, p. 624.

(394) Cfr. PEGUERA, Desc. cit., n. 6 (fol. 306), que señala el plazo de un año; y CANCER, loc. últ. cit., nn. 45 a 48 (p. 88). Este último autor indicó el criterio favorable a la ineficacia de la cláusula codicilar en el caso de fallecer el testador sin tiempo de modificar el testamento después de nacido el póstumo; y, a la inversa, su opinión en favor de la convalecencia de la misma cuando en principio se reputara ineficaz si el testador pudiendo modificar el testamento no lo hiciera. Y FONTANELLA (*Tractatus De Pactis Nuptialibus*, Cláusula V, gloss. VIII, Pars III, n. 65 —cfr. ed. Lugduni 1667—, vol. II, p. 106), quien explicó que el efecto era debido “*propter virtutem clausulam codicillarem*”.

(395) Cfr. PEGUERA (n. 7): “*Et quod licet quando extranei sunt instituti, sit inter doctores controversum, an clausula codicillaris operetur sum effectum etiam verbis futuris concepta, si posthumus fuit ignoranter praeteritus, attamen aequior et benignior visa fuit opinio eorum qui tenent partem affirmativam quando filii sunt instituti*”. Y CANCER (n. 65): “*Hanc opinionem, quam et ipse secutus sum veram puto, ubi alter filius esset institutus, secus si extraneus, quia tunc non operari, per quaecumque verba sit facta, puto ex eo quod non concurrant eo casu voluntas disponentis.*”

(396) Criterio de la Decisión de la Real Audiencia de Cataluña de 29 octubre 1597, que reseña PEGUERA (Desc. cit.).

(397) CANCER, loc. últ. cit., n. 42, (p. 86).

dicillaris, nec omni meliori modo, numquam supplet defectum voluntatis" (398).

γ) Cancer (399) aplicó igual doctrina al Privilegio dado a Barcelona por la Pragmática de 1339, y sostuvo que éste no debía aplicarse en caso de preterición *ignoranter* de un póstumo, habiéndose instituido heredero a un extraño, pues en ese caso "ultra vitium praeteritionis adesset defectum voluntatis" (400).

Pella y Forgas (401) ha opinado, en cambio, que en los casos en que hubiese mediado "tiempo sobrado entre la aparición del hijo y la muerte del testador para mudar la voluntad del testamento", debía aplicarse la Pragmática, pues ésta "no admitía dudas, tal está su contexto", "sin que signifiquen cosa alguna las apreciaciones de que no es natural prefiera a extraños y no a los hijos propios, pues concretamente la Pragmática con las palabras *quae de iure communi institui habent* se refieren a los hijos y descendientes que debieran ser nombrados y no lo fueron".

Aparte de estas cuestiones hemos de recordar que, como antes hemos visto, los efectos específicos de la preterición no se producían en la de los ascendientes ni en la de los hermanos postpuestos a *turpis persona*, que sólo podían reclamar su legítima. Y también es de notar que los heredamientos no eran rescindibles por preterición conforme la costumbre del tít. IX, lib. VIII, vol. I de las Constituciones de Cataluña, que sólo permitió al descendiente preterido en capítulos que rescindiera el heredamiento en cuanto al importe de su legítima (402).

38. Después de la Compilación.

Al tratarse de recopilar el Derecho catalán, Durán y Bas, en su Memoria (403), opinó que: "El Privilegio como favorable a la li-

(398) CANCER, n. 45 (p. 86).

(399) CANCER, op. cit., Pars I, cap. IV, cit., nn. 40 y ss. (vol. cit., pp. 85 y s.), y Pars III, cap. II, n. 185 (vol. III, ed. Lugduni 1683, p. 40). En el primer núm. cit. expone Cancer el supuesto de su dictamen: La viuda de un ciudadano de Barcelona, que no tenía hijos, dispuso en Barcelona su testamento en el que instituyó heredera a una hermana suya, sin mencionar hijo alguno, que entonces no tenía. Más tarde contrajo segundas nupcias, de las que tuvo una hija, en Italia, y diez días después del parto falleció sin haber otorgado otro testamento. Cancer estimó el supuesto de preterición errónea y nulo el testamento.

(400) CANCER, Pars I, cap. IV, n. 44 (p. 86).

(401) PELLA Y FORGAS, op. y vol. cit., art. 814, pp. 272 y s. Refiere Pella el pleito entablado por los albaceas de don Luis de Queralt: La Condesa de Santa Coloma había otorgado en Barcelona su testamento, en el que instituyó heredera a cierta Causa Pía, y legó a su hijo Dalmacio, por sus derechos de legítima y trebeliánica, unas fincas en Moncada y Badalona. Este tuvo trágico fin en el Corpus de sangre de 1640, y poco después murió su madre. Empeñóse el litigio acerca de si por preterición del nieto, don Luis de Queralt, debía anularse el testamento.

(402) Cfr. BORRELL I SOLER, op. y vol. cit., § 508, nota 2, p. 434.

(403) DURÁN Y BAS, *Memoria...*, cit., p. 189.

bertad de testar, es conveniente sostenerlo; y si alguna alteración debiese hacerse en este punto en el Derecho en Cataluña vigente, sería extender a todo el resto de ella el privilegio concedido a su Capital. Pero en cuanto a la preterición del póstumo, es necesario distinguir entre si el testador tenía conocimiento, al tiempo de otorgar el testamento, de que estaba su esposa encinta o lo ignoraba. En el primer caso, el testador hubo de tener presente al póstumo, y si no le instituyó heredero, es porque no quiso; la condición del póstumo, pues, ha de ser en este caso igual a la del nacido. Pero cesa la presunción de que no le quiso instituir, y, por consiguiente, el motivo de respeto a la libertad de testar, cuando el padre ignoraba que su esposa llevase un hijo suyo en su seno: y para este caso debe modificarse el Privilegio concedido a los ciudadanos de Barcelona”.

Roca Sastre (404) nos ha explicado cómo este criterio ha determinado la redacción del artículo 41 de la vigente Compilación, que en general conservó la legalidad vigente: “Y si alguna reforma introduce, es para dulcificar los excesivos efectos destructores de la preterición de descendientes legitimarios, limitándose para ello a extender a todo Cataluña la fórmula racional instaurada para Barcelona por la célebre Pragmática de Pedro III de 1339, tal como fue interpretada por Cáncer y los demás juristas clásicos que le siguieron, a base de distinguir entre la preterición querida, intencional o voluntaria, y la preterición errónea o involuntaria”.

Así, el artículo 141 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, en sus §§ 2.º, 3.º y 4.º, dice así:

“La preterición de legitimario no dará lugar a la nulidad del testamento; pero al preterido le quedará a salvo el derecho a exigir lo que por legítima le corresponda”.

“Sin embargo, la preterición de legitimario que sea hijo o descendiente legítimo del testador, nacido o que haya llegado a ser legitimario después de otorgado el testamento o cuya existencia ignoraba el causante al testar, constituirá preterición errónea y conferirá al legitimario preterido acción para obtener la nulidad del testamento”.

“El descendiente del causante que resulte ser legitimario por derecho de representación y resulte preterido según las normas anteriores, no tendrá derecho a ejercitar la acción por preterición errónea si no hubiese podido ejercerla su representado de haber sobrevivido al causante”.

Completa la materia, siguiendo también el criterio del Derecho anterior, el artículo 66, § 2.º: *“Los heredamientos no quedarán en ningún caso sin efecto por causa de preterición ni por supervivencia ni superveniencia de hijos, sin perjuicio del derecho de los legitimarios a reclamar su legítima”.*

En resumen podemos concluir: 1.º) Que la *preterición intencional*

(404) ROCA SASTRE, *Los elementos componentes de la Compilación*, en “Comentarios a la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña” de la Ac. de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona —Barcelona, 1891—, pp. 15 y s.

ha dejado de producir los efectos típicos de la preterición, ni siquiera los limitados de la Novela CXV y la Authentica *Ex causa*, y ha quedado asimilada totalmente a la desheredación injusta o a la con causa no probada (art. 41, § 5.º) en sus efectos limitados a no poder reclamar el preterido sino su legítima.

2.º) Que la *preterición errónea de un hijo o descendiente legítimo del testador*, produce los efectos ampliós de conferir al legítimo preterido acción para obtener la nulidad del testamento.

Así resulta del § 3.º del artículo 141, del cual puede deducirse:

I) La extensión del régimen barcelonés de la Pragmática de 1339, interpretada conforme el dictamen de Cáncer a todo Cataluña (405).

II) Que el valor subsidiario como codicilo —que *ex lege* se atribuye en el art. 106 a los testamentos y que hace innecesaria la expresión de la cláusula codicilar—, deja de jugar en cualquier caso de preterición, por ser innecesaria en la intencional e ineficaz en la errónea. Esto último lo confirma el artículo 106 de la Compilación al prevenir que: “*El testamento ineficaz valdrá como codicilo si reúne las condiciones de tal y no es nulo por preterición errónea de legitimarios*” (406).

III) Que en caso de preterición intencional de todos los hijos, excepto uno, instituido heredero, la preterición sobrevenida de uno o varios póstumos no debe entenderse errónea, sino también intencional; en cuanto que la preterición previa de los hijos nacidos, excepto uno, demuestra que el causante tuvo genéricamente presentes a todos sus hijos actuales o futuros, ya que sólo a uno quería dejar toda su herencia (407).

IV) Que la preterición errónea no da lugar *ipso iure* a la nulidad del testamento, sino que sólo concede al preterido acción para obtenerla, y que, por tanto, sólo él podrá ejercitarla y no cualquier interesado aunque se trate de otro legítimo no preterido. En cuanto a su transmisión, creemos que sólo será posible como lo era clásicamente, es decir: *iure sanguinis* a sus descendientes, o si ya hubiese iniciado su ejercicio a sus herederos sin discriminación. La acción para pedir la consiguiente nulidad del testamento prescribe a los cinco años a contar de la muerte del causante (art. 146 Com. Cát., § 3.º), sin perjuicio de que su derecho a reclamar la legítima no prescriba sino a los treinta años (art. 146, § 1.º).

(405) Como ha hecho notar GINOT LLOVATERAS (loc. cit., nota 53, p. 636), la extensión a toda Cataluña del Privilegio de 1339, para el caso de preterición intencional, ha venido favorecida por el uso constante en la práctica de la cláusula codicilar.

(406) GINOT (loc. y pág. últ. cit.) ha explicado que, hoy, en la preterición errónea se presume *iuris et de iure* que el acto adolece de falta de voluntad; y que, por ello, no opera la cláusula codicilar, pues carece de virtualidad para suplir el defecto de voluntad o la voluntad imperfecta del otorgante.

(407) Cfr. la opinión concorde de PEGUERA (Desc., cap. 110, cit., n. 4, fol. 306) y de CÁNCER (Pars. I, cap. IV, n. 51, vers. *Dubitatum hisce*, p. 87).

3.º) Que no cabe preterición errónea de los descendientes de ulterior grado, salvo si la hubiese habido del descendiente intermedio, entre éstos y el testador, de haber sobrevivido aquél. Por lo tanto, de habersele instituido heredero, o asignado la legítima por cualquier título, o desheredado, justa o injustamente, o preterido intencionalmente, en caso de haber premuerto, no podrán sus descendientes ejercitar acción alguna invocando su propia preterición errónea, ya que sufrida por ellos carece de trascendencia.

4.º) Que la preterición no afecta a la validez de los heredamientos, aunque hubiese sido errónea.

39. En Baleares y Aragón.

b) En Baleares.

Los efectos de la preterición, que antes de la Compilación balear se regulaban por la Novela CXV de Justiniano (408), hoy, al no ser regulados específicamente por aquélla, parece que deben serlo por la aplicación del artículo 814 Código civil.

Pero el uso de la cláusula codicilar puede atenuar los efectos invalidatorios de la preterición, convirtiendo la institución que adoleciera de dicho vicio en fideicomiso a cargo de los herederos abintestato, como si la disposición se hubiese otorgado en codicilo a cargo de los herederos abintestato (art. 17 Com.).

c) En Aragón.

Desaparecido en viejo principio "*in Regno tota hereditas est legitima*", el Apéndice foral, en su artículo 32, concretó los efectos de la preterición a los dos tercios de legítima. Criterio confirmado por la S. 6 junio 1934 en un recurso en el cual el preterido pretendía que el artículo 32 Ap. no debía interpretarse así, sino que debía corresponderle toda la herencia (409).

(408) Cfr. MATÍAS MASCARÓ Y ALBERTY, *Derecho foral de Mallorca* (3.ª ed. Palma, 1904), Legítima, p. 163, y LUIS PASCUAL GONZÁLEZ, *Derecho Civil de Mallorca* (Palma de Mallorca, 1951), tít. IV, cap. III, sec. V, p. 216.

(409) El artículo 32 del Apéndice distinguió cuatro supuestos, en cada uno de los cuales asimiló totalmente los efectos de la preterición y de la desheredación sin causa legítima. A saber, dos supuestos de preterición total y dos de preterición singular:

§ 1.º ap. 1.º: "*La preterición o la desheredación que no tenga causa legítima no anulará la última voluntad del ascendiente sino cuando comprenda a todos los herederos forzosos, y en este caso, entre ellos se dividirán las dos terceras partes del caudal líquido como si el causante hubiese fallecido abintestato*".

§ 1.º ap. 2.º: "*Pero cuando entre cónyuges exista agermanamiento o casamiento al más viviente, cuya eficacia cesa por supervivencia de hijos, estos sucederán en la herencia entera*".

La vigente Compilación regula la preterición total en el artículo 122, distinguiendo según fuera intencional o ignorada, y la singular en el artículo 123, manteniendo su igualdad de efectos con la injusta desheredación.

El artículo 122 dice: "*La preterición, o falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios, así como su injusta desheredación, determina:*

1.º *La delación abintestato de dos tercios del caudal, si la existencia de todos aquéllos era conocida por el testador al tiempo de hacerse la disposición mortis-causa.*

2.º *La de todo el caudal, en otro caso.*"

Y el artículo 123 dice: "*El descendiente sin mediación de persona capaz de heredar preterido o injustamente desheredado, tendrá derecho a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios*".

Un supuesto especial de preterición es el regulado por la Compilación en el artículo 108, §§ 1.º y 2.º, respecto al pacto de agermanamiento o casamiento al más viviente, que dice así:

"*Dos. Habiendo hijos comunes a la disolución del matrimonio el pacto equivale a la condición de viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia.*

Tres. No habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad de poder testar, el sobre viviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquél sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido."

Efectos que deben extenderse al supuesto de testamento mancomunado con institución mutua y recíproca entre cónyuges (410), conforme resulta del artículo 95 Comp. (411).

§ 2.º: "*También se dividirán los dichos dos tercios hereditarios al modo del abintestato cuando alguno o algunos de los herederos forzosos estén preteridos o injustamente desheredados, y los demás, instituidos por partes iguales*".

§ 3.º: "*Si el testador asigna a los instituidos partes desiguales, cada heredero forzoso preterido o injustamente desheredado tendrá derecho a una porción equivalente a la del menos favorecido de aquéllos. Estas porciones se detrarán de las legítimas de los instituidos a proporción de la cuantía respectiva*".

Los legados, según este artículo, no sufren los efectos de la preterición, sino tan sólo, en su caso, los de la inoficiosidad. Así dice el § 4.º que: "*Los legados y liberalidades que ordene el ascendiente quedarán a salvo de los efectos de la preterición o de la injusta desheredación, en tanto cuanto quepan en el tercio hereditario libre*".

(410) MANUEL BATALLA (*La preterición en Aragón*, en I Semana de Derecho Aragonés —Jaca, 1942—, pp. 90 y ss.) estimó ya, comentando el § 1.º, ap. 2.º del art. 32 del Apéndice aragonés, que el criterio de éste para el caso

40. *En Vizcaya, Ayala y Navarra.*

d) *En Vizcaya.*

En el Fuero de Vizcaya, la libertad de testar y la libre elección de sucesor en el caserío y sus pertenecidos, venía supeditada a que se apartaran a las demás personas de su respectivo grupo legitimario (tít. XX, leyes XI y XIII y tít. XXI, ley VI), pero ninguna disposición había precisado las consecuencias de la preterición.

Angulo (412) dedujo que "según el Fuero, la apartación es un requisito esencial de la institución de heredero, y que, por consiguiente, institución que no vaya acompañada de esta accesoria manifestación de voluntad merece, en buena lógica, el calificativo de nula". Según Maura (413), produciría las consecuencias legales de la preterición.

Generalmente se estimó de aplicación el artículo 814 del Código civil como norma supletoria (414), aunque por algunos autorse se entendió extensiva la invalidez a las segundas instituciones hereditarias y a los legados si al disponerlas no se hubiese consignado específicamente en ellas el apartamiento (415).

La vigente Compilación vizcaína, al decidir en su artículo 23, § 3.º, que los colaterales tronqueros se considerarán *tácitamente apartados*, si no se les instituye, elimina todo efecto específico de la preterición de éstos.

Sin embargo, si la preterición de los colaterales tronqueros agotase el grupo, es evidente que su derecho colectivo a los bienes troncales de su propia línea no podrá ser eliminado, y al no haber elección de ninguno por parte del causante, habrán de distribuirse entre ellos esos bienes en la forma prevista para la sucesión intestada en el artículo 33 de la Compilación vizcaína.

Nada dice, sin embargo, de los efectos de la preterición de los descendientes y ascendientes, que el § 2.º del artículo 23 parece concretarlos a la institución al considerar suficiente para que haya aparta-

de agermanamiento de invalidar totalmente la institución del cónyuge supérbite, debe extenderse al testamento en mancomún.

(411) Art. 85 Comp.: "*Se entenderá, salvo declaración en contrario, que la institución mutua y recíproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el "pacto al más viviente" regulado en esta Compilación*".

(412) DIEGO ANGULO LAGUNA, *Derecho privado de Vizcaya* (Madrid, 1903), cap. V, p. 125. En igual sentido FRANCISCO JAVIER DE ARCILLONA Y LANDESA, *Erróneas interpretaciones dadas a la jurisprudencia vizcaína del Tribunal Supremo*, en An. Der. Civ. XII-II (abril-junio 1959), p. 276.

(413) ANTONIO MAURA, *Dictámenes*, vol. IV, dict. 3 (ed. Madrid 1930), p. 25.

(414) Cfr. JOSÉ SOLANO y POLANCO, *Estudios del Fuero de Bizcaya* (Bilbao, 1918), cap. V, pp. 256 y s.; JOSÉ MARÍA DE ESJAVIERRÍA, *El apartamiento en el Fuero y en la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya*, en Estudios Deusto, n. 14 (julio-diciembre 1959), p. 444.

(415) Cfr. ARCILLONA, loc. cit., pp. 275 y s., y ESJAVIERRÍA, loc. cit., pp. 435 y ss.

miento “*que conste claramente la voluntad del testador de separarlos*”, voluntad que parece explícita en las mandas y legados.

Ante el silencio de la Compilación respecto de los efectos de la preterición de descendientes y ascendientes, parece que ha de aplicarse supletoriamente el Código civil, y concretamente el artículo 814 (416), y que, como consecuencia de la nulidad de la institución, entrará en juego la sucesión intestada conforme las reglas del tít. V del Lib. I de la Compilación.

e) *En Ayala.*

El Fuero de Ayala no señaló los efectos de la falta de *apartamiento*, es decir, de la preterición de los *hijos y parientes* no instituidos herederos ni designados donatarios. Debía, pues, complementarse con el Derecho común de Castilla y, luego de promulgado el Código civil, por las normas de éste debidamente adaptadas. Uriarte Lebario (417) entendió que “su preterición producirá los efectos determinados por el artículo 814 del Código civil” y los preteridos “conservarán su derecho a participar en la herencia en una cuantía que, ya que no la señalan los preceptos forales, será la que marque para las legítimas el Código civil”.

La Compilación de Vizcaya y Alava, en su artículo 63, aplicable a la Tierra de Ayala, ha precisado los efectos de la preterición, al disponer que:

“El heredero legal no instituido o no apartado expresamente con algo, podrá reclamar su legítima, pero la institución de herederos y demás disposiciones testamentarias sólo se anularán en cuanto perjudiquen a dicha legítima, entendiéndose por tal la denominada legítima larga.”

No se producen, pues, los efectos típicos de la preterición, ya que no se da lugar a la nulidad del testamento ni siquiera a la de la institución de herederos. Tampoco produce los de la desheredación injusta, según el artículo 851 C. c., que sólo invalida la institución en cuanto perjudique a la legítima estricta del ilegalmente desheredado (S. 23 enero 1959). Sus efectos son más bien paralelos a los que produce la preterición intencional en Cataluña, salvando la diversidad de cuotas legitimarias.

f) *En Navarra.*

Morales, en su Memoria, estimó que la preterición anulaba el testamento en su totalidad. Criterio que fue también el de Alonso (418)

(416) ESJAVIERRÍA, loc. cit., p. 451.

(417) LUIS MARÍA URIARTE LEBARTO, *El Fuero de Ayala* (Madrid, 1912), cap. V, p. 130.

(418) JOSÉ ALONSO, *Recopilación y comentarios de las Leyes y Fueros de*

y, más recientemente, el de Arriaga (419), según quien: “se desprende de las disposiciones del Fuero y del espíritu del mismo de nuestro sistema sucesorio, la institución en la legítima foral ES ABSOLUTAMENTE NECESARIO consignarla en el testamento, siendo, por tanto, requisito *sine qua non* PARA LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO, no solamente para la validez de la institución de heredero”.

En cambio, Lacarra (420) se fija en las palabras del Fuero General de que el hijo preterido “*deve prender sua suert íntegrament*”, y por ello cree que esa parte debe consistir en lo que le hubiese correspondido de haber instituido el padre a todos los hijos por partes iguales o haber muerto abintestato: “De manera que si, por ejemplo, un padre instituye en la legítima foral a cinco hijos, dejando olvidado a otro o bien le nace después, y en ese testamento el padre nombra heredera a la mujer, al hijo preterido le corresponde la sexta parte de la herencia de su padre y las cinco sextas partes a la heredera.”

“Es decir —concluye Lacarra (421)—, que en Navarra no se rompe el testamento ni por la preterición de un hijo ni por la de un póstumo, contra lo que dispone la legislación romana, a no ser que el preterido sea hijo único, en cuyo caso se reputa inoficioso el testamento y se adjudica toda la herencia del padre al hijo preterido” (Cap. 12, tit. 6, lib. 2 y cap. 1, tit. 4, lib. 4 del Fuero General de Navarra y S. 29 octubre 1913).

La Ley 235, § 1.º, del Proyecto de 1959, dispone que: “La preterición de algún heredero forzoso determina, a petición del mismo o de su causahabiente, la nulidad de la institución.” Criterio que sigue el Proyecto particular de 1967 en su Ley 230 (422), y que, en la nota correspondiente, Juan García Granero, José Javier Nagore, Jesús Aizpún Tuero, Alvaro D’Ors, José Javier López Jacoisti y José Arregui Gil (423) glosan diciendo que: “Este último criterio es el más conforme al Derecho romano (vid. la Nov. 115, 3, 5, 15 [14 i. f.] y 4, 9) y también del hecho de que en el Derecho navarro no es necesaria la institución de heredero para la validez del testamento.”

La denominada nulidad no es absoluta ni se produce *ipso iure*, puesto que: es renunciable, no es ejercitable más que por el preterido o su causahabiente y sólo puede decretarse a petición de éstos (424).

Navarra, Comentarios a las Leyes del tit. I del lib. V (cfr. ed., Pamplona, 1964, vol. I, pp. 313 *in fine* y s.).

(419) JOSÉ MIGUEL ARRIAGA SAGARRA, *Libertad de testar legítima foral y desheredación en el Derecho navarro* (Pamplona, 1948), cap. IV, pp. 25 y s.

(420) VICTORIANO LACARRA Y MENDILUCE, *Instituciones de Derecho civil navarro*, t. II (Pamplona, 1932), arts. 806 a 822 (pp. 188 y ss.).

(421) LACARRA, loc. últ. cit., p. 190.

(422) Ley 230 del Proy. particular de 1967: “El heredero forzoso que hubiere sido preterido podrá pedir únicamente que se anule la institución de heredero y se le declare heredero conforme a la ley, quedando a salvo todas las demás disposiciones. Sólo podrán ejercitar la acción el preterido y sus herederos”.

(423) Nota a la Ley 230 del Proyecto particular de 1967 (p. 159).

(424) Cfr. Ley 235, § 1 del Proyecto de 1959 y Ley 230 del Proyecto particular de 1967.

