

Preterición formal y material y nulidad de la institución

ALFREDO GARCIA - BERNARDO LANDETA
Notario

SUMARIO: I. LA PRETERICION FORMAL Y MATERIAL.—A. EVOLUCIÓN DE LA PRETERICIÓN Y DE LA DESHEDERACIÓN EN EL DERECHO ROMANO a) La preterición en el Derecho civil y en el pretorio. b) La inoficiosidad. c) La *actio ad implendam legitimam* y las imputaciones a la *portio debita* de algunos actos inter vivos. d) La Novela CXV: 1) Innovaciones. 2) La inoficiosidad. 3) La preterición y la deshederación. 4) Imposibilidad de la inoficiosidad total. 5) Efectos de la preterición. e) Conclusiones.—B. EVOLUCIÓN LEGAL DE LA PRETERICIÓN Y LA DESHEDERACIÓN EN CASTILLA. a) Las Partidas. b) El Ordenamiento de Alcalá. c) Las Leyes de Toro.—C. LA PRETERICIÓN, DESHEDERACIÓN E INOFICIOSIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL. a) Caracterés de su régimen legitimario. b) Preterición, deshederación e inoficiosidad total. 1) La deshederación. 2) La preterición y el artículo 815. 3) La preterición y la imputación. a') La imputación de los legados hechos a un legitimario. b') La donación a favor de un legitimario: los artículos 819-1 y 1.036 y el artículo 815. 4) Casos dudosos de preterición en el Código civil y problemas previos que plantean.—D. LA PRETERICIÓN FORMAL Y MATERIAL. a) Crítica de VALLET DE GOYTISOLO. b) Análisis de esta crítica. 1) La mención testamentaria del legitimario. 2) El título adquisitivo ha de ser de cosa o cuota imputable a la legítima. 3) La inoficiosidad cualitativa. c) Conclusión.—E. LOS LÍMITES ENTRE PRETERICIÓN Y DESHEDERACIÓN. a) La pretendida preterición intencional. b) Deshederación y preterición.—II. LA NULIDAD DE LA INSTITUCION DE HEREDERO COMO EFECTO DE LA PRETERICION.—A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—B. LA TESIS DE LA ACCIÓN RESCISORIA: a) El argumento histórico: Crítica. b) Los otros argumentos. 1) La convalidación del negocio nulo. 2) La rescisión ha de ser fijada por la Ley. 3) El fundamento de la preterición. 4) La declaratividad de oficio. c) El problema del heredero aparente.—III. CONCLUSION FINAL.

I. LA PRETERICION FORMAL Y MATERIAL

A. EVOLUCIÓN DE LA PRETERICIÓN Y DE LA DESHEDERACIÓN EN EL DERECHO ROMANO

De la evolución que la deshederación y la preterición han sufrido en Roma, nos hemos ocupado en nuestra monografía "La legítima en el

Código civil” y a ella nos remitimos (1) así como a la bibliografía allí citada (2). Aquí nos limitaremos a resaltar las líneas generales de la evolución deteniéndonos en la Novela CXV y siguiendo fundamentalmente a Vocí (3).

a) La preterición en el Derecho civil y en el pretorio. En el *ius civile* “*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*”, distinguiéndose con relación a los *sui heredes* la institución, la desheredación (*exheredatio*) y la preterición. “El *suus*, según Vocí (4) tiene un derecho a suceder, que le viene inmediatamente de la ley (5): al *pater* está permitido o reconocer este derecho, con la *institutio* o revocarlo, con la *exheredatio*. De los dos actos, la *institutio* tiene valor reconocitivo, la *exheredatio* valor destructivo. Si la *institutio* tuviese, para los *sui*, valor constitutivo, no sería necesaria *exheredatio* en caso de nombramiento de *extranei*: valdría la misma norma que hay para estos últimos, los cuales recibiendo el testamento la cualidad de herederos, no debían ser excluidos de él mediante una adecuada disposición.

“Concebida la *institutio* de los *sui* como acto reconocitivo de una cualidad legal, de ello deriva que su función propiamente constitutiva se limita sólo a la determinación de la cuota: con ella no se quiere atribuir al *pater* otro poder que aquel de alejarse del paradigma paritario de la sucesión *ab intestato*.

“Concebida la *exheredatio* como poder de revocación de una cualidad legal, deriva de ella la regla, según la cual su existencia y validez es la *condicio iuris* de una válida institución de extraños. El derecho del extraño surge en cuanto el derecho del *suus* sea revocado: la delación al extraño está condicionada a la ausencia de delación al *suus*.”

El Derecho pretorio extiende el precepto del *ius civile* sobre los herederos necesarios a los *liberi*: *liberi aut instituendi sunt aut exheredandi* y si el testamento no respeta este principio, es invocable la *bonorum possessio contra tabulas* (6); mas así como “*la norma civil es recta: Inválido el testamento, son inválidas todas las disposiciones. La norma pretoria no tiene esta rectitud: Caído el testamento,*

(1) Editada en Oviedo, Gráficas Lux, 1964, págs. 5 y ss. 96 y ss. 102 y ss. 106 y 130.

(2) A la que agregamos la obra de SCHULZ Derecho romano clásico, trad. de SANTA CRUZ TEIGEIRO. Barcelona, Bosch, 1960, págs. 258 y ss., que no aporta nada decisivo al tema y ha sido manejada por Vocí en su Diritto ereditario romano, Milán, Giuffré, Vol. II, 1963, la cual constituye el estudio más profundo en la materia, aunque no sea el más amplio.

(3) Ob. y vol. cits., págs. 632 a 740.

(4) Ob. cit., págs. 646 y s.

(5) La explicación de SCHULZ (Ob. cit., pág. 257) “Los juristas republicanos desearon siempre salvar la herencia para los *sui*, pero no se aventuraron a impugnar abiertamente el testamento del padre y, por esta razón, se abstuvieron de toda intervención en el testamento, cuando el testador los había instituido o desheredado”, no es convincente. Convence más la explicación por la Ley que por el deseo de los juristas.

(6) Vocí, ob. y vol. cits., págs. 647 y s.

algunas disposiciones son consideradas eficaces, y así las líneas del instituto son complicadas por razones de oportunidad"; v. g. pago de legados. "En realidad la *bonorum possessio contra tabulas* no tiene una naturaleza sola: su fin fundamental es aquel de actuar una sucesión *ab intestato*; pero no quiere por esto excluir un homenaje, limitado a la voluntad del testador (7)".

Tanto en el Derecho civil como en el pretorio la posición de los *sui heredes* y de los *liberi* no se resuelve en una polaridad de institución y desheredación, sino que exigen un tercer género para su recto funcionamiento, la preterición, que no es institución de heredero ni desheredación testamentaria, sino olvido, omisión de una u otra.

En esta fase, si no había institución ni desheredación, surgía un tercer género, la preterición, que ni el legado ni el fideicomiso impedían:

Institución y desheredación se referían a la cualidad de heredero y nada tenían que ver con el legado ni con el fideicomiso. Era tan viable el prelegado como el legado a favor de un *sui heredes* o un *liberi* desheredado; sin embargo el legado a favor de un heredero necesario no instituido ni desheredado no enervaba la preterición causando la nulidad del testamento y la consiguiente sucesión intestada o una especie de derecho de acrecer, o la nulidad parcial del testamento, según los diversos casos.

En este período la preterición es el único límite impuesto al testador en favor de los *sui heredes* y de los *liberi*. Unos y otros sólo tienen derecho a su cuota intestada, si son preteridos. Si son desheredados quedan excluidos de la sucesión intestada. La legítima como "*portio debita*" o cuota del haber líquido herencial no existe y el testador no puede tener el deber jurídico de satisfacerla. El testamento nunca puede ser inoficioso, contrario a los deberes de piedad hacia los más íntimos parientes, porque éstos aún no son deberes jurídicos.

b) La inoficiosidad.—Con la admisión de la *querela inofficiosi testamenti* aparece un nuevo concepto, la inoficiosidad. "Con la *exheredatio* el testamento es perfecto: los hijos del testador no tienen ningún remedio contra él. Es deber del padre evitar una desheredación injusta: mas se trata de un deber moral, no jurídico".

"Este deber moral se transforma en jurídico cuando la desheredación injusta tiene por sanción la invalidez del testamento: esto se logra con la *querela inofficiosi testamenti*" (8).

Voci habla de un deber del padre de evitar una desheredación, más esta palabra hay que entenderla en sentido de inoficiosidad, es decir, negación de una justa participación en el *as* hereditario. Si el testador no deshereda ni instituye al heredero necesario, mas le hace un

(7) Voci, ob. y vol. cits., pág. 667 y D (37,5) 3, 7.

(8) Voci, ob. y vol. cits., pág. 670.

legado, hay preterición, aunque el legado sea superior a la "*portio debita*". Esta fue fijada en la práctica judicial sobre el ejemplo de la ley Falcidia en una cuarta de la herencia intestada.

La "*portio debita*" tenía su fundamento en el deber de afecto, *officium pietatis*, hacia los parientes íntimos y podía ser cumplido por el testador a título de herencia, legado, fideicomiso y donación *mortis causa*, no de donación inter vivos ni de constitución de dote.

El testador no tiene el deber de dejar la "*portio debita*" a una persona que no la merece e incluso puede eximirse de dejarla, si cree poder tutelar los intereses del heredero necesario con un medio mejor que la institución directa (*exhereditatio bona mente facta*). La desheredación es inatacable, si se realiza con justa causa, lo cual decidía el juez.

Aunque Voci parece referir la justa causa a la inatacabilidad de la *exhereditatio*, no es del todo exacto, pues no afecta ni a ésta ni a la *institutio* directamente, sino indirectamente, a causa de provocar la *querela* la caída del testamento. La justa causa legítima al testador para incumplir el deber de piedad con quien no lo merece, hace oficioso el testamento. La justa causa se entronca con la inoficiosidad y no con la desheredación.

Si el testador deheredaba a un heredero necesario y existía una justa causa; v. g. ejercicio de un oficio torpe, determinadas faltas contra el testador, mala conducta, la *exhereditatio* era tan inatacable como si no hubiese justa causa o como si hubiese hecho la *exhereditatio* y un legado de una cuota o cosa equivalente a la "*portio debita*". Justa causa de inoficiosidad y legado enervaban la *querela inofficiosi testamenti*, pero no afectan a la desheredación.

Si para la inoficiosidad no había justa causa, el testador debía enervar la *querela* con un legado, un fideicomiso o una donación *martis causa*; si la había, la *querela* no podía ejercitarse, pero la *exhereditatio* en uno y otro caso era inatacable.

En esta época la privación total o parcial de la "*portio debita*" afectaba a los deberes de piedad del testador hacia los herederos necesarios sean *sui iuris* o *liberi*, no había preterición si los instituía o desheredaba, sino inoficiosidad, impiedad y la *querela inofficiosi testamenti* lleva a la caducidad del testamento y a la apertura de la sucesión intestada, consiguiendo el heredero toda la herencia, si es único o una cuota de ella, si son varios, *no teniendo que cumplir los legados* (10). La *querela* presupone un testamento perfecto y sólo es ejercitable cuando no se puede recurrir a otros institutos creados a favor de los herederos necesarios; v. g. si hay preterición de un *suus* o de un *liberi* no procede la *querela* (11).

Las notas de la preterición y de la desheredación después de introducida la *querela inofficiosi testamenti* son:

(9) Voci, ob. y vol. cits., págs. 676 y ss.

(10) Voci, ob. y vol. cits., pág. 683 y D (5,2) 8, 16.

(11) Voci, ob. y vol. cits., págs. 698 y ss.

La única forma de evitar la preterición es la institución o desheredación.

La *exhereditio* no requiere justa causa, mas si la hay se evita además de la preterición por la *exhereditio*, la *querela*, porque no hay inoficiosidad.

La *exhereditio* no necesita justa causa y evita siempre la preterición. La *querela* es inseparable de la inoficiosidad, salvo justa causa.

La *exhereditio* y el legado, fideicomiso o donación *mortis causa* superiores en 1/4 a la cuota intestada del heredero necesario impiden, aquélla, la preterición, y éstos (legado, etc.), la *querela*, porque no hay inoficiosidad.

La institución en menos de 1/4 de la cuota intestada del heredero necesario impide la preterición, porque no hay desheredación, pero no la *querela*, a menos que reciba prelegados y donaciones *mortis causa*, que sumados a la cuota o cosa en que consista la institución iguallen o superen a la cuarta; es decir, no haya inoficiosidad.

La preterición sólo la impide la institución o la desheredación, no habiendo sufrido alteración por la admisión de la *querela*. Esta sólo la evita una justa causa de privación de la "*portio debita*" o la atribución al *suus heres* o al *liber* a título de institución, legado, prelegado, fideicomiso o donación *mortis causa* de una cosa o cuota igual o superior a la cuarta parte de su cuota intestada; es decir, el cumplimiento del deber de piedad.

Hay preterición únicamente cuando el *suus heres* o el *liber* no es instituido ni desheredado.

Hay *exhereditio* cuando un *suus heres* o un *liber* no es instituido, mas si privado de su cualidad de heredero.

Hay inoficiosidad cuando a un *suus heres* o a un *liber* instituido o desheredado se le asigna por vía de herencia, legado fideicomiso o donación *mortis causa* una cosa o cuota inferior a su "*portio debita*". En este período aparecen los rasgos de la legítima moderna, como "*portio debita*", que en rigor implica una limitación a las facultades dispositivas del testador en favor de los *sui heredes* y de los *liberi* concretando cuantitativamente en el haber líquido herencial, cuya limitación coexiste con la anterior, llamada preterición.

c) *Actio ad implendam legitimam* e imputaciones a la "*portio debita*" de actos *inter vivos*.—En el año 361, Costancio establece un nuevo medio de enervar la *querela inofficiosi testamenti* a iniciativa del testador, quien puede disponer que la cuota del heredero necesario se complete al arbitrio de buen varón, si resultase inferior a la debida (12).

Justiniano introduce la *actio ad implendam legitimam* el año 528 (13) y el heredero necesario sólo puede exigir el complemento de la "*portio debita*", que ahora se llama "*portio legitima*", aunque el

(12) Voci, ob. y vol. cits., págs. 730 y s.

(13) C (3,28) 30, pr. y (3,28) 31.

testador no dispusiese que se reintegrase *arbitratu boni viri*, ya que se funda en la ley y es la propia ley la que evita la caducidad total o parcial del testamento por inoficiosidad parcial, o sea, por la no asignación de la "*portio legitima*" íntegra.

A diferencia del régimen anterior, los actos a título gratuito *inter vivos* empiezan a imputarse a la "*portio debita*" o "*legitima*" para enervar la *querela inofficiosi testamenti*, así la constitución de dote, la *donatio propter nuptias* y también la donación simple, pero en ésta es necesaria la cláusula de imputación (14).

Estas innovaciones en cuanto afectan a la inoficiosidad tienen esta relevancia:

El régimen de la preterición no sufre alteración alguna.

La inoficiosidad, en cambio, se mitiga, se reduce en estos términos: La asignación al heredero necesario de una "*portio debita*" inferior, si el testador prevé el complemento, su previsión impide la *querela*; mas a partir del año 538, aunque no ordene que se reintegre la "*portio legitima*", la propia ley la impide por el mecanismo de la "*actio ad supplendam legitimam*".

Si el testador constituyó dote, hizo donación *propter nuptias* o donación simple con imputación expresa a la "*portio debita*", la "*actio ad implendam legitimam*" no procede, si sumado el valor de la dote o donación a lo dejado por vía de institución de heredero, legado o donación *mortis causa* iguala o supera la *portio debita*.

Si el heredero necesario sólo recibe del testador dote, donación *propter nuptias* o donación con cláusula de imputación que cubre la "*portio debita*" no procede la *querela* ni la "*actio ad implendam legitimam*", y si no alcanzan para cubrirla, el heredero necesario perjudicado sólo puede ejercitar la última, no la *querela*.

Obsérvese que la enervación de la inoficiosidad mediante los actos entre vivos referidos, no altera el sentido de la preterición, cuya esencia sigue consistiendo en la institución de heredero o en la revocación de esta cualidad y no en la atribución de una cuota o cosa del haber herencial y tampoco el concepto de inoficiosidad, que no exige la atribución de la cuota o cosa por vía de institución, legado o fideicomiso, sino que admite que puedan ser extrahereditarias, como lo pone de relieve la posibilidad de cumplir los deberes de piedad por vía de donación *mortis causa*, que es independiente del testamento, que se adquiere antes de morir el causante, en el último instante de su vida, y que ahora se extiende a otros actos independientes de la validez del testamento, como son las dotes, donaciones *propter nuptias* y donaciones simples con cláusula de imputación.

La "*portio legitima*" era una limitación meramente cuantitativa de las facultades dispositivas del testador en beneficio exclusivo de los herederos necesarios, mas a partir del año 529 se empieza a dibujar

(14) C. (3,28) 29; C (3,28) 30,2; (3,28) 35,2 y D. (5,2) 25 pr. Voc. ob. y vol. cit., págs. 732 y ss.

en ella, aunque con caracteres muy tenues, otra característica, la de ser, además, una limitación cualitativa, ya que debe ser dejada libre de cargas (*modus*), gravámenes y de condiciones y plazos, que se consideran no puestos en el testamento (15).

d) La Novela CXV.

1) Innovaciones.—Introduce en el objeto de nuestro tema importantes innovaciones.

I. Ascendientes y descendientes tienen derecho a la legítima (16) y además deben ser instituidos herederos. No es necesario que la institución sea en toda la cuota, siempre que el resto venga atribuido por otro título. La ausencia de institución por sí sola es una lesión del derecho del heredero necesario (17).

II. La exclusión de la herencia está justificada sólo en los casos taxativamente indicados en la ley y siempre que el testador no haya perdonado al ofensor.

III. La exclusión de la herencia no requiere una desheredación expresa, aunque si la mención de la causa de la exclusión, con referencia a una persona o a un grupo de personas. El viejo régimen de la *exhereditio* se debe, pues, considerar caducado (18).

IV. El heredero necesario injustamente descuidado (preterido) tiene un derecho de impugnación, que conduce a la rescisión del testamento; la asignación de una cuota inferior a la debida permite el ejercicio de la "*actio ad implendam legitima*". La rescisión afecta únicamente a las instituciones de herederos, ya que las otras disposiciones permanecen válidas (19) (20).

No siendo lícito al ascendiente "preterir o desheredar en su testamento" al descendiente, ni por medio de una donación cualquiera, de un legado, de un fideicomiso o de cualquier otro modo satisfacerles la porción debida por las leyes, a no ser que se pruebe que son ingratos y que los padres hayan insertado en su testamento determinadamente las mismas causas de ingratitud" (Nov. CXV, Cap. III pr.), y tampoco "a los descendientes preterir a sus ascendientes o de algún modo hacerlos completamente extraños a los bienes sobre los que tienen la facultad de testar, a no ser que hubiesen designado especialmente en sus testamentos las causas que enumeraremos" (Novela CXV, Cap. IV pr.), preterición y *exhereditio* se funden en este aspecto.

El ascendiente o descendiente que sea heredero necesario debe ser instituido, y si no lo es, hay preterición, ya que ahora la *exhe-*

(15) C. (3,28) 32.

(16) Su cuantía fue alterada el año 536 por la novela 18 cap. 1, pero esta cuestión no afecta a este estudio.

(17) Nov. 115, cap. 3 pr.

(18) Nov. 115, cap. 3 y cap. 4.

(19) Nov. 115, cap. 5.

(20) En estos cuatro apartados resume Vocri (Ob. cit., págs. 738 y ss.) las alteraciones introducidas por la Nov. 115, cap. 3, 4 y 5 pr.

redatio no es medio viable para excluir la preterición. Esta sólo la excluye la institución de heredero; si falta, hay preterición, pues el legado, la donación *inter vivos* o *mortis causa* y el fideicomiso no la excluyen y la *exhereditio* es inadmisibles en principio.

No obstante, la *exhereditio* puede enervar la preterición, si hay una justa causa, expresada en el testamento y enumerada en la Ley.

¿Qué cambios se han producido?

1.º La *exhereditio* como medio de excluir la preterición está en plano muy distinto de la *institutio*. La trilogía institución de heredero, desheredación y preterición al ser la institución necesaria desaparece y la no institución de un ascendiente o descendiente causa, en principio, preterición, aunque se le haya desheredado, pues la *exhereditio* no tiene valor jurídico, es decir, equivale a preterición, si no va acompañada de una causa legal y expresada en el testamento, lo que en el régimen anterior a la Novela CXV del año 542 no era necesario para la plena eficacia de la desheredación (privación de la cualidad de heredero y no de participación en la herencia), ya que el heredero necesario desheredado podía recibir a título de legado la "*portio debita*".

2.º Desheredación injusta y preterición están equiparadas y la desheredación injusta es preterición.

Desheredación y atribución al desheredado de su "*portio legitima*" por vía de legado, de donación *mortis causa* o de imputación en donación *inter vivos* es también preterición, y lo es porque el ascendiente o descendiente que sea heredero necesario debe ser instituido heredero, ya que la Nov. CXV, Cap. V pr, dice: "... Porque es la sola intención de nuestra serenidad estirpar por parte de los padres y de los hijos la injuria de la preterición y de la desheredación...", y desheredación existe cuando no se instituye heredero, silénciesele o no en el testamento.

3.º La inoficiosidad o incumplimiento por el testador de sus deberes de piedad hacia sus descendientes o ascendientes, excluida la desheredación, impuesta con carácter necesario la institución de los legitimarios y admitida la *actio ad implendam legitimam*, si no hay preterición, la *querela* ha perdido sus funciones primordiales, que le fueron arrebatadas por la preterición al extender su ámbito y por la acción de suplemento de la legítima.

2. La inoficiosidad.

Desmenecemos la inoficiosidad después de la Nov. CXV.

La función de la *querela inofficiosi testamenti* era tutelar al heredero necesario su "*portio debita*", tanto si era instituido en cuota o cosa menor a su cuantía, como si era desheredado; mas después de la Novela citada, no cumple esa función.

En el caso de institución en cosa o cuota menor a la "*portio legitima*", si no se había recibido el resto por legado, fideicomiso, donación *inter vivos* o *mortis causa*, no procede la *querela*, sino la "*actio ad implendam legitimam*", en lo que es decisiva la Novela CXV,

Cap. V. pr. "... mandamos ciertamente que de ningún modo se invalide el testamento en este punto (si algunos hubiesen sido nombrados herederos, aunque se les hubiese ordenado que se contentaren con ciertos bienes), pero que todo lo que se les haya dejado de menos de su porción de legitima que se les complete por los herederos con arreglo a nuestras otras leyes...".

Si hubo preterición, antes y después de la Novela CXV, la *querela* no jugaba, no procedía, como hemos dicho, ya que es remedio subsidiario.

Si hubo desheredación injusta sin atribución de la *portio legitima* o con atribución de la misma a título de legado, donación o fideicomiso, como la Novela equipara ambos supuestos de desheredación a la preterición, no hay razón para el ejercicio de la *querela*, ya que ésta no procede en los casos de preterición.

Si la inoficiosidad se funda en una causa justa, ni antes de la citada Novela ni después de ella procede la *querela inofficiosi testamenti*, porque son precisamente las causas de exclusión de la "*portio debita*" o de la "*portio legitima*", como resulta claramente de las constituciones 11, 19 y 23 del T. XXVIII del L. III del Código y de los cap. III y IV de dicha Novela.

La inoficiosidad como causa de la *querela* queda excluida en las hipótesis en que juegue la *actio ad implendam legitimam*, en los casos de desheredación justa e injusta y en los supuestos de preterición. Por tanto, la inoficiosidad no puede causar la *querela inofficiosi testamenti*, no legitima para su ejercicio.

Mas la inoficiosidad no era un concepto simple en función exclusiva de legitimar para el ejercicio de la *querela*, sino que estaba integrado por otros elementos, que siguen desempeñando una función en materia de legítimas y que se elaboran para la inoficiosidad, tales son la "*portio debita*", ahora "*portio legitima*", que era la medida de la inoficiosidad, cuyo concepto tiene plena relevancia jurídica hoy, y las imputaciones como concepto al servicio de la integración de la "*portio debita*" y luego de la "*portio legitima*", que podían recibirse antes y después de la Novela CXV por diversos títulos (herencia, legado, fideicomiso, donación *mortis causa*, dote y donación *inter vivos*).

La imputación corrige y evita la inoficiosidad. La acción de suplemento de la legítima tiene su reverso en la inoficiosidad, que es la medida de la lesión de la legítima, y se corrige mediante la reducción de la dote, donación o disposición *mortis causa*.

La *querela inofficiosae donationis* y la *querela inofficiosae dotis* son los instrumentos de defensa contra las donaciones y dotes que lesionan la "*portio debita*" y sólo atacan la donación o dote en cuanto basta para la reconstitución de la "*quarta*" (21) o a partir de la Novela XVIII de la legítima.

(21) C. (3,29) 5 (3,29) 7; y (3,29) 8; y respecto de las donaciones y C. (3,30) 1 en cuanto a la dote.

Una vez que la *querela inofficiosi testamenti* no tiene posibilidad de provocar la invalidez total o parcial del testamento, porque la desheredación injusta estaba equiparada a la preterición, la desheredación justa excluía la *querela* y la acción de suplemento de la legítima estaba destinada a conservar la validez del testamento y, en consecuencia, a excluir también la *querela*, y la inoficiosidad ya no es causa de nulidad o anulabilidad del testamento, obtenida por el ejercicio de la *querela*, sino que éste se invalida por la preterición y la desheredación injusta, que excluyen la *querela* como acción subsidiaria o se conserva válido y se corrige la lesión con la acción de suplemento. Al dejar de ser la inoficiosidad la causa de la *querela*, cumple otros fines extraños a ella, principalmente, ser medida de la lesión a efectos de la reducción pertinente y reintegro de la "*portio legitima*" en análogos términos a la *querela inofficiosae donationis vel dotis*.

Con esto pretendemos resaltar dos cosas: Que la *querela inofficiosi testamenti* como acción invalidadora del testamento es incompatible con el nuevo régimen introducido por la Novela CXV, y sin conexión alguna con la preterición, que nunca la tuvo, ni antes de la citada Novela, porque no era ejercitable, si había preterición, ni ahora, porque no es viable su ejercicio, ya que sus dominios fueron repartidos entre la preterición (a la cual se equipara la desheredación injusta) y la acción de suplemento de la legítima. Por tanto, la *querela* nunca tuvo relación con la preterición, salvo en el momento de repararse sus despojos, es decir, de su defunción.

El concepto de inoficiosidad elaborado en aras a la *querela*, muerta ésta jurídicamente, se puso al servicio de la acción de suplemento de la legítima, que es una acción de reducción semejante a la que engendraban las dotes y donaciones inoficiosas. Por tanto, la acción de reducción de las disposiciones inoficiosas o de suplemento de la legítima es la HEREDERA de las *querelae*, pero con signo opuesto a la *inofficiosi testamenti*, ya que su objetivo era y es conservar el testamento, no invalidarlo, como la vieja *querela inofficiosi testamenti*.

La acción de suplemento de la legítima es una acción personal, una acción rescisoria de una disposición (donación, legado, institución de heredero) válida y perfecta, pero que causa lesión a un legitimario.

3. La preterición y la desheredación.

La preterición es el desconocimiento por el causante en su testamento de ese vínculo íntimo que le ligó en vida al legitimario y que se refleja sucesoriamente en la cualidad de heredero. El Derecho romano justiniano decretó la invalidez del testamento donde se exteriorizaba semejante voluntad, aunque ya el Derecho pretorio principió a salvar en parte esa voluntad.

La desheredación injusta es la negación sin razón digna de tutela de ese vínculo íntimo que tiene el reflejo sucesorio referido. El Derecho romano justiniano la equiparó a la preterición.

Es la falta de institución del legitimario, infundada, lo que auna preterición y desheredación.

La desheredación justa es la negación fundada de ese vínculo íntimo y, por tanto, de esa cualidad de heredero. El Derecho romano-justiniano tuteló esa voluntad testamentaria.

...La inoficiosidad es el reconocimiento de ese vínculo erróneamente valorado. El Derecho romano justiniano corrigió esa valoración errónea, respetando la voluntad del testador o donante en todo lo demás, siguiendo en esto la evolución resaltada por BRONDI, del favor de la institución al favor del testamento (22).

Preterición y desheredación injusta tienen su fundamento en la designación imperativa y legal de los parientes íntimos, que debe ser reconocida por el causante con la institución de heredero; desheredación justa en la dispensa de esa ley, e inoficiosidad en el incumplimiento parcial de los deberes de piedad hacia ellos. Si al incumplimiento parcial de estos deberes se une el desconocimiento o la negación del íntimo vínculo parental, prevalece la preterición o la desheredación injusta sobre la inoficiosidad por razones jerárquicas de la ofensa al pariente y a la ley. Es más grave desconocer o negar que reconocer y no cumplir.

Resumiendo, y resaltando la evolución de la preterición y la inoficiosidad en el Derecho romano, diremos:

Que la preterición se explica por la posición jurídica del *suus heres* y del *liber* frente al causante, que potencialmente encierra la cualidad de heredero. En el *suus heres* y en el *liber* late la cualidad de heredero y esta vida latente, que estas posiciones jurídicas encierran, tiene su momento solemne y decisivo a la muerte del causante, quien puede desentenderse de ella, si no hace testamento, en cuyo caso surge con pleno vigor, siendo *suus heres* o *liber* heredero ab intestato o *possessor sine tabulae*, puede reconocerla (institución de heredero) o revocarla (desheredación) en su testamento, pero no puede desconocerla, ignorarla (preterición).

La preterición hasta la Novela CXV tiene su fundamento y explicación en la potencialidad del *suus heres* y del *liber* para ser herederos del causante y la limitación impuesta a éste de reconocerla o revocarla, limitación que no cumple, que infringe, si la desconoce (preterición).

La novela CXV traduce con más fuerza esa potencialidad del legítimo, al exigir al causante el reconocimiento de esa cualidad de heredero (heredero necesario) y no permitirle la revocación a su libre arbitrio, alterando el concepto de preterición que ahora es tanto la omisión o silencio en el testamento del heredero necesario como la revocación arbitraria o injusta de su cualidad de heredero necesario.

La institución y desheredación tuvieron hasta el año 542 como reverso la preterición y su función era limitar la libertad de testar, si el testador cumplía con la institución o desheredación de los *sui heredes* o de los *liberi*, su voluntad tenía plena tutela en cuanto disponía de

(22) Sucesión testamentaria y donación. Traducción española de Fairen. (Manuel), Barcelona, Bosch, 1960, págs. 7 y ss.

su herencia, si incumplía, incurría en preterición y se invalidaba el testamento, surgiendo con plenitud de vida la cualidad de heredero latente en el preterido. Después de la novela CXV la desheredación no alternó con la institución, a menos que fuere justa, y el testador tenía que instituir, de lo contrario incurría en preterición, en la cual quedó absorbida la vieja desheredación; el dilema era institución o preterición, y ésta era por omisión o por desheredación injusta, la justa se conservó al lado de la institución y se la modeló como la ingratitud de la inoficiosidad.

La preterición en los dos momentos del Derecho romano es formal, es no institución o no desheredación del *suus heres* o del *liber* o no institución del descendiente o ascendiente.

4. Imposibilidad de la inoficiosidad total.

La inoficiosidad fue en el Derecho romano desde su nacimiento incumplimiento del deber de piedad del testador hacia los *sui heredes* y los *liberi*, cuyo deber se concretaba en la disposición de una cuota de su patrimonio a favor de ellos en el testamento o por donación *mortis causa* y que más tarde se pudo hacer también por vía de dote, donación *propter nuptias* y donación simple en que así se expresara.

En un principio la inoficiosidad total y la parcial estaban equiparadas y la *querela inofficiosi testamenti* era la tutela de la *portio debita* que actuaba invalidando un testamento perfecto (sin preterición), es decir, rescindiéndolo retroactivamente y sin salvar los legados.

Después se mitigó su rigor cuando el testador se había equivocado en el cálculo de la *portio debita*. Error patente, cuando el testador declaraba que se completase la diferencia entre lo dejado y la *portio debita*, cuyo error excluía la *querela*.

Justiniano el año 528 decreta, que el suplemento de la legítima proceda, aunque no se funde en un error de cálculo y, por tanto, el *suus heres* o el *liber* instituidos o desheredados, a quienes el causante hubiese dejado por vía de institución, legado, dote o donación *inter vivos* o *mortis causa* menos de su *portio legitima*. La nueva *actio ad implendam legitimam*, tiene como función primordial el *favor testamenti*, misión que cumple excluyendo la *querela* y sus efectos destructivos.

La novela CXV conserva la acción de suplemento de la legítima, mas sólo en el caso de que descendiente o ascendiente sean instituidos. Si hay preterición o desheredación injusta, equiparadas en el nuevo régimen y ambas o mejor la preterición, ya que las dos son la misma cosa, excluye la inoficiosidad, como causa de la *querela inofficiosi testamenti* ya que es remedio subsidiario. Si descendientes o ascendientes son instituidos en cosa o cuota inferior a su *portio legitima* y nada pueden imputar a ella por otro título *inter vivos* o *mortis causa*, procede la *actio ad implendam legitimam*, pues el *favor testamenti* sigue presidiendo la evolución.

La inoficiosidad total era una hipótesis de plena viabilidad antes

de la novela CXV, después de ella es impensable tanto mediante una institución de cuota, como *ex re certa*. Respecto de ésta, la cuestión es evidente, la cosa tiene un valor que admite un complemento y no hay inoficiosidad total. En cuanto a aquélla hay que distinguir: si el activo es igual o inferior al pasivo, no hay, *portio legitima*, ni inoficiosidad, y tampoco suplemento, ni de cero ni de algo negativo; si el pasivo es inferior al activo no hay inoficiosidad total, sino una cuota del haber líquido que hay que pagar en bienes herenciales con o sin suplemento (23).

Es pues evidente que la inoficiosidad total después de la novela CXV y mientras el legitimario tenga que ser instituido heredero para impedir la preterición, es impensable (24).

5. Efectos de la preterición.

Los efectos de la desheredación injusta están nítidamente determinados en la novela CXV, cap. III, 14, incisos penúltimo y antepenúltimo y cap. IV, 9, equiparándose en este mismo párrafo, en su inciso final, preterición y desheredación, lo mismo que en el cap. III pr. y en el IV pr., siendo predicable el tratamiento jurídico para la preterición y la desheredación injusta que los citados párrafos 14 y 9.º dictan: no tiene validez alguno el testamento "en cuanto a la institución de herederos", disponiendo que, rescindido el testamento se les den los bienes del difunto a los que *ab intestato* son llamados a la herencia de él, teniendo, por supuesto, su vigor los legados o los fideicomisos, las libertades, los nombramientos de tutores y los demás capítulos.

Se habla de rescindir y de invalidar, aunque en rigor estamos muy cerca de la nulidad de la institución de heredero, si siguiendo a BIONDI (25) vemos en el testamento el molde donde pueden vaciarse una pluralidad de negocios jurídicos y muy lejos de una institución válida, pero que por ser lesiva para los herederos necesarios, es rescindible. Rescisión que en la época de la *querela inofficiosi testamenti* era total y retroactiva, cuyo concepto difiere notoriamente del moderno de la rescisión.

Los efectos de la preterición y de la desheredación injusta se construyen en la novela CXV sobre la huella del Derecho pretorio en la regulación de la *bonorum possessio contra tabulas* y no sobre el molde de la *querela inofficiosi testamenti*, que si bien en el curso de los tiempos conservó la denominación, su función había desaparecido absorbida por la preterición, la desheredación y la acción de suplemento de la legítima.

e) Conclusiones.

Antes de la aparición de la *querela inofficiosi testamenti* esa la-

(23) En los supuestos de que fuese necesario ejercitar la *querela inofficiosae donationis vel dotis*, la inoficiosidad sigue siendo impensable.

(24) Ya veremos si después del Código civil puede hablarse o no de inoficiosidad total.

(25) Ob. cit., págs. 17 y s.

tente posición jurídica de heredero insita en la cualidad de *suus heres* y de *liber* podía extirparla el testador única y exclusivamente con la *exheredatio*, de lo contrario o la reconocía, con la *institutio heredis* o dejaba al arbitrio del *suus heres* o del *liber* su nacimiento, si los pretería, ya que podían impugnar el testamento.

En el régimen de la *querela inofficiosi testamenti* la *exheredatio* no fue por sí sola suficiente para extirpar esa latente posición de heredero insita en la cualidad de *suus heres* y de *liber*, sino que debía de ir acompañada de disposiciones testamentarias a título singular o donaciones *mortis causa* que cubriesen la *portio debita*, en un principio, y una parte de ellas más tarde, aunque también se extirpaba la cualidad latente de heredero, si a la *exheredatio*, se acompañaba una justa causa que dispensara de los deberes de piedad hacia el desheredado. Faltando la *exheredatio* surgía la cualidad de heredero mediante el ejercicio del *ius dicendi nullum*, si no había *institutio heredis*; faltando la atribución de la *portio debita* o de una justa causa que dispensase su atribución, aunque hubiese *exheredatio*, surgía a la *querela* y caído el testamento con su ejercicio, nacía la posición jurídica de heredero en el *liber* o en el *suus heres*, mas nacía como sanción a la inoficiosidad del testado y como estado potencial que irrumpía en actual.

Después de la novela CXV solamente la desheredación justa puede extirpar la posición latente de heredero insita en el descendiente o ascendiente. No existiendo justa causa expresada en el testamento, descendiente o ascendiente serán herederos siempre, bien por institución bien por el ejercicio del *ius dicendi nullum* tanto si habían sido preteridos como desheredados injustamente.

La posición jurídica de heredero latente en los herederos necesarios evoluciona vigorizándose en el curso del tiempo, evolución y vigorización que culmina en el Derecho romano con la novela CXV.

La preterición en su esencia ha tenido en el Derecho romano dos modalidades: hasta la novela CXV, desconocimiento de la cualidad de heredero latente en los *sui heredes* y en los *liberi*, desconocimiento concretado alternativamente en la no institución o en la no desheredación, y después de ella, desconocimiento o negación infundada de la cualidad de heredero latente en los descendientes o ascendientes del testador polarizado en la no institución de heredero.

La preterición es el desconocimiento por el testador de la posición jurídica de heredero latente en el heredero necesario.

La inoficiosidad fue, en principio, la negación total o parcial de los deberes de piedad hacia los parientes íntimos del testador o causante (*portio debita*), y después fue el contenido económico mínimo de la posición jurídica del heredero necesario, o sea, la medida de esos deberes (*portio legitima*).

En la última fase del Derecho romano gran parte de la desheredación, la injusta, emigró a la preterición y la inoficiosidad a ella correlativa se asentó también en la preterición. El resto de la

desheredación, la justa, se nutrió de la dispensa de los deberes de piedad hacia los íntimos parientes y los restos de la inoficiosidad ya habían sido devorados por la acción de suplemento de la legítima, la cual tuvo como base una inoficiosidad parcial, aun en su modalidad extrema, cuando el contenido económico de la institución de heredero era una acción de reducción de donaciones o legados, ya que en estos casos se adquiriría el importe de la reducción por vía de institución de heredero y no *ab intestato*, a diferencia del régimen anterior, donde la inoficiosidad parcial al legitimar, en un principio para la *querela inofficiosi testamenti*, adquirirían los perjudicados *ab intestato* y cuando facultaban sólo para exigir el suplemento de la "*portio legitima*" (desde el año 528 hasta el 542) adquirirían de un modo anómalo, "*c.r. lege*".

B. EVOLUCIÓN LEGAL DE LA PRETERICIÓN Y LA DESHEREDACIÓN EN CASTILLA

Nos hemos detenido especialmente en el período del Derecho romano transcurrido entre los años 528 y 542 en que se promulgan las Constituciones 30 y 31 del título XXVIII del libro III del Código y la Novela CXV, porque son las disposiciones que han conmovido fundamentalmente el régimen legitimario modificando sustancialmente el anterior: y porque han sido recibidas por nuestras Partidas, el Cuerpo legal cuya doctrina ha sido la base de nuestro sistema legitimario.

Hemos resaltado, que la *querela inofficiosi testamenti* ha perdido su función con la aparición de la *actio ad implendam legitimam* y la imposibilidad de la inoficiosidad total ante una imperativa institución del heredero necesario y que de ella nos ha quedado el nombre con otro contenido, con otra función.

Hemos considerado que la Novela CXV es una docena de años posterior al Corpus Iuris Civilis y, por tanto, los textos del Código, del Digesto, sobre todo, y de las Instituciones deben ser entendidos y aplicados en cuanto no se opongan a la misma, en cuanto no la contradiga, en cuanto no sean incompatibles con ella.

a) Las Partidas.

El problema de la preterición y de la desheredación se plantea en nuestro Derecho histórico con la recepción del Derecho romano en el Código de las Siete Partidas promulgado el año 1256. En la época visigótica y durante el período de la Reconquista que discurre hasta el reinado de Alfonso X el Sabio, nuestro sistema legitimario discurre por cauces germánicos (26), cauces que no cierran las Partidas, pero que empiezan a socavar (27).

(26) Véase nuestra obra "La legítima en el Código civil". Gráficas Lux. Oviedo 1964, págs. 32 y ss.

(27) Véase nuestra obra cit., pág. 34.

La preterición y la desheredación pueden existir tanto en un régimen sucesorio de naturaleza germánica, como en un régimen sucesorio de naturaleza romana, mas entre ambos hay una diferencia esencial, que la preterición y la desheredación provocan una delación forzosa, un tercer género sucesorio, que no es ni delación testada ni intestada, en los sistemas germánicos, o una delación intestada, previa anulación total o parcial de la delación testamentaria, en los sistemas romanos. En aquéllos no tienen relevancia jurídica y el testador es desconsiderado plenamente en su última voluntad, disponiendo la ley forzosamente por él; en éstos tienen plena relevancia jurídica y el testador es desconsiderado por la Ley como tal, mas no como hombre, de ahí que se anule la disposición última, pero no dispone la ley por él forzosamente, sino supletoriamente; la Ley impone al testador unos límites, si éste no los cumple, no considera su voluntad, no le concede eficacia jurídica.

Por estas razones no nos detenemos en los influjos germánicos de nuestro Derecho histórico.

Las Partidas han recibido la *actio ad implendam legitimam* (28) pero adaptando la constitución del año 528 a la Novela CXV al referirla al hijo instituido heredero, institución que no era necesaria en el Derecho vigente al promulgarse la Constitución 30 libro III, T. XXVIII del Código y la han recibido en estos términos "Otro si dezimos que dexando el padre al fijo alguna cosa en su testamento como *heredero*, maguer non le dexasse toda la su patre legitima que deue auer según derecho, por todo esso decimos, que non podrá quebrantar el testamento; mas podria demandar, que aquellos que le menguaua de la su parte que deuia auer, que gelo cumpliessen" (P. 6.^a T. 8.^o L. 5.^o, párrafo 3.^o).

La necesidad de instituir heredero al hijo en su parte legítima y no por medio de mandas, en cuyo caso puede quebrantarse el testamento, sancionada en la novela CXV, cap. III, pr. es recibida también en la L. 5.^a T. VIII P. 6.^a.

En materia de desheredación justa la L. 10 T. VIII P. 6.^a recibe también la doctrina de la novela CXV, cap. III exigiendo la razón cierta por la cual deshereda, nombrando al desheredado y diciendo señaladamente que por aquella razón lo deshereda, ya que de otra manera no valdría el testamento.

Respecto a la desheredación injusta la P. 6.^a T. VIII L. 1.^a admite la querrela para quebrantar el testamento en lo que lo hubiese desheredado al hijo o nieto y la funda en que el testamento es hecho contra el oficio de piedad y de merced que el padre habría de tener con el hijo. En este punto la doctrina recibida es la anterior a la novela CXV y modificada por ésta, modificación recibida en L. 5.^a T. VIII P. 6.^a, en cuanto exigía dejar la legítima a título de herencia y en la equiparación

(28) C. (3,28) 30 pr., y 31.

ración entre desheredación injusta y preterición, que, como veremos, las Partidas son oscuras en este punto.

En materia de preterición la citada Ley 1.^a recibe también el concepto anterior a la Novela CXV (la cual equiparó preterición y desheredación injusta en su Cap. III, pr. y Cap. IV pr.; y 9 inciso final) ya que contrapone la preterición a la no institución y no desheredación y ordena que un testamento donde se omita al heredero, sin instituirle ni desheredarle, “non se quebrantaría; pero non vale nin es nada E porende, pues que non deve valer non se puede quebrantar...”. Y en la L. 10 T. VII P. 6.^a da el mismo concepto de preterición. Aunque la recepción de la doctrina de la novela CXV podría defenderse sosteniendo que la desheredación referida en el concepto de preterición era la justa, no se concilia con los efectos que predica para la preterición, diversos de los predicados para la desheredación injusta, no sólo en la P. 6.^a T. VIII L. 1.^a citada, sino también en la P. 6.^a T. VIII L. 4.^a, que fija un plazo de cinco años para querellarse.

Por otra parte el último inciso de la L. 10 T. VIII P. 6.^a equipara desheredación y preterición cuando el testador hace una u otra sin expresar la causa, aunque ésta exista y pueda el heredero probarla, ya que éste no debe ser oído sobre esta razón, cuya doctrina es armónica con la novela CXV cap. III, pr. que exige “que los padres hayan insertado en su testamento y determinadamente las mismas causas de ingratitud”.

En cuanto a los efectos de la desheredación se concretan en la L. 6.^a T. VIII P. 6.^a en términos muy diversos a los de la *querela inofficiosi testamenti* y muy semejantes a los consagrados en la novela CXV Cap. III, párrafo 14 y Cap. IV párrafo 9, cuando dice “Otrosi dezimos que como quier que el fijo o el nieto, que fuese desheredado, lo quebrantase por alguna de las razones sobredichas, con todo esso las mandas que fueron escritas... non se embarguen nin se desaten por esta razón”.

b) El Ordenamiento de Alcalá.

La necesidad de instituir heredero al legitimario, se puso en entredicho en los siglos XVII y XVIII y no a la promulgación (en el año 1348) del Ordenamiento de Alcalá, cuya única Ley del Título XIX suprimió el requisito de la institución de heredero para la validez del testamento.

c) Las Leyes de Toro.

La Ley XXIV de Toro, quizás para resolver la cuestión que plantea la mejora, cuestión extraña al Derecho romano y a las Partidas, en los casos de preterición y desheredación equipara una y otra en cuanto a los efectos en estos términos: “Cuando el testamento se rompiere o anulare por causa de preterición o exheredación, en el cual oviere mejoría de tercio o quinto, no por eso se rompa y menos deje valer el dicho tercio, o quinto, como si el dicho testamento no se rompiere”. Doctrina plenamente acorde con la citada

novela CXV, si bien como dice LLAMAS Y MOLINA (29), se comprenden los legados bajo el nombre de mejoras de tercio y de quinto.

C. LA PRETERICIÓN, DESHEREDACIÓN E INOFICIOSIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

Se puede afirmar sin exageración, que el régimen romano justinianeo es el vigente en España, desde la recepción del Derecho romano hasta la promulgación del C. c., ya que en materia de preterición y desheredación hubo en nuestro Derecho histórico más que innovaciones interpretaciones y discusiones por copiar las partidas reglas de regímenes sucesorios anteriores e incompatibles; v. g. L. 1 T. 8, P. 6.^a.

Las modificaciones de nuestro primer Cuerpo legal en la materia, tomadas del proyecto de 8 de mayo de 1851, han sido profundas y progresivas.

El C. c. sigue alineado en los regímenes sucesorios romanos (30).

a) Los caracteres de nuestro régimen legitimario son:

1.º No es necesaria la institución de heredero del legitimario, resolviendo el problema del legado como título sucesorio que impide la preterición sin ser desheredación, pero planteando la cuestión de la donación al legitimario. (Artículo 815.)

2.º Preterición y desheredación injusta tienen tratamiento jurídico distinto. (Artículos 814 y 851.)

3.º La desheredación es privación de la cualidad de heredero de un legitimario. El título de legatario y también en algunos casos el de donatario evitan la preterición y son ajenos a la desheredación. (Artículo 851 en relación con el 815.)

4.º El suplemento de la legítima es complemento de un título de heredero, como antes, pero también de un legado y también en algunos casos de una donación. (Artículo 815 en relación con el 814.)

5.º El suplemento de la legítima y la cuota del desheredado se adquieren *ab intestato*, previa reducción de la disposición inoficiosa (artículo 609, 658, 659, 661) y no por un tercer género sucesorio, que sería, sin duda, explicar o justificar la adquisición por ministerio de la ley, o *ex lege* al amparo de los artículos 815 y 851 (31).

6.º La inoficiosidad es la medida de la vulneración de la legítima y de la correlativa e inseparable reducción de la disposición inoficiosa, cuya figura no legitima para la *querela inofficiosi testamenti*, sino para

(29) Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro. Imprenta de Repullés. Madrid 1827. Tomo I, pág. 273.

(30) Véase nuestra ob. cit., págs. 76 y ss.

(31) Véase nuestra ob. cit., págs. 66 y s. y 71 y s., donde se estudia este problema en atención a la profunda crítica de GARCÍA VALDECASAS (Guillermo): La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor R. D. Priv., Nov. de 1963, págs. 968 y ss.

la acción de reducción, cuyo reverso es la acción de suplemento de la legítima (artículos 654 y ss., 815, 817, 820 y ss.) (32).

7.º La inoficiosidad total es un concepto en función de la *querela inofficiosi testamenti*, cuyo valor jurídico álgido lo alcanza con la aparición de la *actio ad implendam legitimam*, fundada en la Ley y no en la voluntad del testador, ya que es la única causa o fuente de la *querela* en el período que va desde el año 528 hasta el 542, a partir del cual, como hemos demostrado, la inoficiosidad total no tiene relevancia jurídica por haberla absorbido la desheredación injusta o la preterición y ser impensable en otro caso, el de institución del heredero necesario. El Código civil no ha resucitado, como veremos, este concepto, estéril tanto para la desheredación injusta, donde lo importante es la desheredación en el testamento y no la inoficiosidad, que incluso puede ser parcial, si hubo donación, como para la preterición, que si no hubo disposición en el testamento, existe, como se induce del artículo 815, que exige dejar algo al legitimario por cualquier título, no mencionarlo simplemente o revocándole el título de lo dejado, de un lado, y el complemento de lo que falte, de otro, y cero o nada, no tienen complemento ni suplemento, sino todo o integridad.

8.º El *favor testamenti* o principio de la conservación del testamento, además de la disposición general del artículo 743, nuestro Código civil consagra tres expresas disposiciones en materia de preterición, inoficiosidad y desheredación injusta en los artículos 814, 815 y 851.

9.º No creemos que el Código civil, aunque literalmente lo diga, haya podido consagrar una herencia sin heredero (artículo 891), lo que es relevante en materia de preterición, porque la *insitutio ex recerta* está cobijada en su espíritu, aunque no en su letra (33).

b) Preterición, deheredación e inoficiosidad total.

Hemos llegado a la conclusión que la esencia de la preterición en el Derecho romano ha sido "el desconocimiento del testador de la posición jurídica de heredero latente en el heredero necesario".

Este desconocimiento tuvo dos variantes fundamentales en el curso histórico de ese Derecho: una, anterior a la Novela CXV, que se manifestaba cuando el testador no instituía ni desheredaba al *suus heres* o al *liber*, y otra, después de dicha novela, cuya sustancia y esencia ha sido recibida y vivida por nuestro Derecho histórico, que se manifestaba cuando el testador no instituía heredero al descendiente o ascendiente sin justa causa.

En una y otra fase, institución y desheredación eran las dos figuras jurídicas que impedían la preterición y la apertura de la

(32) Véase nuestra ob. cit., págs. 140 y ss.

(33) En nuestra obra "La legítima en el Código civil", citada, págs. 122 y siguiente hemos sostenido el criterio contrario de la posibilidad de la herencia sin heredero, que ahora nos ofrece la duda que expresamos en el texto, mas no vamos a plantearla en esta ocasión.

sucesión intestada. El nacimiento de la posición jurídica de heredero que está germinando, que estaba latente en el heredero necesario, lo impedía la desheredación, si bien en la primera fase la desheredación excluyente de la preterición, era aquella expresa, que revocaba el título de heredero, que extirpaba esa cualidad del heredero necesario, y en la segunda, la desheredación excluyente era también expresa, mas la revocación de la cualidad de heredero única y exclusivamente era válida, si se fundaba en una justa causa; es decir, que sólo la desheredación que era justa impedía la preterición; la injusta, no; la revocación sin justa causa era ineficaz y no impedía la preterición.

En el Derecho romano la preterición evolucionó, ampliándose a expensas de la desheredación, incluyendo en su contenido la desheredación injusta (34).

En el Código civil, el concepto de preterición se restringe, no sólo con relación al de la Novela CXV, que es el de nuestro Derecho histórico, sino también respecto al Derecho romano anterior.

Al deslindar nuestro primer Cuerpo legal la preterición de la desheredación, regulando aquélla en los artículos 814 y 815 (35), y ésta en los artículos 848 y ss., destacándose entre ellos el artículo 851, relativo a la desheredación injusta, que es institución diversa de la preterición.

Por esto último, nuestro C. c. vuelve al sistema romano anterior a la Novela CXV, para el cual la desheredación, sea o no justa, excluye siempre la preterición, separándose de nuestro Derecho histórico.

Pero no es ésta la única restricción que impone al ámbito de la preterición; hay otra limitación nueva en nuestro Derecho, que tiene su consagración en el artículo 815, y consiste en la posibilidad de impedirse la preterición, no sólo con la desheredación y la institución, sino también a título de legado y con ciertas restricciones, como veremos, a título de donación *inter vivos*, ya que la *mortis causa* está excluida, según la interpretación que nos parece más segura.

“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.” (Art. 815.)

Sin la frase “por cualquier título”, quizás la interpretación de nuestro C. c. nos llevase al concepto de preterición propio del Derecho romano anterior a la Novela CXV y posterior a la promulgación en el año 538 de las constituciones que consagran la *actio ad suppleendam legitimam*, es decir, que la preterición comprendería todos los

(34) Si la causa no se expresaba en el testamento, aunque existiese y se probase, había desheredación injusta, o sea, preterición (Nov. CXV cap. III pr. y cap. IV pr. y L. 10 T. VIII P. 6.*).

(35) El artículo 815, como hemos sostenido en nuestra monografía citada, página 103, es esencial para fijar el concepto de preterición en el C. c.

casos en que el legitimario no fuese instituido ni desheredado justa o injustamente. La expresión herederos forzosos sería acorde con su concepto y la legítima del viudo y de los hijos naturales una excepción a la cualidad de heredero de los legitimarios.

Si suprimimos la citada frase del artículo 815, la preterición vendría definida en el artículo 814 y limitada en los artículos 848 y ss., especialmente en el 851.

Reducida la actuación de la *querela inofficiosi testamenti* en un primer periodo, que va desde la constitución de Constancio, el año 361, hasta las de Justiniano, el año 528, a la inoficiosidad parcial prevista por el testador, reducida en el segundo, que va desde el año 528 hasta el año 542, en que se promulgó la Novela CXV, a la inoficiosidad total en el caso de desheredación injusta, y desaparecida la *querela* en el último periodo, después de dicha novela, siendo imposible su actuación fundada en una inoficiosidad total, porque la desheredación injusta estaba embebida en la preterición y la institución impedía la inoficiosidad total, el concepto de inoficiosidad total quedó sin contenido y fue estéril.

El concepto de inoficiosidad total no fue recibido en nuestro Derecho histórico, ni tuvo vigencia; mas el régimen de nuestro Código civil se encuentra muy próximo real o aparentemente al segundo periodo del Derecho romano, en que la inoficiosidad total es la única causa de la *querela*.

Entendemos que esta proximidad es real si el Código civil ha resucitado el concepto de inoficiosidad total del Derecho romano anterior a la Novela CXV, no recibido en nuestro Derecho histórico, o que esta proximidad es aparente, si el Código civil considera que la inoficiosidad total es imposible, no porque la institución de heredero o la desheredación justa la impidan, ya que en defecto de aquella o de ésta hay preterición, como ocurría en nuestro Derecho histórico inspirado en la Novela CXV, sino porque ahora la impiden, además, el legado y en algunos casos la donación, como equivalentes funcionales de la institución de heredero del legitimario, que implican el reconocimiento por el testador de su posición jurídica, que extirpa su latente cualidad de heredero intestado, y en defecto de ellos, como veremos, hay desheredación injusta o preterición, figuras que hacen superflua la inoficiosidad total, la cual no existe o encuentra una tutela más enérgica en la preterición o en la desheredación injusta, que hacen irrelevante la referida inoficiosidad total.

El Código civil no ha vuelto sobre el concepto de inoficiosidad total, según creemos; mas para ello es preciso fijar el concepto de preterición y previamente el de desheredación.

1) La desheredación.

En materia de desheredación, el concepto ha sido siempre revocación de cualidad de heredero latente en el legitimario.

La desheredación principió por impedir no sólo la preterición, sino cualquier ataque al testamento de parte de los *sui heredes* y de

los *liberi*; más tarde evitó solamente la preterición, pero no el ataque al estamento si éste era inoficioso, bastando la inoficiosidad parcial, en un principio, y exigiéndose la total cuando se consagró la *actio ad supplendam legitimam* (36), y, por último, fue preterición, si la desheredación no era justa e independientemente de la inoficiosidad (37), es decir, aunque los deberes de piedad se hubiesen cumplido íntegra o parcialmente con legados, había preterición.

El fenómeno ocurrido en esta última fase, la de la Novela CXV, ha sido repetidamente explicado por nosotros: equiparada la desheredación injusta a la preterición, el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de piedad no tenía relevancia jurídica, ya que tenía una tutela más enérgica en la preterición, lo que hacía superflua la *querela inofficiosi testamenti*, y otra específica en la *actio ad supplendam legitimam*.

En el Derecho romano anterior a la Novela CXV y posterior a la aparición de la *querela*, la desheredación era incompatible con la institución, pero no con el legado; institución y desheredación excluían la preterición y el legado la *querela* cuando la inoficiosidad parcial dejó de ser causa de ésta. En el Derecho romano posterior a la citada Novela, la desheredación era también incompatible con la institución, pero sólo la desheredación justa y la institución excluían la preterición; pero la desheredación injusta y el legado no excluyen la preterición, y al haber preterición, a pesar de la desheredación, no procede la *querela*, que era remedio subsidiario.

En el Código civil la institución y la desheredación, sea ésta justa o injusta, son incompatibles y excluyen la preterición como en el régimen romano anterior a la Novela CXV, pero el legado no excluye ahora la *querela*, sino la preterición, lo que le distingue del Derecho romano y está de acuerdo con el artículo 815.

Creemos que este razonamiento nos lleva a una solución importante y que destaca la diferencia entre el régimen de nuestro C. c. en materia de legado hecho a un legitimario y el régimen romano anterior a la Novela tantas veces citada, y es que en el Derecho romano cuando la inoficiosidad parcial quedó tutelada por la *actio ad supplendam legitimam* y no por la *querela inofficiosi testamenti*, el legado coadyuvaba a la desheredación haciendo inatacable el testamento, ayuda innecesaria en caso de institución del legitimario, mientras que en el Código civil el legado no exige una previa desheredación y limita o reduce el ámbito de la preterición en el sentido de excluirla, aunque no haya institución ni desheredación. Por esto nos parece claro que el legado a favor del legitimario tiene una función negativa de la pre-

(36) La institución impidió siempre la inoficiosidad total, pero, antes de introducirse la *actio ad implendam legitimam* el testamento podía ser atacado por la *querela*, a pesar de la institución, si había inoficiosidad parcial.

(37) No había inoficiosidad en caso de ingratitud, porque está eximia de los deberes de piedad hacia los más íntimos parientes.

terición en el mismo plano que la institución y la desheredación y con un valor jurídico o función positiva en materia de legítimas semejante a la institución y diversa de la desheredación, pero así como la institución es incompatible con la desheredación, el legado es compatible con la institución (prelegado) y también con la desheredación, lo mismo que en el Derecho romano, aunque, a diferencia de este Derecho, el legado es incompatible con la preterición.

Por tanto, el concepto de desheredación de nuestro C. c. es el romano anterior a la Novela CXV: negación a un legitimario de su cualidad de heredero y, si distinguimos la negación de un hecho de su desconocimiento, tenemos que aceptar que la desheredación es la privación expresa a un legitimario de su cualidad de heredero (38).

La desheredación es incompatible con la institución y compatible con el legado, que desempeña en materia de preterición una función equivalente a la institución de heredero, que es un subrogado de la misma a los efectos impeditivos de la preterición. Son compatibles legado y desheredación porque aquél es una disposición impeditiva de la preterición, mas no es un reconocimiento de la cualidad de heredero, lo que sería incompatible con la desheredación, que es la negación de esa cualidad de heredero latente en el legitimario.

La tutela de la inoficiosidad total o parcial, en caso de desheredación justa, es inaceptable en el régimen legitimario de nuestro Código civil, porque precisamente la justa causa de desheredación expresada en el testamento exime legalmente del cumplimiento de los deberes de piedad hacia los legitimarios y, por tanto, no hay inoficiosidad.

En caso de desheredación injusta, la inoficiosidad, sea total o parcial, no tiene relevancia jurídica en nuestro Código civil, el cual tutela la desheredación injusta anulando "la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado" (artículo 851), cuya tutela hace superflua la de la inoficiosidad (39).

Si la inoficiosidad está embebida en la institución de heredero, ésta se anula en cuota igual a la legítima del desheredado. Anulada la institución parcialmente, se abre la sucesión intestada en cuanto a ella y serán declarados herederos el legitimario desheredado, si es único, o todos los legitimarios, incluso los instituidos y los que sean legatarios y por vía de imputación en la partición se adjudicará al legitimario desheredado bienes suficientes para cubrir su legítima, con-

(38) La institución es el reconocimiento de cualidad de heredero latente en el legitimario y el legado un subrogado de ese reconocimiento limitado al efecto impeditivo de la preterición, por esto la desheredación no es incompatible con el legado hecho al legitimario, como ocurría en Roma, aunque allí desheredación y legado tenían misiones diversas; aquella impeditiva de la preterición, el legado ajena a ella y enervadora de la inoficiosidad.

(39) Si la inoficiosidad no reside en la institución sino en legados o donaciones, deberá exigir la reducción de los mismos y su declaración de heredero intestato, que será el título adquisitivo de la reducción.

forme a los artículos 1.075, 1.061 y 1.062, en relación estos últimos con la partición hecha por el contador testamentario o judicial.

Si la inoficiosidad es parcial, por existir donaciones, la solución es idéntica, pero el desheredado imputará a su cuota las donaciones y el resto lo recibirá en bienes herenciales.

Si hay desheredación injusta y no hay inoficiosidad, por cubrir las donaciones la cuota del desheredado, no juega el artículo 851, ya que no hay necesidad de anular parcialmente la institución, porque ésta no perjudica al desheredado, tampoco hacerle heredero intestado, porque, de un lado, no procede la apertura, ya que no hay bienes que adjudicar (artículos 764 y 912, 2.º), y de otro, el artículo 815 ha negado al legitimario el honor del título de heredero (40).

Hasta aquí nos hemos limitado a fijar el concepto de desheredación en nuestro C. c., resaltando estas notas: Es la negación de la cualidad de heredero a un legitimario. Es incompatible con la institución de heredero, tanto si es justa como si es injusta. Es compatible con las donaciones al desheredado. Es también compatible con los legados (41). No es preterición, ni aun la injusta.

El cambio introducido por C. c. en materia de desheredación ha sido éste: la desheredación injusta no es preterición y, a diferencia de ésta, anula la institución de heredero en cuanto perjudica al desheredado, mientras que la preterición la anula totalmente. El legado imputable a la legítima del legitimario es extraño a la desheredación, es ajeno a ella.

2) La preterición y el artículo 815.

Hasta ahora sabemos que la desheredación, sea justa o injusta, es distinta de la preterición y es, además, incompatible con ella en nuestro C. c. La distinción tiene su base legal en el cotejo de los artículos 814 y 848 y ss., que predicán distintos efectos jurídicos para una y otra: nulidad de la institución en la preterición (artículo 814), nulidad parcial en la desheredación injusta (artículo 851)

(40) Este problema, que no hemos visto planteado, sirve para fijar si hay o no preterición en caso de donación a un legitimario imputable a su legítima y en qué supuestos. Es un problema de zona límite, en ningún caso procede la acción de complemento, en caso de la desheredación y prevalece ésta, a pesar del 815 y la donación porque el supuesto del hecho de este artículo es de preterición, no de desheredación. No existiendo preterición, sino desheredación y no habiendo inoficiosidad a causa de las donaciones, el artículo 851 no puede entrar en juego, no hay nada que anular en aras a la legítima del desheredado. Si hubiese preterición, como su efecto no se mide, como veremos, por la legítima, sino por la nulidad de la institución, que las donaciones la cubran o no, no tiene relevancia jurídica.

(41) Creemos que la compatibilidad con los legados, aunque parezca extraña, no lo es. En el caso de la desheredación justa el testador puede querer condonar una deuda del desheredado (legado de perdón o liberación) o darle una cosa, pero no quiere que sea su heredero abintestato ni aun que pueda exigir el suplemento de su legítima. En el caso de la injusta, la cuestión es más chocante, pero no imposible y pueden existir las razones dadas para la justa, aunque no podría impedir la satisfacción de su legítima al amparo del 851.

y validez de la institución oficiosidad de la misma y de las demás disposiciones testamentarias y exclusión del desheredado como heredero abintestato en la desheredación justa (artículo 813, en relación con los artículos 848 y ss.).

Pero el concepto de preterición no podemos buscarlo únicamente en el artículo 814; este concepto hay que inducirlo del articulado relativo a la desheredación, de un lado, como ya hicimos, y de otro, del artículo referente a la acción de suplemento de la legítima, que es como hemos afirmado en otra ocasión (42), una acción de reducción de disposiciones inoficiosas, donaciones (artículos 654 y ss.), instituciones de herederos y legados (artículos 818, 820 y ss.), y este artículo es el 815.

La función del suplemento de la legítima ha sido impedir la *querela inofficiosi testamenti* en aras al principio de conservación del testamento (*favor testamenti*).

Esta misión se consagra en el artículo 815 del C. c., el cual, si quiere dársele un sentido idealmente romano, no admite otra interpretación que entender la acción de suplemento de la legítima, como la medida de la lesión de ésta, cuyo reverso es la acción de reducción de la disposición inoficiosa y no ver en el artículo 815 una adquisición *ex lege* (lo que contraría al sistema legitimario romano ideal, ya que sería un modo de adquirir autónomo, es decir, que no se adquiriría por testamento ni abintestato), sino una acción de reducción, cuyo título adquisitivo sería el de heredero intestado del legitimario lesionado.

Si en el artículo 815 queremos ver la consagración de la acción de suplemento de la legítima, nos desviamos del arquetipo de un ideal y puro sistema legitimario romano. Obsérvese que el artículo 817 legítima a los legitimarios para ejercitar la acción de reducción de las disposiciones testamentarias inoficiosas, y el artículo 655 los legítima para la reducción de las donaciones inoficiosas; si en el artículo 815 vemos una acción de suplemento de la legítima, tendríamos que verla como una acción no evolucionada desde el año 528 y retrógrada con relación al año 542, en que el legitimario, al tener que ser instituido heredero, tenía en su institución, normalmente, título para adquirir el suplemento o reducción, mientras que en el C. c., pudiendo ser el legitimario un legatario, no tendría otro título adquisitivo del suplemento, en este caso, que la ley referida en el artículo 609 genéricamente como título adquisitivo y concretada, entre otros casos, en el artículo 815, y no hay duda que esta interpretación nos desvía de un sistema legitimario romano puro.

Ahora bien, si en el artículo 815 vemos, no el modo de adquirir el suplemento, sino una exclusión de la preterición, que en el fondo no fue otra cosa la esencia y la función de la *actio ad implendam legitimam*, tenemos dos consecuencias importantes: una, que no nos

(42) Véase nuestra ob. cit., págs. 140 y ss.

desviamos del ideal sistema legitimario romano o de limitación de la libertad de testar y no incurrimos en la creación de un tercer género sucesorio (la sucesión forzosa) para dar título adquisitivo al legitimario de lo reducido, si fuese un legatario. El legitimario adquiriría como heredero testamentario, si su cuota hereditaria no está fijada rigidamente en el testamento, o como heredero intestado en los demás casos, o sea, cuando su cuota como heredero testamentario no admita el acrecimiento, aunque sí los legados caducados y cuando sea legatario o, en su caso, donatario. Otra, que el verdadero sentido del artículo 815 no puede ser la inoficiosidad, regulada explícita y específicamente en los artículos 654 y ss. y 817 y concordantes, sino la preterición.

En el Derecho romano la inoficiosidad total o parcial, entendida como incumplimiento de los deberes de piedad, discurre en un principio al margen de la preterición y tiene su tutela en la *querela inofficiosi testamenti*. Aparecida la *actio ad supplendam legitimam* en el año 528 (42 bis), la inoficiosidad parcial queda al margen de la *querela* y el suplemento se pide con dicha acción.

Este último período es el más afín a nuestro Código civil. La *querela* no procede en caso de inoficiosidad parcial, sino la acción de suplemento, lo mismo que en el C. c., y no hay preterición, aunque el legitimario no sea instituido heredero, sino inoficiosidad parcial, lo mismo también que en el C. c. Mas, como decimos, hay afinidad de régimen y no identidad. Las diferencias se centran: en el Derecho romano, el legado inferior a la *portio legitima* exige la previa desheredación, y si no hay *exhereditatio*, hay preterición, a pesar del legado. En el C. c. basta el legado para impedir la preterición.

En el Derecho romano, habiendo desheredación, no hay preterición ni inoficiosidad total, si hubo donación inter vivos o mortis causa, mas puede haber inoficiosidad total y jugar la *querela*, si no hubo donación. En el C. c., si hay desheredación, nunca hay preterición, haya habido o no donación inter vivos (la mortis causa no la creemos viable), la inoficiosidad total o parcial no tiene relevancia jurídica, pues en ambos casos prevalece la desheredación por ser tutela jurídica más enérgica, o quizás mejor específica, y juega el artículo 851 con su nulidad parcial de la institución en cuanto perjudica al desheredado y no la acción de suplemento referida el artículo 815, en caso de donaciones imputables a la legítima del desheredado.

En el Derecho romano, si hubo desheredación y justa causa que exima el testador del cumplimiento de sus deberes de piedad hacia sus más íntimos parientes, no hay preterición, ni inoficiosidad. En el

(42 bis) En rigor, la constitución de Constancio del año 361 por la cual el testador podía prever la rectificación de su error en el cálculo de la *portio debita* y ordenar al heredero que entregara la diferencia al *suis heres* o al *liber* perjudicado, implicaba más bien un legado condicional que una acción de suplemento propia, como sostuvimos ya en nuestra ob. cit. pág. 16.

C. c. hay justa causa de desheredación, no hay preterición, y el testamento es plenamente válido.

En el Derecho romano, si no hubo desheredación ni institución y se hizo una donación, hay preterición y no procede la *querela* ni la *actio ad implendam legitimam*. En el C. c. si no hubo institución, desheredación ni legado a favor del legitimario y sí donación entre vivos, no hay preterición, si la donación se reconoció en el testamento como imputable a la legítima del donatario, y hay preterición, en otro caso, mas esto será objeto de análisis más adelante.

En síntesis, en el Derecho romano y en el período comprendido entre los años 528 y 542, la institución y la desheredación del legitimario evitan siempre la preterición, lo mismo que en el C. c.; pero en éste también la impiden el legado a favor del legitimario y la donación reconocida en el testamento e imputable a la legítima del donatario; mientras que en el Derecho romano, el legado y la donación, si no van precedidas o acompañadas de la desheredación (43) no impiden la preterición. En el C. c. se distingue la desheredación en justa e injusta, distinción irrelevante en dicho período del Derecho romano. En el Derecho romano la inoficiosidad total precedida de desheredación o es irrelevante, si hubo causa de ingratitud, o es causa de la *querela inofficiosi testamenti*; mientras que en el C. c. la inoficiosidad total o no es tal, si hubo justa causa de desheredación, o es desheredación injusta, si no la hubo, o preterición, porque nada ha recibido el legitimario y no siendo viable la acción de suplemento para completar la legítima, porque este supuesto es marginal al artículo 815 (el heredero forzoso no ha recibido "por cualquier título menos de la legítima que le corresponda" sino que no ha recibido nada (44) en concepto de legítima) al 851 y a los artículos 848 y concordantes e incide en el supuesto de hecho del artículo 814.

Cierto que en los casos de desheredación injusta y preterición, si no hubo donación o donaciones imputables a la legítima del preterido o desheredado hay inoficiosidad total, pero esta es irrelevante, porque la tutela del legitimario por vía de desheredación o preterición es prevalente a la tutela de la inoficiosidad, no sólo porque es más enérgica en el caso de preterición y remedio específico en ambos supuestos, sino también porque la inoficiosidad total, que es negación o desconocimiento pleno de la legítima, no tiene medio jurídico de actuarse en nuestro C. c., si la sucesión forzosa no es un tercer género sucesorio del mismo (45).

(43) En el caso de institución del legatario (prelegatario) o del donatario, no hay en el C. c. preterición y tampoco la había en el Derecho romano.

(44) Bien porque el testamento no contiene título alguno (falta de mención del legitimario o mención del mismo, sin hacerle titular, es decir, sin nexo entre el sujeto y el objeto, ya que éste falta), bien porque conteniéndolo se rompió el nexo entre el sujeto y el objeto por destrucción o enajenación de éste y no es titular de nada el legitimario, ya que falta el objeto.

(45) Véase nuestra ob. cit. págs. 41 y ss., 53 y ss., 82 y ss., donde planteamos la cuestión de la sucesión forzosa.

En esta fase de Derecho romano la preterición hacía irrelevante la figura de la inoficiosidad total a efectos del ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*, que era acción subsidiaria. En el C. c. la preterición hace irrelevante la inoficiosidad total, irrelevancia que ocurre también en la desheredación injusta, porque son tutelas expresas y específicas. Incluso, aunque la inoficiosidad fuese parcial a causa de donaciones, no tiene relevancia alguna para enervar la preterición o desheredación injusta, sin perjuicio de las imputaciones procedentes de las donaciones para cubrir la cuota abintestato del desheredado. De ahí la diferencia con el Derecho romano, donde la inoficiosidad total en caso de desheredación, si el desheredado no había sido ingrato al testador, legitimaba para el ejercicio de la *querela*.

Equiparada en la novela CXV la desheredación injusta a la preterición y transformadas las causas de ingratitud que eximían de los deberes de piedad hacia los íntimos parientes haciendo oficioso el testamento en justas y específicas causas de desheredación, excluyentes de la preterición, la inoficiosidad total sólo podía existir en caso de preterición propia o simple o preterición por desheredación injusta y la tutela del legitimario por preterición excluyó la *querela* fundada en la inoficiosidad total; así acontece hoy en el C. c. para el cual tanto la preterición como la desheredación injusta hacen irrelevante y superfluo el concepto de inoficiosidad total.

La *actio ad suppleendam legitimam* en el período comprendido entre los años 528 y 542, encerraba la *querela inofficiosi testamenti* tanto en los casos de institución del legitimario en cosa o cuota inferior a su *portio legitima*, como en los de desheredación, con legado, donación *inter-vivos* o *mortis causa* a favor del desheredado inferiores a su *portio legitima*; pero después de la novela CXV, el ámbito de la *actio ad suppleendam legitimam* quedó restringido al primer supuesto, es decir, a la institución del legitimario en cosa o cuota inferior a su legítima. En la hipótesis de legado o donación hechos al legitimario sin institución, bien pretiriéndole, bien desheredándole injustamente, su tutela no actuó ni por medio de la *actio ad suppleendam legitimam* ni por medio de la *querela*, sino por vía de preterición.

El C. c. volvió a ampliar el ámbito de la acción de suplemento de la legítima al extender su actuación a los casos de legado inferior a la legítima y también, como vamos a ver, a los de donaciones imputables a la legítima reconocidas por el testador, pero no resucitó ni se sirvió del concepto de inoficiosidad total, que es consecuencia de preterición o desheredación.

El artículo 815 faculta al legitimario para exigir el complemento de su legítima, si *el testador por cualquier título le dejó menos* de ella. Pero el artículo 815 no dice cómo puede el legitimario pedir o exigir el complemento o suplemento de su legítima. La doctrina está de acuerdo en que no está facultado el legitimario para anular la institución de heredero, ya que el supuesto de hecho del artículo 815 excluye rotundamente la preterición regulada en el artículo 814. La

doctrina está de acuerdo que en caso de institución de heredero del legitimario en cosa o cuota inferior a su legítima procede el suplemento de la legítima y juega el artículo 815 y no el 814 y también en el supuesto de legado hecho al legitimario e imputable a su legítima total o parcialmente e inferior a la misma.

3) La preterición y la imputación.

La doctrina no se plantea el problema de si es supuesto de hecho del artículo 814 o lo es del 815 el legado imputable a la cuota libre hecho al legitimario o el imputable al tercio de mejora y si se lo plantea entiende que están comprendidos ambos casos en el artículo 815.

La doctrina discute si la donación hecha al legitimario es supuesto de hecho del artículo 814, es decir, de preterición o es hipótesis del artículo 815, o sea de suplemento de legítima y no distingue, si la donación es colacionable o no, si es imputable a la cuota libre, al tercio de mejora o a la legítima del donatario.

La imputación es una figura jurídica inexcusable en un sistema legitimario, no sólo cuando en el reparto del *donatum* y *relictum* del causante o solamente de la herencia, concurren legitimarios y extraños, sino también, cuando concurriendo legitimarios solamente hubo donaciones y legados.

La imputación es la atribución de una donación, de un legado o de un bien herencial a la cuota libre, al tercio de mejora o a la legítima.

La imputación en los legados de cosa o cantidad y en las donaciones principia en el acto de otorgarlos y se fija en la partición; mientras que en las instituciones de herederos se fija en la partición, y en los legados parciarios puede decidirse al otorgarse el legado o fijarse en la partición.

La institución de heredero impide siempre la preterición, porque es extraña a ella la imputación.

La imputación es inexcusable en la donación y en el legado no parciario.

La imputación puede ser un medio de concreción del legado parciario, que se completa en la partición al adjudicarse bienes herenciales.

a') La imputación de los legados hechos a un legitimario.

Si no se imputa, impide la preterición, por razón del *favor testamenti*, cuyo principio está recogido en el artículo 743, que exige imputarlo a la legítima del legatario.

Si se imputa a la legítima total o parcialmente, también se impide la preterición.

Si se imputa a la cuota libre y no la cubre, hay preterición, ya que no puede entrar en juego el artículo 815, pues no hay base para un suplemento de la legítima, ya que el legitimario tiene que reclamarla íntegramente y el concepto de inoficiosidad total es extraño a nuestro C. c., ya que no hay otro medio de actuarlo que reconociendo en la legítima un tercer género sucesorio. De ahí, que sea la preterición

el medio adecuado para cumplir con la prohibición especial de disponer que implica la legítima en cuanto al testador y con el medio de tutela del legitimario para que se le atribuya, como mínimo dicha cuota abintestato. Por otra parte el complemento de cero es absurdo, ya que es todo y no complemento (46).

Si el legado no puede imputarse íntegramente a la cuota libre, el exceso se imputa a la legítima y juega el artículo 815, no habiendo preterición (47).

Si el legado se imputa al tercio de mejora, como la mejora sólo es legítima frente a extraños, no entre descendientes, respecto de los cuales sólo es legítima cuando deja de ser mejora, y como en este caso es mejora y no es legítima, hay preterición, ya que no hay suplemento de cero y no puede jugar el artículo 815 (48).

Si el legado imputado al tercio de mejora excede de éste, el exceso se imputa a la legítima, conforme al artículo 829 y no hay preterición, sino que estamos en un supuesto de hecho del artículo 815 (49).

La tutela del legitimario por preterición, en caso de legado se apoya: 1.º En la inviabilidad de la figura de la inoficiosidad total en nuestro C. c., que por otra parte pugna con un legado, que no es imputable a la legítima del legatario por expresa voluntad del causante. 2.º En que el *favor testamenti* contrariaría abiertamente la voluntad del testador al ser necesario alterar la imputación contra lo expresamente dispuesto por él. 3.º En que el suplemento que evita la preterición, es el de la diferencia entre la "portio legítima" del legatario y la cosa o cuota (en caso de legado parciario) atribuida a la misma y no entre la legítima y el legado que directamente no guardan relación, ya que aquélla es una limitación a la libertad de testar, algo negativo, y éste es un título adquisitivo mortis causa, algo positivo. Legítima y legado se comunican subterráneamente en el túnel abierto por la imputación. 4.º En que superada la negación de la preterición en la institución o en la desheredación, fundida la inoficiosidad total en la desheredación injusta y en la preterición y concretada la inoficiosidad parcial en el suplemento de la legítima, como diferencia entre lo debido al legitimario y lo recibido por éste, no cabe el complemento de cero ni con ello el suplemento de la legítima sin disposición a ella imputable, ya que la legítima en caso de vulnerarse sólo puede actuarse en el legitimario, anulando la institución total (preterición) o parcialmente (desheredación injusta) o reduciendo la disposición inoficiosa (donación, institución o legado) a fin de que lo dispuesto por el testador o donante contrariando la legítima sea ad-

(46) En contra, VALLET DE GOYTISOLO: "El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles". A. D. C., t. XX, fasc. I y separata, pág. 37.

(47) Véase nuestra ob. cit., págs. 183 in fine y s.

(48) En contra, VALLET DE GOYTISOLO, ob. y lug. cit.

(49) Véase nuestra ob. cit., págs. 184 y s., para este caso y para el anterior.

quirido por el legitimario abintestato y no como heredero forzoso y en virtud de un tercer género sucesorio, que no está reconocido como modo de adquirir mortis causa los derechos reales en el artículo 609 del C. c., ni los créditos en el artículo 1.257, entre otros.

Si en los casos de legados no imputables a la legítima del legatario por expresa disposición del testador, ha recibido el legitimario donaciones imputables a ella, ¿hay o no preterición? Podría argumentarse negativamente, porque hay reconocimiento por el testador, en el testamento claro es, del legitimario con el legado y suplemento de la legítima, porque ha recibido una parte de ella con la donación. La imputación de ésta admite suplemento y el legado impide la preterición. Pero, ¿es el legado reconocimiento?

Aunque éste es para nosotros un caso límite, hay preterición, porque no hay nexo entre legado y donación, sino una suma aritmética que no impide la preterición por falta de articulación en el mismo título. La donación no la impide, porque no la reconoce el testador, que es quien puede reconocerla y no el donante y el legado lo hace el testador pero no es imputable a la legítima. Estamos en ambos casos fuera del artículo 815. Y así lo veremos cuando lo examinemos más detenida y aisladamente.

Esta tesis de la preterición a pesar del legado a favor del legitimario, es un poco absurda, si se piensa en el caso extraño de que el testador disponga de un legado a favor del legitimario ordenando que lo impute a la cuota libre y nada disponga en pago de su legítima, mas si se piensa en la hipótesis de dos legados, uno imputado a la cuota libre y otro en pago de la legítima y el testador revoca este último en un testamento posterior o en virtud de destrucción, transformación o enajenación de la cosa legada (50) queda sin efecto; la preterición como solución es quizás la más justa, tanto si la cosa legada en pago de la legítima excede con mucho del valor de ésta como si es igual o inferior a ella, pues en todos los casos lo único claro de la voluntad del testador respecto al legitimario, es que el legado no se impute a su legítima y lo único claro en la ley es que ésta debe ser recibida por el legitimario a título de herencia testada o intestada.

b') La donación a favor de un legitimario.

La cuestión es más compleja que en legado, porque al problema de la imputación indispensable para que actúe o no el artículo 815, se une el que el propio artículo plantea al usar la palabra testador, la frase "*cualquier título*", en relación con los artículos 819, 825 y 1.036 que imputan las donaciones a la legítima y, por tanto, el donatario legitimario ha recibido una cosa o varias del causante imputables a ellas, lo que en principio le sitúan en el caso de exigir un suplemento y no toda la legítima.

La esencia de la preterición ha residido en el desconocimiento por

(50) Sobre el artículo 869, en relación con la legítima, insistiremos más adelante.

el testador de sus legitimarios como herederos en potencia no en acto. La de la inoficiosidad en el incumplimiento total o parcial de los deberes de piedad para con los legitimarios, concretados en cosas donadas o en cosas o cuotas de la herencia equivalentes a una fracción de ésta.

La inoficiosidad total después de la novela CXV quedó absorbida en la preterición, sea simple o propia o sea desheredación injusta, siendo imposible sin preterición. La inoficiosidad parcial o era preterición o se remediaba con la *actio ad supplendam legitimam*, habiendo sido desterrada en todos los casos la *querrela inofficiosi testamenti*, que había nacido como única y exclusiva tutela de la inoficiosidad.

En el Derecho romano la donación no impidió ni afectó nunca a la preterición, tanto cuando la institución o la desheredación la impedían, como cuando sola la institución y la desheredación justa la evitaban. La donación afectaba a la inoficiosidad, impidiendo la *querrela* cuando cubría la *portio debita*; más tarde, después del año 528, aun cuando no la cubriese, por el juego de la *actio ad implemdam legitimam*; y finalmente después de la novela CXV podía evitar esta acción o reducir la cuantía del suplemento, mas siempre que el donatario fuese heredero, en otro caso había preterición.

En el C. c. la cuestión de la donación presenta afinidades y divergencias con el Derecho romano.

Se reduce el campo de la preterición excluyéndose de él, no sólo la desheredación justa e injusta, sino también el legado u otra disposición imputable a la legítima.

La inoficiosidad total no tiene relevancia jurídica en los casos de desheredación injusta y preterición, ya que se transmutó a una y otra.

La inoficiosidad total no es tal en caso de desheredación justa y también carece de relevancia jurídica.

La inoficiosidad parcial, en caso de disposición singular no imputable a la legítima, no es inoficiosidad parcial, sino total, porque la inoficiosidad es concepto inseparable de la legítima y hay preterición, ya que no cabe la acción de suplemento de la legítima, sino la atribución abintestato de toda la legítima como mínimo y esto sólo puede lograrse por vía de preterición.

La inoficiosidad propia se resuelve en el suplemento de la legítima en caso de institución de heredero o de legado a favor del legitimario, mas en el caso de donación caben teóricamente dos vías, la preterición y el suplemento de la legítima. Si procede una u otra o si procede unas veces una y otras otra, es cuestión de interpretación del artículo 815 en relación con el 819, 825 y 1.036 que pasamos a examinar.

“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.” (Art. 815.)

“Las donaciones hechas a los hijos que no tengan el concepto de mejoras se imputarán a su legítima.” (Art. 819-I.)

“Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos, se reputará mejora si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar.” (Art. 825.)

“La colación no tendrá lugar entre herederos forzosos si el donante así lo hubiere dispuesto expresamente...” (Art. 1.036) y la función de la colación de las donaciones es computarlas “en la regulación de las legítimas”. (Art. 1.035.)

Del artículo 815 se desprende que la acción de suplemento procede y, por tanto, excluye la preterición, cuando el testador haya dejado por cualquier título algo imputable a la legítima.

De los demás artículos y literalmente del 819, se desprende que las donaciones son en determinados casos imputables a la legítima del donatario.

Por tanto, en principio, la donación es uno de los títulos por los que puede disponerse de algo imputable a la legítima.

Mas el artículo 815 habla del testador y no del testador o donante, luego, la palabra “testador”, excluye, en principio, la donación ya que es el testador quien tiene que dejar algo y la donación no es negocio jurídico vaciable en el molde testamentario, sino en el del contrato.

No obstante, toda donación inter vivos tiene un reflejo sucesorio que se manifiesta en la imputación, cuando el donante fallece dejando legitimarios. De ahí que la donación como el legado se comuniquen subterráneamente con la legítima del donatario por el túnel de la imputación.

Ahora bien, el legado es una disposición testamentaria y a la vez un título creado por el testador, mediante el cual puede dejar total o parcialmente la legítima, cumpliendo, sin duda, con los requisitos del artículo 815; pero la donación es un título creado por el donante y fuera del testamento, de ahí que falte el requisito del testador exigido en el artículo 815 y que impide su juego. Es indudable que el testador en su testamento puede alterar la imputación de lo donado (51) en algunos casos (artículos 827 y 819) mas no en otros (artículos 826 y 1.036).

Cuando el testador altera la imputación de la donación o confirma la imputación que causó la donación al otorgarse en el testamento, estamos en el supuesto de hecho del artículo 815, ya que es el testador y no el donante quien “por cualquier título” (donación) deja algo al legitimario con imputación a su legítima.

De ahí, que la donación sólo impida la preterición cuando sea reconocida en el testamento, alterando la imputación del bien o bienes donados, del tercio de mejora o de la cuota libre a la legítima del

(51) Véase sobre esto nuestra ob. cit., págs. 187 y ss., y también sobre dispensa de la obligación de colacionar, las págs. 180 y ss.

donatario (artículo 827) y revocación de la dispensa de la obligación de colacionar hecha en un testamento anterior) u ordenando la imputación de la donación a la legítima, sin alteración alguna.

Si el testador no se refiere en su testamento a la donación hecha al legitimario, hay preterición, porque el supuesto de hecho del artículo 815 es la disposición del testador imputando a la legítima "por cualquier título" y no por el donante, lo cual es acorde con el momento de la preterición, que es el de la muerte al cual se lleva el testamento como veremos al estudiar la preterición formal y material y no la donación inter vivos.

Si el testador omite en su testamento al legitimario hay preterición, ya que el presupuesto evidente del artículo 814 es el testamento y no la donación. La preterición vive y se nutre en el testamento, sin testamento no hay preterición en nuestro C. c.

La preterición para que sea relevante jurídicamente ha de tener lugar en el testamento, subsistir a la muerte del testador bien sea coetánea al testamento, bien sobrevenga después, incluso muerto el testador por la ficción legal creada en beneficio del concebido. (Art. 29.)

La mención del legitimario sin referencia a la donación y sin disponer por otro título de algo imputable a su legítima ¿impide la preterición o no? (52)

Esta cuestión en materia de donaciones, la de legados en los supuestos de hecho del artículo 869, la mención del legitimario sin disposición por el testador a su favor, ni aun reconociendo una donación, el legado de cosa ajena a un legitimario, el pago de la legítima en dinero no herencial, etc., sólo pueden resolverse determinando, si la mención del legitimario ha de ser como titular de un derecho, como elemento personal o sujeto de una titularidad o como mero o simple conocimiento de sus legitimarios a fin de presumirle un sano juicio al demostrarnos que recuerda el nombre de pila de todos ellos o al menos su número.

Este problema es el de la relevancia jurídica de la distinción de la preterición en formal y material.

Antes de entrar en él vamos a matizar algo más los casos de preterición en el Código civil.

4) Casos claros y dudosos de preterición en el Código civil.

Resumiendo los resultados alcanzados hasta ahora en torno al concepto de preterición, parece seguro que no existe en los siguientes supuestos:

- 1.º Cuando el testador deshereda justa o injustamente al legitimario.
- 2.º Cuando el testador instituye heredero al legitimario.
- 3.º Cuando el testador hace un legado al legitimario imputable total o parcialmente a su legítima.

(52) VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 38, excluye la preterición, si el testador menciona la condición familiar del legitimario, aunque sin referirse a la donación.

4.º Cuando el testador imputa a la legítima del donatario una donación o reconoce en el testamento la imputación de la donación a la legítima sin alterarla.

También hay algún caso claro de preterición, como es la omisión absoluta del legitimario en el testamento sin haberle hecho ninguna donación o habiéndosela hecho (53). Mas entre los supuestos claros de preterición y de exclusión de la misma, hay otros discutidos como son:

1.º Mención del legitimario en el testamento sin disponer nada a su favor.

2.º Mención del legitimario legándole una o varias cosas, pero ordenando su imputación fuera de la legítima.

3.º Mención del legitimario habiéndole hecho una donación imputable o no a la legítima, pero sin acordarse de ella en el testamento (54).

4.º Mención del legitimario reconociéndole una donación, pero imputable ésta a la cuota libre o al tercio de mejora o pretendiendo revocar la imputación para hacerla a la legítima del donatario, siendo irrevocable la imputación.

5.º Mención del legitimario haciéndole un legado imputable o no a su legítima, pero que deviene ineficaz en los supuestos del artículo 869.

6.º Mención del legitimario como legatario de cosa ajena o de dinero no herencial.

7.º Mención del legitimario en una disposición a su favor sujeta a condición, plazo o gravamen.

8.º Mención del legitimario revocándole una disposición anterior.

De esta casuística enumeración se desprende que no hay preterición cuando hay desheredación, institución del legitimario, legado a su favor imputable a su legítima o donación con la misma imputación hecha o reconocida en el testamento.

Las diferencias con el régimen anterior son: la desheredación injusta, el legado y la donación, que ahora excluyen la preterición en los casos que vimos.

Las diferencias con el régimen romano inmediatamente anterior a la Novela CXV son: el legado y la donación, ésta en algunos casos, excluyen la preterición, mientras que en el Derecho romano posterior al año 528 excluían siempre la *querela inofficiosi testamenti*, y si cubrían la *portio legitima*, excluían también la *actio ad suppleendam legitimam*; pero en el régimen anterior al año 528 sólo excluían la *querela inofficiosi testamenti*, si eran suficientes para cubrir la legítima; mas en ningún caso excluían por sí la preterición.

(53) De acuerdo, VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 37.

(54) El caso expresado en el número 3.º ha sido examinado por nosotros como supuesto de preterición, anticipándolo por razones de exposición.

La solución de los casos dudosos exige el planteamiento de estas cuestiones, que en parte ya anticipamos:

1.º Si la mención del legitimario es la simple, o es la que implica el elemento personal de un negocio jurídico adquisitivo *mortis causa* (legado o institución de heredero) o *inter vivos* con repercusión *mortis causa* reflejada en la imputación (donación *inter vivos*) o, en otra palabra, la que individualiza el sujeto de una titularidad, de un título adquisitivo, al cual se refiere evidentemente el artículo 815 del C. c.

2.º Si el título adquisitivo ha de referirse a una cosa o cuota de la herencia imputable a la cuota legitimaria o basta que sea herencial o dispuesta por el testador por vía de donación; en otros términos, si el cumplimiento de los deberes de piedad, inseparables, como veremos, de la disposición a favor del legitimario, al menos parcialmente, ha de hacerse sobre la cuota legitimaria o puede hacerse sobre el *relictum* o el *donatum*. De ser cierto lo primero, prevalecería la especial prohibición de disponer en qué consiste la legítima sobre la adquisición del legitimario en el *relictum* o el *donatum*, de suerte que aquél podría reclamar la nulidad o reducción de la disposición que por haberse agotado la cuota libre recayese sobre su legítima, según el orden del artículo 820; de ser cierto lo segundo, habría un fenómeno equivalente a una alteración automática de imputaciones contrarias a la voluntad del testador o donante, prevaleciendo el *quantum* del legitimario sobre la prohibición de disponer en qué consiste la legítima.

3.º Si la oficiosidad total o parcial verificada a través de una donación, sin mención del legitimario en el testamento o con mención ajena a la donación es o no preterición.

4.º Si la inoficiosidad cualitativa implica preterición o si se tienen por no puestas las condiciones, gravámenes o plazos contrarios a la intangibilidad cualitativa de la legítima.

D. LA PRETERICIÓN FORMAL Y MATERIAL

La postura que se adopte ante estas tres cuestiones decide en un sentido positivo o negativo la distinción de la preterición, propugnada por nosotros, en formal y material.

Si para enervar la preterición en nuestro C. c. es necesario conferir al legitimario un título adquisitivo de alguna cosa imputable a su legítima, no bastando la mera mención o la atribución de alguna cosa fuera de la cuota legitimaria, sea el bien herencial, sea extrahereditario, es claro que el concepto de preterición es distinto del que resaltamos en las dos fases del Derecho romano: aquella en que los *sui heredes* y los *liberi* habían de ser instituidos o desheredados para impedir la preterición y que en caso de desheredación, aunque nada recibiesen no había preterición, sin perjuicio de que más tarde apare-

ciese la inoficiosidad, y aquella otra en que sólo la institución o la desheredación justa impedían la preterición, mas no el legado ni la donación.

En el Derecho romano la desheredación, y más tarde sólo la justa, impedía la preterición; en el C. c., la desheredación impide siempre la preterición. En este caso la mención del legitimario por el testador privándole expresamente de la herencia excluye la preterición.

Pero en la Novela CXV la atribución al legitimario de una cosa o cuota superior a su legítima, sin instituirle heredero, es preterición, la forma, la institución es la única disposición que enerva la preterición. El cambio respecto al régimen anterior no es tan radical como parece; sólo afecta a la desheredación injusta, ahora preterición y antes desheredación, mas la institución era también la única disposición que impedía la preterición. Es la preterición que hemos llamado formal (55).

En el C. c. la atribución al legitimario de una cosa o cuota igual o superior a su legítima a título de herencia, legado o donación, impide la preterición, si la hace el testador. Es la preterición que hemos llamado material, porque la simple mención, que no implique una titularidad jurídica, es preterición, lo cual resalta que la atribución material en concepto de legítima es lo decisivo y no el título.

a) La crítica de VALLET DE GOYTISOLO.

Esta clasificación ha merecido a VALLET DE GOYTISOLO (56) el siguiente juicio desfavorable: "La distinción propugnada recientemente 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 legitimarios en línea recta, según hemos visto, carecería de sentido su mantenimiento si se hubiera confundido con la inoficiosidad total."

Para avalar el concepto de preterición material en el C. c. había citado (57) la opinión de SANZ, donde parece claro, y VALLET DE GOYTISOLO (58) nos objeta que esa clasificación "no la establece:

(55) Véase nuestra ob. cit., págs. 102 y ss. y 108 y ss.

(56) Ob. cit., pág. 39.

(57) Véase nuestra ob. últ. cit., pág. 105.

(58) Ob. cit., pág. 39, nota 138.

ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, 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". Si el concepto de SANZ no es de preterición material, lo siento, porque sigue pareciéndome muy claro. Lo que no veo claro es que se exijan dos requisitos para la preterición, se incumpla uno y sea lo mismo que si se cumpliesen los dos. No atribuyo a SANZ una clasificación, sino un concepto, el de preterición material.

b) Análisis de esta crítica.

1) La mención testamentaria del legitimario.

Aunque preterir es literalmente omitir, olvidar, silenciar, jurídicamente es aún más restringido el concepto. La mera mención del legitimario es preterición. La mención del legitimario atribuyéndole ciertas cualidades personales también lo es. La mención nombrándole albacea, contador partidador o administrador de la herencia, tutor, protutor o vocal del Consejo de familia, implica preterición. La mención del legitimario haciéndole un legado que después se revoca o deviene ineficaz por enajenación de la cosa legada, su destrucción o transformación, es preterición. El reconocimiento en el testamento de una deuda real a favor del legitimario, también implica preterición.

En ninguno de los casos relacionados puede el legitimario reclamar su legítima, ni como heredero testamentario ni como heredero intestado, si no admitimos la preterición como medio para que, anudada la institución, pueda recibirla *ab intestato*. Si nuestro sistema legitimario es el romano, negativo o de freno, donde sólo hay dos modos de adquirir por testamento o abintestato, no originando la legítima un tercer género sucesorio, la sucesión forzosa, no vemos cómo adquiriría el legitimario sin anular la institución o reducir las disposiciones inoficiosas para que el legitimario adquiera *ab intestato*.

El concepto de inoficiosidad total es desconocido o, si se quiere, irrelevante en nuestro C. c., ya que está absorbido en la preterición y en la desheredación injusta, y si quiere verse inoficiosidad total fuera de ellas, hay que admitir que la legítima se adquiere "ex lege", como sucesión forzosa o arbitrar otro medio o modo de adquirir.

La voluntad del testador respecto al legitimario mencionado en cualquiera de estas formas no mira ni contempla ningún deber de piedad hacia él, cuya medida legal y suficiente es la legítima.

Entender que quiso darle el mínimo es arbitrario a todas luces ver una voluntad testamentaria concretada en la legítima del legitimario mencionado es hacer nuestro sistema de sucesión forzosa y no de freno de la libertad de testar, es componer arbitrariamente la voluntad del testador. Negar relevancia jurídica a esa voluntad en lo abstracto, en lo inconcreto, por su indeterminación, es la solución a que conduce la preterición donde es aún más relevante el no ejercicio de los poderes que respecto a la cualidad de heredero latente en

legitimario tiene, lo cual causa una responsabilidad en el testador concretada en la disposición de su herencia.

En los casos de legado a favor de un legitimario revocado por enajenación o destrucción de la cosa, referidos en el artículo 869, VALLET DE GOYTISOLO (59) principia por afirmar "que si el vicio de preterición es fundamentalmente de carácter formal, el supuesto de que vamos a tratar no debe plantearse precisamente con relación al objeto... del legado revocado, sino con referencia al testamento que contiene la disposición...", y más adelante dice "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 que en este caso no puede haber preterición, sino inoficiosidad total, en el supuesto de que tras la ineficacia del legado no restare al legitimario derecho 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, 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."

Esta postura de VALLET DE GOYTISOLO contraría la naturaleza romana de nuestro sistema legitimario, que tan magistralmente defendió en sus Apuntes de Derecho sucesorio.

Nosotros disintimos de ella ahora como antes (60), cuando la había defendido Cámara.

Que el vicio de preterición sea fundamentalmente formal, después del Código civil, no lo creemos; que lo haya sido en el Derecho anterior, lo hemos sostenido siempre. La preterición la causaba la no institución o la no desheredación justa (la cual era excepcional). La institución (61) necesariamente, como demostramos, implicaba la satisfacción total o parcial de la legítima, incluso cuando el activo era inferior al pasivo, porque en este caso no había legítima. El legado y la donación que cubrieran la legítima no impedían la preterición. La preterición era un vicio formal: no institución.

En el C. c. el legado y, con ciertos requisitos, la donación, im-

(59) Ob. cit., págs. 42 y ss., de acuerdo con la postura de CÁMARA: "Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil". Centenario de la Ley del Notariado. Sec. 3.ª, vol. I. I. E. Reus, Madrid 1964, págs. 799 y ss.

(60) Véase nuestra ob. cit., págs. 109 y ss.

(61) No vamos a examinar el supuesto excepcional de la institución en cosa ajena, que, en principio, sería un legado y sería muy difícil interpretarlo como institución.

piden la preterición en el mismo plano que la institución de heredero. Institución, legado y donación son los tres títulos sucesorios con los que el testador puede enervar las facultades de impugnación del legitimario o cumplir sus deberes de piedad, y los tres impiden la preterición, conforme al artículo 815. Lo fundamental es ahora la atribución y no el título, es el objeto del negocio jurídico *mortis causa* (institución o legado) o *inter vivos* (donación reconocida en testamento), siendo indiferente el título, mientras que en el Derecho anterior había un solo título, la institución.

El C. c. ha cargado el peso en la atribución, en el objeto del negocio jurídico, aboliendo el privilegio de la institución como único título viable para la atribución enervadora de la preterición. Lo fundamental ahora es la atribución y la forma o título con que se haga es accidental, cualquier título apto para una atribución a la legítima (imputación) es válido en nuestro Código civil. La atribución de una cuota o cosa herencial, que es inseparable de la institución de heredero en una herencia solvente (única en la que hay cuota legitimaria), impide siempre la preterición y la inoficiosidad total y ha pasado con el mismo sentido al Código civil. Este, con la admisión, además, del legado, y en ciertos casos, de la donación, impidiendo la preterición y la inoficiosidad total, lleva a la atribución y no al título, el problema de la preterición.

La preterición es inseparable del testamento, mas el momento decisivo para calificar la preterición no es el del otorgamiento del testamento, sino la muerte del testador, en el que se funde por la ficción legal de la retroactividad el nacimiento del póstumo. La preterición del legitimario que premuere al testador no es tal, mientras que la preterición del legitimario que adviene a tal por muerte, incapacidad o desheredación de otro que lo era al otorgarse el testamento, la del cuasi-póstumo y la del póstumo, es preterición.

El momento de la preterición es el de la muerte del causante y no el del otorgamiento del testamento, y creemos asimismo que lo relevante no es la existencia de la cosa al otorgarse el testamento, sino al fallecer el causante (62), momento en que entra en vigor.

La inoficiosidad total era una figura en función de la *querela inofficiosi testamenti*, irrelevante desde el momento en que fue inseparable de la preterición, y la desheredación injusta era preterición. Tutelándose ésta, era superflua la *querela* e improcedente como remedio subsidiario. No pudiendo ejercitarse la *querela* en los casos de preterición, no convencen las posturas que pretendían hacerla un remedio de la preterición; para nosotros es más convincente explicar que el nombre se conservó, vacío de contenido, para individualizar la acción del preterido y con un sentido idéntico al *ius dicendi nullum*.

(62) En el caso de perecimiento de la cosa legada después de muerto el testador y "sin culpa del heredero", o siendo éste culpable, no hay preterición. Si la pérdida fuese causada por evicción, el problema es otro, o sea, si era o no herencial.

Nuestro C. c. no ha resucitado la figura de la inoficiosidad total, sino que siguió fundida en la preterición y ahora en la desheredación injusta y no la ha resucitado, como ya dijimos: 1.º Porque sería un concepto estéril frente a los remedios de la preterición y la desheredación injusta, y superflua con estos remedios específicos. 2.º Porque no puede defenderse en un sistema legitimario romano la figura de la inoficiosidad total sin afirmar que la legítima es un modo de adquirir *mortis causa* (sucesión forzosa o sistema germánico) o explicar cómo adquiere, con qué título adquiere el legitimario lesionado, que no puede ser como heredero abintestato, ya que el testamento dispone de toda la herencia y no hay margen para la apertura de la sucesión intestada. 3.º Porque el suplemento de la legítima es el complemento de la atribución de una adquisición *mortis causa* conferida en el testamento o reconocida en el mismo por el reflejo sucesorio de la donación entre vivos y no el complemento de cero, que no es complemento, sino todo, siendo éste el sentido histórico de la acción de suplemento, consagrado en el artículo 815, con la novedad de que puede complementarse no sólo la institución de heredero lesiva para el legitimario, sino también el legado y con ciertos requisitos la donación.

El reconocimiento de la legítima es reconocimiento de la especial prohibición de disponer en qué consiste y en nuestro caso no hay tal reconocimiento, porque el testador dispuso de toda la herencia excluyendo toda asignación a esa legítima, ya que la hecha quedó ineficaz en el momento decisivo de la preterición, la muerte del testador y como consecuencia de su ineficacia dispuso de toda la herencia excluyendo toda atribución al legitimario a quien había hecho el legado. Si el testador expresa o implícitamente ordena la subrogación real estamos ante un legado de cosa herencial al legitimario y no hay preterición, mas si no puede inducirse una subrogación real hay preterición.

Prácticamente los resultados de este reconocimiento son plenamente insatisfactorios, no sólo desde el punto de vista de los móviles que inducen al testador a la enajenación o de las causas de la pérdida, sino también del valor de la cosa legada que puede ser muy superior al de la cuota legitimaria o igual o inferior a ella. En los dos últimos casos, no tendrá transcendencia práctica, pero en el de tener un valor superior, sí. Tampoco es lo mismo que la enajene (63) para revocar el legado, porque le paguen un precio desorbitado, porque se traslade

(63) Entendemos contra la letra del artículo 869 ("aunque sea por nulidad del contrato"), que si ésta está viciado de error, dolo, violencia, intimidación o incapacidad del testador, o es nulo por ser contrario a la ley, no estamos en casos de ineficacia del legado, ya que las cosas no salieron del patrimonio del testador, sino que la palabra "nulidad" es utilizada equivocadamente y debe aplicarse a los supuestos de rescisión, revocación y resolución en que el negocio jurídico, rescindido, revocado (donación) o resuelto es válido y la cosa salió del patrimonio del testador y no hay un precepto convalidante, como el 862-II, sino, al contrario, que impide la convalidación. La excepción, en el caso de retroventa, apoya nuestro punto de vista de que la cosa debe salir del patrimonio del testador en virtud de un negocio válido, no nulo.

de residencia, haya perdido utilidad para su hijo, o por enfriamiento de las relaciones, ni que pierda la cosa legada por un hecho fortuito, culpable del testador o le sea expropiada.

Por último, un negocio jurídico sucesorio (legado) sin objeto o un título sucesorio (legado) sin objeto es nulo. El reconocimiento genérico de la legítima hecho sin concreción de bienes para satisfacerla o es un legado parciario o es una disposición nula por falta de objeto. Si del testamento se desprende lo primero, no hay preterición, si lo segundo la hay.

La mención del legitimario que enerva la preterición (64) es única y exclusivamente la referida en el artículo 815, como hemos reiteradamente expuesto. Y esta mención es la del heredero forzoso (legitimario) "a quien el testador" (otorgante de un testamento) "haya dejado por cualquier título" (título adquisitivo: herencia, legado y donación, está en los términos que vimos) "menos de la legítima que le corresponda" (no en el caso de no dejarle nada). La mención del legitimario ha de ser individualizándole en el título adquisitivo, confiriéndole una titularidad, identificándole como sujeto activo o adquirente en un negocio jurídico *mortis causa*.

La mención del legitimario extraña al título referido en el artículo 815 (65) o la mención en un título adquisitivo ineficaz por falta de objeto, no confiere titularidad, no es el título referido en el artículo 815, es extraña a este precepto y no impide la preterición.

Creemos que los supuestos dudosos incluidos en los números 1.º y 5.º son casos claros de preterición, fundados en que la mención del legitimario ha de ser como sujeto de una titularidad consagrada en el título referido en el artículo 815, cuyo título ha de ser el modo de adquirir el objeto a que se refiere el mismo.

Donación del legitimario con mención testamentaria extraña a la donación.

Para VALLET DE GOYTISOLO (66) si la mención encierra el reconocimiento de la condición familiar del legitimario, a quien el testador hizo una donación, pero sin referirse a ella en el testamento, sino hay duda de que nada quiere dejarle en el testamento, no hay preterición.

Nuestra solución es la opuesta, Ya viene prejuzgada de la interpretación que dimos al artículo 815, donde la mención es la propia del elemento personal de un negocio jurídico, del sujeto de un derecho, que determina su titularidad, su título adquisitivo. De ahí, que cualquier otra mención es irrelevante a efectos de preterición.

(64) Prescindimos ahora de la desheredación injusta.

(65) En contra, VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 38, letra e).

(66) "El deber formal de instituir herederos", cit., pág. 38, letra f, inciso final.

A este argumento, debemos añadir otro, ya aducido o insinuado por nosotros, que carga el peso en el momento en que la preterición tiene valor jurídico.

Este momento se centra y concreta en el acto mismo de la muerte del testador, al cual se lleva no sólo el momento del otorgamiento del testamento, como medio de expresión de la voluntad última o postrera, que entra en vigor con la muerte, sino también el nacimiento de los legitimarios póstumos, en virtud de una ficción legal o retroactividad de su nacimiento al tiempo de su concepción.

La preterición es, fuera de la desheredación injusta, la no atribución a los legitimarios del testador de su legítima, total o parcialmente. Esos legitimarios son los existentes a la muerte del testador, no al tiempo de hacerse el testamento, hay preterición tanto respecto de los cuasi-póstumos y póstumos, como los que advienen por premoriencia, desheredación justa e incapacidad de los que eran legitimarios al otorgarse el testamento. En la preterición se valora el momento solemne del testamento, pero no en el día de su otorgamiento, sino en el de la muerte del testador.

El momento de la donación, como acto *inter vivos*, no tiene relevancia jurídica alguna a efectos de la preterición y su reflejo *mortis causa* (imputación y colación) no se lleva al momento del testamento. El testamento, como ley de la herencia, no puede desconocer la posición jurídica de heredero latente en el legitimario y si la desconoce, surge la cualidad de heredero del legitimario, como sucesor abintestato, anulando la institución de heredero o previa reducción de las disposiciones inoficiosas.

En el testamento y a efectos de la preterición, lo esencial es el momento de su vigencia y no el de su promulgación, el testador contempla, no la fecha u hora en que hace el testamento, sino su muerte, el momento supremo de su vida, en el cual debe tener presente, sin excusa alguna, sus deberes de piedad hacia sus íntimos parientes, ahora fundidos en la preterición.

Por eso la donación no impide la preterición, es extraña a su momento.

Los deberes de piedad pueden hacerse efectivos sobre el relictum y el donatum o solamente sobre la cuota legítima.

El problema que aquí planteamos, aunque ya lo hemos anticipado en parte, es el de si hay preterición en el caso de que por voluntad expresa del testador o por voluntad ineficaz de éste por contrariar un pacto sucesorio (mejora en capítulos matrimoniales o dispensa contractual de colación) no se impute el legado o donación del legitimario a su legítima, sino a la cuota libre o al tercio de mejora.

Prácticamente el problema puede surgir y con cierta frecuencia. Los dos casos tipos en que pensamos cuando esto escribimos son éstos: Un legado al legitimario con imputación expresa a la cuota libre o al tercio de mejora y otro legado sin imputación o con imputación expresa a la legítima, habiéndose transformado, enajenado o perdido

la cosa objeto de este último legado. Donación con dispensa de la obligación de colacionar o en capítulos matrimoniales con imputación expresa en el testamento a la legítima del donatario.

Partimos de que la mejora sólo es legítima cuando no es mejora.

La preterición es clara para nosotros (67). La voluntad del testador cuando otorgó el testamento era de mejorar al legatario o de asignarle algo además de la legítima, voluntad que fue también la del donante y que no puede después cambiar, aunque así lo pretenda en el testamento.

La voluntad del testador o del donante de dejar al legatario o donatario algo fuera de la legítima, no ha cambiado o no puede cambiarse. La voluntad del testador o más exactamente el negocio jurídico del testador (legado) que se debe imputar a la legítima ha caído, ha devenido en ineficaz, en nulo y la voluntad del testador pretendiendo alterar la imputación es nula *ab initio*. El testador no cumple sus deberes de piedad, ya que el legado otorgado fuera de la legítima y la donación no tenían como finalidad cumplir esos deberes, eran extraños a ellos. En el caso del legado, pretender salvar el testamento de la preterición mediante un cambio automático de la imputación, no es respetar el principio de conservación del testamento, sino violarlo, ya que el *favor testamenti* tiene su razón en el respeto a la voluntad del testador y no en contrariarla. En el caso de la donación, si se pretendiere salvar el testamento se vulneraría la ley del contrato de capítulos matrimoniales o de donación.

Pero no es éste el único argumento en pro de la preterición. Del artículo 815 se induce otro de igual valor. Este precepto exige que lo dejado haya de ser con cargo a la legítima, con imputación a la legítima, en concepto de legítima. Si el legitimario recibe "por cualquier título" algo en concepto de legítima, aunque sea "menos de la legítima que le corresponde, puede pedir el complemento de la misma", pero si lo dejado no es imputable a su legítima, no puede pedir el suplemento, sino que tiene que exigirla íntegramente, totalmente.

Creemos que en los supuestos de los números 2.º y 4.º hay preterición con la sola excepción de que estuviesen sujetos a reducción el legado o la donación hechos al legitimario e imputables a la cuota libre conforme al artículo 820, en cuyo caso habría un cambio legal de imputación, implícito y necesario por la reducción. El ejercicio de la acción de reducción del legitimario sobre su propio legado, sería absurda.

Ahora bien, si en la hipótesis de que lo dejado al legitimario no sea imputable a su legítima, hay preterición, a pesar de integrar el *relictum* o el *donatum* del testador, de donde se desprende que la legítima ha de recaer sobre bienes imputables a la cuota legitimaria, no a la libre o al tercio de mejora (de lo contrario se contraviene la

(67) EN CONTRA VALLET DE GOYISOLO ob. cit., pág. 37, letra c) en cuyo supuesto comprende todos los casos de legados cualquiera que sea su imputación, y pág. 38, letra f, inciso final, respecto de las donaciones.

voluntad del testador o la ley del contrato), en el supuesto que pretendía satisfacerse con bienes extrahereditarios o que no hayan integrado el *donatum* del testador (legado de cosa ajena o de dinero no herencial en pago de la legítima), la solución debe ser idéntica.

La legítima es una especial y relativa prohibición de disponer de una cuota del patrimonio del causante por actos *inter vivos* gratuitos o *mortis causa* en beneficio de determinados e íntimos parientes y esta prohibición no puede ser pensada sobre bienes ajenos.

Los deberes de piedad no pueden ser cumplidos, en nuestro C. c. por persona que no sea el causante, no se admiten intermediarios (68).

Por tanto, los supuestos del número 6 son de preterición.

3) La inoficiosidad cualitativa y la preterición.

La inoficiosidad cualitativa (69) está regulada en el párrafo 2.º del artículo 813, en el núm. 3.º del artículo 820 y en los artículos 777 y 782 explícitamente. En el caso de que el testador use cautelas de opción compensatorias (70) mediante una vocación hereditaria alternativa, no hay cuestión.

El problema se plantea, cuando la institución de heredero o el legado en que está designado el legitimario son inoficiosos cualitativamente.

En el Derecho romano a la inoficiosidad cualitativa de la legítima se le dio un tratamiento jurídico inspirado en la inoficiosidad cuantitativa, en el sentido de excluir la *querela inofficiosi testamenti* en aras al *favor testamenti*, mas en vez de conferir al perjudicado la *actio ad supplendam legitimam* para exigir la diferencia, se suprimía la "condición, plazo o disposición, que causa la demora o cualquier gravamen y el asunto marche como si nada de esto se hubiese añadido en el testamento" (71). Un año después se aclaró la duda, si la supresión de la condición, plazo, modo o gravamen afectaba a toda la disposición o sólo a aquella parte de la misma que contenía la legítima, resolviéndose que la restitución de la cuarta (legítima) se hiciera sin demora e íntegra y "lo demás que reste después de la porción legítima se restituya cuando el estador dispuso (72) y éste fue el sentido de la novela XVIII cap. III del año 536 relativa al gravamen de la legítima con usufructo que exigía que se dejara tanto "... el usufructo de esta parte legítima... como también la propiedad...". El dilema se resolvió fraccionando la disposición, conservándola más allá de la "*portio legitima*", cumpliendo la voluntad del testador que sólo quedaba desconsiderada en la parte que había contrariado la ley (73).

(68) Para otros argumentos véase nuestra "Legítima en el Código civil" cit., págs. 113 y ss. En contra VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., págs. 39 y s.

(69) Véase sobre su concepto nuestra ob. cit., pág. 139.

(70) Véase sobre las clases de éstas VALLET DE GOYTISOLO: Cautelas de opción compensatoria de la legítima. Centenario de la Ley del Notariado, Secc. 3.ª Vol. I, Madrid I. E. Reus, 1964, págs. 425 y ss.

(71) C. (3,28) 32 pr., del año 529.

(72) C. (3,28) 36,1 del año 530.

(73) Véase sobre esta cuestión en el Derecho histórico VALLET DE GOYTISOLO,

Pero aquí nos interesa resaltar únicamente que la inoficiosidad cualitativa excluía la *querela* y era ajena a la preterición y que cuando la inoficiosidad total se fundió en la preterición en la novela CXV, la inoficiosidad cualitativa se reguló y corrigió al margen de la preterición.

En el C. c. la legítima es una cuota del *relictum* más, en su caso, el *donatum*, respecto de la cual las facultades dispositivas del testador o, en su caso, del donante están limitadas. La disposición comprende tanto la enajenación como el gravamen, además de la renuncia, que aquí no interesa, no pudiendo negarse que dispone, quien agrega una condición o un plazo.

La legítima es algo negativo, es una limitación a las facultades dispositivas y esta limitación se contraviene cuando se dispone en perjuicio del legitimario. La disposición es algo positivo, es un negocio jurídico (herencia, legado o donación), que se comunica subterráneamente con la legítima en el túnel de la imputación. Esta comunicación subterránea desarticula la facultades de impugnación del legitimario, cuando la perforación del túnel se hace con la máquina del testamento.

Pero el testador puede hacer defectuosa esta comunicación, no porque sea pequeño el arco del túnel, sino por irregularidades en él, y en este caso se plantea la cuestión, si debe facultarse al legitimario para superarlas o no, si debe achicar el agua o retirar la tierra y piedras del aragayo, aunque el arco del túnel sea superior a su legítima o únicamente hasta que iguale a su legítima, o debe buscar otra vía de comunicación, la sucesión intestada.

La segunda solución era la del Derecho romano, como vimos, la última obligaría a cegar el túnel y servirse de la preterición para abrir la sucesión intestada y la primera a prescindir de las condiciones, plazos, modos y gravámenes, es decir, a considerar la unidad de la disposición o título de heredero o legatario y no la unidad de prohibición especial y relativa de disponer y sacrificar la voluntad del testador en la diferencia entre la disposición y la legítima.

¿Cuál es la postura de nuestro C. c.? La solución no es única.

Nos parece evidente que en algunos casos la preterición está excluida y no porque el legitimario haya recibido algo por cualquier título imputable a su legítima, conforme al artículo 815, sino porque dicta normas especiales diversas de las de reducción por inoficiosidad cuantitativa para sanar la lesión cualitativa del legitimario (74).

En el caso de gravar la legítima con un usufructo o renta vitalicia el núm. 3.º del artículo 820, a parte de evidenciar que no hay pre-

ob. últ. cit., págs. 461 y ss. 485 y ss., también "La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible". A. D. C. julio-septiembre de 1962, págs. 591 y ss.

(74) Prescindimos de la donación, donde como dijimos en otra ocasión (La legítima cit., pág. 139) la aceptación del donatario legitimario resuelve el problema.

terición, resuelve la cuestión creando una opción legal a favor del legitimario perjudicado (75).

Más la cuestión no es tan clara en los demás supuestos de inoficiosidad cualitativa, expresamente regulados en el C. c., no porque la exclusión de la preterición no sea evidente, sino porque no es diáfano su criterio, pudiendo preguntarse, si la nulidad de la disposición es total o parcial, si se tutela al legitimario para que defienda sólo su legítima o al heredero o legatario legitimarios para que defiendan la disposición.

Del párrafo 2.º del artículo 813 (el testador) “tampoco podrá imponer sobre ella (la legítima) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo”, no puede deducirse ninguna solución, ya que, en nuestra opinión, este precepto no hace más que prohibir la inoficiosidad cualitativa, diciendo que el gravamen, la condición y la sustitución entran dentro de la prohibición especial y relativa que es esencia de la legítima.

En materia de condiciones, siendo estas ilícitas, por contravenir el artículo 813-2.º en el momento de la imputación, creemos que la solución está en el artículo 792 del C. c., “se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aunque el testador disponga otra cosa.” Esta solución es acorde con la Ley XVII de Toro en la que se conservaba íntegra la disposición, y se tenía también por no puesta la condición, cuyo criterio era idéntico al de las Partidas (L. 11. T. IV, P. 6.ª) que se apartaron de la solución consagrada en el Código (3,28), 36, aunque siguieron la constitución del año anterior, C. (3,28), 32.

No hay por tanto asomos de preterición ni base para una nulidad parcial.

Quizás, esta solución debe aplicarse en el caso de sujeción a un plazo o a un modo de la institución o legado.

En los casos de sustitución vulgar del legitimario, no hay cuestión, lo condicionado es la institución o legado del sustituto no del sustituido. Si el sustituto es el legitimario, creemos que juega el artículo 792, ya que su llamamiento es condicional, es nula la institución o el legado a favor del sustituido que condiciona la disposición hecha al legitimario (76).

Más dudosas son las sustituciones pupilar y ejemplar, donde creemos que la nulidad parcial es la sanción decretada por el artículo 777 “... en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios...”, que apoyamos además en el artículo 743.

Igual solución y con apoyo en el *favor testamenti* consagrado en el artículo 743 es la que en materia de sustitución fideicomisaria

(75) Véase nuestra ob. cit., págs. 148 y s. y las opiniones allí citadas.

(76) VALLET DE GOYTISOLO en su ob. cit. “El deber formal de instituir herederos...”, pág. 42 “... se consideran como no puestas *respecto a la legítima* las condiciones y las dilaciones (plazos, condiciones de futuro o sustituciones diferidas)”.

da el artículo 782, tanto en el caso de ser gravada la legítima del fiduciario, como la del sustituto fideicomisario.

En estos casos, por tanto, no hay preterición, mas éstos son los casos regulados por el C. c. como supuestos de inoficiosidad cualitativa, existiendo otros que nuestro C. c. excluye de la regulación y que plantean la cuestión de si hay o no preterición.

El artículo 813-2.º prohíbe gravar la legítima, mas guarda silencio cuando el gravamen se imputa a la legítima, es decir, admite (artículo 820-3.º) que el legitimario sea un nudo propietario o un deudor de renta, pero nada dice, si es un usufructuario o un pensionista (77).

¿Qué solución ha de darse en el caso de legarse un usufructo o una pensión a un legitimario con imputación a su legítima?

Este supuesto de hecho es extraño a la letra de los artículos que regulan la inoficiosidad cualitativa, lo cual puede llevar a dos soluciones: aplicarlos por analogía o rechazar su aplicación y en este caso estimar nula la disposición.

VALLET DE GOYTISOLO (78) dice: "La razón fundamental para negar en este caso la aplicación del precepto parece que estriba —a nuestro juicio— en el carácter de excepción que debe darse a una norma que (como... el 820 núm. 3 español) coloca al legitimario en una alternativa a la cual pudo someterle el testador y, sin embargo, no lo hizo... Se trata de una excepción a las reglas de Derecho común que no admite una interpretación extensiva...".

Nosotros creemos también que el tratamiento jurídico que da nuestro C. c. a la inoficiosidad cualitativa, lo hace consagrando una serie de excepciones, que no admiten la analogía; aunque en el caso del plazo, siendo la atribución de la institución o legado a favor del legitimario causa de una titularidad temporalmente limitada o aplazada, y la de la condición preventiva y produciendo idénticos efectos jurídicos, la supresión del plazo que la de la condición, (conversión en titularidad definitiva), no hay razón para anular la disposición. Razonamiento aplicable al modo, ya que en ambos hay idéntica *ratio iuris*.

En el caso del legado de usufructo al legitimario, si el artículo 820-3.º es una excepción, extenderlo al usufructo, uso, habitación, es convertirlo en regla y desnaturalizar la excepción.

El artículo 815 no podría aplicarse a la inoficiosidad cualitativa, porque no habría suplemento normalmente, ya que la disposición sería oficiosa cuantitativamente. La legítima es una fracción del *relictum* más el *donatum*, en su caso, que el testador puede concretar en uno o más bienes, bien por vía de legado (artículo 815) bien por vía de partición (artículo 1.056-I), pero no puede "desmembrar" sus derechos subjetivos, salvo en los casos de excepción previstos en el C. c. y en los cuales siempre salva la integridad cualitativa de la

(77) Supuestos previstos en el artículo 810 del C. c. italiano de 1865 y 550 del C. c. italiano de 1942.

(78) Cautelas de opción compensatorias de la legítima... cit., pág. 509 y ss. y especialmente nota 301.

legítima, bien suprimiendo la condición, bien confiriendo una opción legal al legitimario (art. 820-3), bien decretando la nulidad parcial de la disposición (artículos 777 y 782); mas en los supuestos de opción legal la cuota libre la adquiere el legatario del usufructo o de la renta vitalicia, *ex lege*, como legatario legal o como *mortis causa capiens*, conforme al artículo 820-3, que es uno de los supuestos del artículo 609 "La propiedad y los derechos sobre los bienes se adquieren por la Ley..." y en nuestro caso quien por herencia o legado adquiere la nuda propiedad, no puede instar ni una nulidad parcial ni una adquisición *ex lege*, porque ningún precepto le atribuye la cuota libre.

Por tanto, creemos nosotros, que la disposición *mortis causa* cuyo objeto sea un acto de gravamen de un bien herencial (usufructo, uso, etc.) es sancionado con la nulidad total y hay preterición, ya que no hay desheredación injusta ni procede el suplemento de la legítima, únicos medios impeditivos de la preterición en nuestro C. c. y, además, el gravamen es acto de disposición, que infringe la prohibición especial y relativa en que consiste la legítima, cuya prohibición sólo una norma autorizando su infracción explícita o implícitamente puede impedir la nulidad.

c) Conclusión.

Resumiendo lo que hemos dicho acerca de la evolución de la preterición, nos encontramos con la preterición material como la última y progresiva etapa del concepto de preterición.

La preterición principió siendo desconocimiento de la posición jurídica de heredero latente en el legitimario. Los deberes de piedad hacia éstos tuvieron en principio tutela independiente de la preterición, aunque fundada en la cualidad de heredero latente en el legitimario (inoficiosidad).

Cuando la institución de heredero fue el único medio de no desconocer la posición jurídica latente en el legitimario o lo que es lo mismo cuando la institución de heredero del legitimario era la única fórmula jurídica para impedir la preterición, no desconocer la posición jurídica de heredero latente en el legitimario era reconocer su cualidad de heredero instituyéndole en el testamento.

Desde este mismo instante en que no preterición era institución del legitimario, la inoficiosidad se convirtió en simple medida de los deberes de piedad, cuyo cumplimiento, al menos parcial, acontecía necesariamente en la institución del legitimario y la institución de heredero enervante de la preterición y de la inoficiosidad total se fundían en una misma unidad, de modo que el reconocimiento de la cualidad de heredero del legitimario y el cumplimiento parcial de los deberes de piedad eran inseparables. Desterrada la *querela inofficiosi testamenti* por la *actio ad supplendam legitimam* en los casos de inoficiosidad parcial y transubstanciados los deberes de piedad a la institución de heredero, no quedó a la inoficiosidad otra función que la de ser la medida de la legítima, de la vulneración del testador de esta prohi-

bición relativa especial de disponer. Entonces la inoficiosidad, como medida de la vulneración de la legítima, tuvo su correctivo en la acción de suplemento. Después la reducción fue el correctivo de la inoficiosidad.

Los deberes de piedad concretados en una cuota de la herencia se cumplen en la institución del descendiente o ascendiente y si ésta no los cubre, se reclaman como *portio legitima* suplementaria de la institución.

En síntesis, heredero necesario y legitimario vivieron disociados, con tutelas diversas y negaciones distintas (preterición e inoficiosidad). En la novela CXV se funden el heredero necesario y el legitimario, desaparece la tutela peculiar del legitimario, la *querela inofficiosi testamenti*, aunque se conserva el nombre ha variado de contenido, la desheredación injusta es preterición, la ingratitude relajadora de la inoficiosidad es causa de desheredación justa y la *actio ad implendam legitima* es tutela indeferenciada de la legítima del heredero necesario, tutela que lo es solamente en cuanto a la *portio legitima* inherente al heredero necesario.

Cuando el C. c. crea nuevos antidotos contra la preterición y separa ésta de la desheredación injusta, la transformación del instituto es radical; se vuelve al régimen anterior a la novela CXV en materia de desheredación, ya que tanto la justa como la injusta la impiden, pero se separa de ese régimen al mantener fundida la inoficiosidad total con la desheredación injusta y la preterición y al no exigir la previa o simultánea desheredación para que el legado y, en los casos, que vimos, la donación, enerven la preterición, conservando la acción de suplemento como una tutela de la institución de heredero y no del testamento, que impide la preterición y que es el único remedio del legitimario instituido heredero, legatario o donatario. De ahí que la preterición sea ahora material, ya que el legitimario que no recibe nada imputable a su cuota, no tiene acción de suplemento, mientras que en el régimen anterior si no era instituido heredero había preterición a pesar de los legados y las donaciones. Ahora lo que cuenta es la adquisición y no el título adquisitivo, aunque el testamento sea el único medio de vida de la preterición, como ocurrió siempre. La preterición es material tanto en cuanto a la indiferencia del título, como a la necesidad de la atribución, que ha de recaer necesariamente en la legítima, porque al absorber la preterición la función de la inoficiosidad total y siendo ésta el reverso de la legítima, sólo cumpliendo con ella en el testamento se impide la preterición. Si el testador vulnera la legítima, como cuota de su patrimonio sujeta a una especial y relativa prohibición de disponer su disposición se anula o reduce a instancia del legitimario, quedando firme lo que dispuso concretamente sobre la cuota libre o el tercio de mejora (legados), conforme al art. 814.

La preterición fue en su primera época la privación tácita de la cualidad de heredero latente en el legitimario, concretada en el no

reconocimiento (institución de heredero) o no revocación (desheredación) de esa cualidad por el testador (preterición formal).

En su segunda época se amplió el concepto al incluirse en él la desheredación injusta, evitando la preterición únicamente la institución y la desheredación justa (preterición formal).

En ambas épocas del Derecho romano hay una nota común, que la institución de heredero es el único título adquisitivo *mortis causa* que impide la preterición. Por eso la omisión de esa forma es preterición. La desheredación no es título adquisitivo *mortis causa*, sino negocio jurídico extintivo o revocatorio.

En nuestro C. c. la preterición sigue siendo la privación tácita de la cualidad de heredero latente en el legitimario no desheredando ni reconociéndole una cuota (institución de heredero o legado parciario) o cosa (legado o donación) en el testamento imputable a la legítima (preterición material).

La admisión o negación de este concepto tiene la transcendencia que hemos puesto de relieve al exponer la solución de casos dudosos de preterición, positiva para quienes la acepten y negativa para quienes lo niegan.

La postura negativa de la preterición material, tiene que desviarse del sistema legitimario romano para explicar la adquisición del legitimario a quien nada le atribuye el testador.

Nosotros estimamos un ideal, el sistema romano, tan magistralmente defendido por VALLET DE GOYTISOLO, porque consideramos más humana la libertad, el libre albedrío, que la sujeción, la servidumbre; el escribir libremente que escribir al dictado la disposición libre, que la expropiación forzosa, la ley que consagra la voluntad, que la voluntad ahogada en la ley, el hombre que la marioneta.

Pero la libertad es orden, es movimiento racional y la fuerza es opresión, es movimiento irracional. La libertad es justicia y la opresión atropello. La libertad que vulnera la ley, como traducción de un postulado de justicia, no es libertad, mas el determinismo es siempre regresión.

E. LOS LÍMITES ENTRE PRETERICIÓN Y DESHEREDACIÓN

El criterio de la preterición material sirve para distinguir los casos dudosos de preterición, pero hay otros supuestos que exigen fijar la atención en los límites que separan la preterición de la desheredación injusta, límites que han sido puestos en entredicho con la pretendida preterición intencional y con la confusión entre legado e institución de una parte y desheredación injusta de otra, ya que los dos primeros están en idéntico plano respecto de la preterición, pero diverso en cuanto a la desheredación.

a) La pretendida preterición intencional.

La privación de la legítima es preterición cuando se hace en el testamento tácitamente, más la privación de la legítima hay casos en

que es desheredación y es preciso distinguirla de aquélla. La nota es el carácter expreso de ésta y tácito de la preterición, según hemos visto, ya que originaría tradicional y esencialmente la desheredación; es revocación de la cualidad de heredero latente en el legitimario. Revocación libre en un principio y fundada en una justa causa después de la Novela CXV, a partir de cuyo régimen la desheredación quedó reducida a la justa, y la injusta, a pesar de que era privación expresa de la legítima, se la estimó preterición.

No obstante, había una cosa clara, violentaba la voluntad del testador, al someter al mismo tratamiento preterición y desheredación injusta y es que en ésta la voluntad del testador era precisa en un punto, no querer darle nada al desheredado por título de herencia, cuya voluntad valora el C. c., a diferencia del Derecho anterior, en el sentido de anularla solamente en cuanto incumple con la especial y relativa prohibición en que consiste la legítima; mientras que en la preterición, la voluntad es difusa, no está dibujada con caracteres tan marcados como en la desheredación y por eso la anula, salvo en las asignaciones concretas (legados). Esta distinción entre preterición y desheredación injusta tiene otro fundamento tradicional y es el ejercicio del poder conferido al testador respecto de sus legitimarios en cuanto a su latente cualidad de herederos, que tenía sus manifestaciones en la institución y desheredación y su no ejercicio era preterición, que tenía y tiene un sabor de sanción a la imprevisión o incurria del testador. Esta distinción ha sido valorada y sancionada por nuestro C. c., certeramente.

Entre preterición y desheredación hay una nota común, la privación de la legítima, y unas consecuencias diversas, anulación total de la institución de heredero en aquélla y validez de la institución en la desheredación legal alegada en testamento y probada (justa) o anulación parcial en la injusta.

Privación expresa y privación tácita de la legítima no presentan dificultades en algunos casos, mas hay otros dudosos.

La desheredación ha de ser expresa, pero no formal ni formula, como he sostenido en otra ocasión (79), y ello es razón de dudas y no de críticas.

No teniendo la revocación o privación de la cualidad de heredero potencial en el legitimario una o más palabras determinadas o sacramentales, que la fijen con precisión, surge la cuestión, es decir, cuando en el testamento hay privación expresa o tácita o, en otras palabras, cuando se expresa una privación de legítima o cuando se priva de ella sin expresarlo.

No siendo necesario que el testador diga desheredo o privo de toda cuota o cosa en mi herencia al legitimario, sino que bastando que lo prive sin duda o así resulte expresamente del tenor del testamento.

Pues bien, entre privación expresa y la privación tácita de la legítima

(79) "La legítima..." cit., págs. 100 y 131.

tima, no hay una muralla ni una alta cerca y ha surgido un género híbrido, que encontró aceptación en algunas de nuestras compilaciones (80) y contra el cual nos hemos pronunciado hace pocos años (81). se trata de una preterición con efectos de desheredación injusta, la preterición intencional.

El género es inaceptable. En tanto en cuanto del testamento se deduzca la voluntad del testador de privar al legitimario de toda cuota o cosa herencial, no hay preterición, aunque no se use la palabra desheredación, si de la usada o usadas o del tenor del testamento resulta el concepto o la esencia de la desheredación, ya que estamos ante una privación expresada en testamento; mas si del testamento o de su tenor no puede deducirse una voluntad del testador dirigida a privar de la legítima, sino una privación, estamos ante una preterición. La llamada preterición intencional, si se desprende expresamente del testamento, es desheredación injusta, porque la voluntad del testador se refleja en el testamento con claridad respecto al legitimario, si no se desprende expresamente del testamento, es preterición (82).

Creo que unos ejemplos sirven para aclarar las cuestiones:

El testador nombra a sus hijos al expresar las circunstancias de su matrimonio y después en sus disposiciones dice: "instituyo solamente a los cinco mayores de mis seis hijos", o simplemente dice: "instituyo a mis cinco hijos", o instituye a cinco hijos, que nombra, cuando tiene seis.

Creemos que en el primer supuesto hay desheredación injusta, porque el último de los seis hijos está excluido expresamente de la institución y no cabe duda de su exclusión.

Mas no lo creemos así en los otros dos casos. Si a pesar de expresar en las circunstancias que tiene seis hijos solamente instituye a sus cinco hijos (a mis cinco hijos), o nombra sólo a cinco de sus hijos, no puede fundarse en la exposición de sus circunstancias que el testador sabía que tenía seis hijos e instituyó intencionadamente a cinco. Si los nombra, hay una exclusión implícita o tácita, no expresa, que incide en el concepto de preterición, ya que no hay base en el testamento para apreciar si la omisión fue o no deliberada, si fue o no inconsciente. No puede evidenciarse del testamento que haya error, pero tampoco una intención de excluir de la herencia al hijo, y estamos ante un caso de preterición.

Al exigir el artículo 851 "la desheredación hecha", o sea expresa, lo que pretende es una voluntad clara, una voluntad dibujada con caracteres profundos, una intención clara, expresa, dibujada con caracteres profundos, y esto no puede ocurrir por omisión, por silencio, por cierta contradicción, donde lo relevante jurídicamente es la dis-

(80) Art. 141 de la catalana y 122 de la aragonesa.

(81) La legítima... cit., págs. 106 y ss.

(82) Puede verse sobre esta cuestión la reciente postura de VALLET, obra últ. cit. págs. 93 y ss. y 102 y s.

posición y no la exposición del número de hijos del matrimonio o matrimonios del testador, que es una mención irrelevante hasta el punto que su omisión en nada afecta a la validez del testamento, y no teniendo relevancia jurídica normalmente, no hay razón para que la tenga en esta excepción.

Si en el testamento se expresa o de su tenor se deduce la intención del testador, no puede hablarse de omisión, de olvido, ni de preterición intencional, sino de desheredación.

Si en el testamento no se expresa, ni de su tenor se deduce la intención del testador, no puede hablarse de preterición intencional, ni de intención, sino de olvido, omisión o simplemente de preterición (83).

b) Desheredación y preterición.

Hay otros casos que, al margen de la pretendida preterición intencional, pueden plantear dudas cuando se los pretenda incluir entre los de desheredación o de preterición.

Vamos a examinar dos hipótesis, una causada por la revocación de la institución de heredero de un legitimario y otra por la revocación testamentaria del único legado hecho a un legitimario.

Primera. El testador instituye heredero a un legitimario y en un testamento posterior revoca la institución, instituyendo otro u otros herederos y revocando totalmente el testamento anterior o limitándose a revocar la institución, si hay acrecimiento, subsistiendo en lo demás el testamento anterior.

Distingamos el supuesto en que el testador diga que revoca la institución al legitimario e instituya a otras personas, legitimarios o no. Creemos que la revocación es expresa en este caso, es equivalente a una desheredación, que si expresa la causa de la revocación y ésta está comprendida en los artículos 852 y ss. y se prueba, estamos ante una desheredación justa y en otro caso injusta. La desheredación es en esencia revocación de la cualidad de heredero latente en un legitimario hecha en testamento. Que la cualidad revocada haya sido previamente reconocida en un testamento anterior, como en nuestro caso, o no, carece de relevancia. Es lo mismo, para nosotros, la revocación de la cualidad de heredero latente en el legitimario nunca reconocida que la revocación de la cualidad de heredero reconocida en un testamento anterior. Desheredación usual, la del primer caso, y por revocación expresa de la institución, la del segundo.

Si el testador revoca la institución de heredero del legitimario

(83) VALLET DE GOYTISOLO *ob. cit.*, nota 137 pág. 39, se inclina por la preterición, sin aludir a la intencional, "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 traduzca claramente la intención del testador de excluir al omitido en la disposición"; pero si enumera en la exposición que tiene seis hijos e instituye por quintas partes iguales a cinco, cree que es un dato que indica la intención de desheredar. Nosotros no lo vemos así, en el último caso.

subsistiendo en lo demás el testamento anterior, haciendo o no en el nuevo otra institución, creemos que estamos ante un caso de desheredación justa o injusta idéntico al anterior, ya que ambos testamentos rigen la sucesión del causante como si fuera uno solo (84).

Segunda. El testador revoca en testamento el único legado hecho al legitimario subsistiendo en lo demás el testamento anterior u otorgando otro en el que dispone de la totalidad de su herencia.

Así como la desheredación en el caso de revocación expresa de la institución de heredero hecha al legitimario nos parece clara, ya que la única diferencia con la desheredación reside en algo accidental y es referir la revocación a la institución de heredero del legitimario ya reconocida en un testamento anterior; en el caso que contemplamos la preterición nos parece también clara (85).

La cuestión tiene un planteamiento diverso que el caso anterior. La desheredación y la institución son incompatibles. El desheredado sólo puede ser heredero intestado, no instituido en testamento. Cuando institución, desheredación y preterición eran tres figuras incompatibles, no podía plantearse el problema que ahora analizamos.

En el Derecho romano, al menos en el anterior a la Novela CXV, la desheredación era compatible con el legado y éste nada tenía que ver con la preterición.

En el C. c. el legado hecho al legitimario e imputable a su legítima es incompatible con la preterición, pero no creemos que lo sea, como dijimos, con la desheredación. Implicará, si se quiere, cierta rareza, algo extraño, pero no algo incompatible, no algo contradictorio o algo absurdo.

La clave de la transformación reside en que desheredación y preterición fueron incompatibles hasta la Novela CXV y después de ella una misma cosa, si la desheredación no era justa, mientras que el legado no tuvo relaciones con la preterición hasta nuestro C. c. Antes de él podían existir legados y no haber preterición, porque la había impedido la desheredación o la institución, o existir legados y haber preterición, porque no se había instituido ni desheredado al *suus heres* o al *liber* legatario, o no se había instituido ni desheredado justamente al ascendiente o descendiente legatario.

En el C. c., si el legado hecho al legitimario es imputable, aunque sólo sea en parte, a su legítima, no hay nunca preterición, aunque, repetimos, puede hacerse un legado a un legitimario desheredado, ya que la desheredación es la negación expresa de la cualidad de heredero latente en el legitimario, y que en el Derecho histórico anterior a la Novela CXV no fue incompatible con el legado, sino

(84) VALLET DE GOYTISOLO ob. últ. cit., págs. 42 y s., también los cree supuestos de desheredación.

(85) VALLET DE GOYTISOLO da idéntico tratamiento jurídico a la revocación de la institución y a la del legado hechas expresamente y las estima desheredaciones.

todo lo contrario, y en el posterior, en que la desheredación se redujo a la justa, creemos que tampoco.

El legado es en el Código civil un antídoto contra la preterición, es un reconocimiento del legitimario, no un desconocimiento, como lo era para el Derecho romano, porque en él la preterición afloraba cuando no se reconocía ni se revocaba la cualidad de heredero latente en el legitimario, y en el C. c. el legado impide también que aflore la preterición.

En el C. c. el legado se ligó a la exclusión de la preterición, pero sigue desconectado de la desheredación, porque ésta es privación de la cualidad de heredero hecha expresamente o revocación de esa cualidad, y el legado no es ni reconocimiento ni revocación de la cualidad de heredero, sino una disposición ajena a ellas y compatible con ambas, que ahora excluye, además, y como ellas, la preterición.

La revocación expresa del legado no puede entenderse nunca como desheredación, porque ésta sigue siendo revocación de la cualidad de heredero, cualidad que nunca confiere el legado.

Por tanto, la revocación expresa del único legado hecho a un legitimario e imputable a su legítima, bien con subsistencia del testamento anterior en lo demás, bien con disposición total en el nuevo testamento (86), es siempre preterición, ya que el legado vive al margen de la desheredación y la mención del nombre del legatario no impide la preterición, conforme al artículo 815, porque, como hemos dicho reiteradamente y creemos haber demostrado, sólo es supuesto de hecho de este artículo la mención que individualiza el elemento personal de un negocio jurídico *mortis causa* o de una donación *inter vivos* por su reflejo sucesorio.

II. LA NULIDAD DE LA INSTITUCION DE HEREDERO COMO EFECTO DE LA PRETERICION

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De los efectos de la preterición nos hemos ocupado con bastante amplitud en otra ocasión (87).

El efecto de la preterición recae sobre la institución de heredero (88).

Lo que vamos a plantear aquí únicamente es la naturaleza jurídica de la acción derivada de la preterición.

(86) En el caso de revocación total del testamento, la revocación expresa del legado es inoperante jurídica y absolutamente, cosa que no ocurre con la revocación expresa de la institución del legitimario, aun revocándose totalmente el testamento, porque tiene valor de desheredación.

(87) Véase nuestra ob. cit., págs. 121 a 130.

(88) Para no desviar mucho nuestro trabajo, no vamos a exponer ahora las dudas que nos ofrece una figura jurídica que aceptábamos y ahora empezamos a no comprender, merefiero a la herencia sin heredero supuesto literal del artículo 891 del C. c. y del art. 83 del R. H.

La preterición afecta a la institución de heredero, mas se discute si el efecto que causa es rescisorio, como pretende VALLET DE GOYTISOLO (89), o es un efecto más profundo, como sostiene CÁMARA (90) y también nosotros (91), es decir, es una acción de invalidez, de nulidad.

Una u otra tesis no tienen más relevancia que plazo de prescripción de la acción en el conflicto entre el heredero aparente y el heredero real, mas en el conflicto entre este último y el adquirente de aquél, la divergencia es más profunda, porque habrá una adquisición a *domino* o a *non domino*.

B. LA TESIS DE LA ACCIÓN RESCISORIA: CRÍTICA

Los argumentos aducidos en favor de la naturaleza rescisoria, la acción derivada de la preterición en el Código civil por VALLET DE GOYTISOLO (92), no nos parecen decisivos. nos suscitan muchas dudas.

a) El argumento histórico.

“Los precedentes históricos y antecedentes legislativos de nuestro C. c., que van marcando la absorción del *ius dicendi nulum* del testamento por la *querela inofficiosi testamenti* concretada a invalidar la institución de heredero”, según VALLET DE GOYTISOLO (93).

Sin embargo, la *querela* no guarda relación con la preterición en el Derecho romano, sino con la inoficiosidad. Después de la Novela CXV se conservó su nombre, pero con un contenido distinto.

La *querela* fue una acción de anulabilidad (94) fundada en la sospecha o ficción de locura del testador, que en el momento de su muerte no se acordaba de sus deberes de piedad hacia sus más íntimos parientes.

La inoficiosidad se tuteló en las dos últimas fases con la *actio ad supplendam legitimam* y con la nulidad parcial del testamento, si había preterición o desheredación injusta, siendo indiferente en estos dos últimos casos que hubiese inoficiosidad total o parcial. Después de la Novela CXV era imposible el ejercicio de la *querela* por inoficiosidad, porque es incompatible con la institución de heredero del ascendiente o descendiente, procediendo el suplemento, si había institución y si faltaba la institución, o había preterición o desheredación justa, en el supuesto de preterición no procedía la *querela*, y en el de justa desheredación tampoco, porque no había inoficiosidad.

La Novela CXV aparece una decena de años después de compuesto el *Corpus Juris Civilis* y las modificaciones que introduce no se reflejan

(89) Ob. últ. cit., págs. 69 y ss. especialmente 89 y ss.

(90) Ob. cit., nota 152, pág. 809.

(91) La legítima... cit., pág. 129.

(92) Ob. y lugares ult. citados.

(93) Ob. últ. cit., págs. 69 y ss. y 89.

(94) Vocri, ob. cit., pág. 994.

en éste, a diferencia de lo que sucede con la introducción de la *actio ad supplendam legitimam*, que acontece en el período compilador y se refleja incluso en el Digesto con interpolaciones, así en el pr. ley 25 T. 2 L. 5 y en el párrafo 28 L. 3 T. 2 L. 38 respecto a la imputación de donaciones *inter vivos* con cláusula expresa para adaptarlos a lo dispuesto en el Código (3,28) 35,2. De ahí, la cuestión primordial, que es la suerte sufrida por el T. II del L. V del Digesto de *inofficioso testamento* a causa del cambio de régimen introducido por la Novela CXV, a partir de la cual desapareció el último reducto de la *querela*, la inoficiosidad total, absorbida siempre en la preterición o en la desheredación injusta.

Las Partidas reciben el régimen legitimario romano introducido por la Novela CXV, pero mezclándolo con reglas que no se avienen con su régimen. La L. 5.^a T. 8 P. 6.^a exigía al padre dejar a su hijo su legítima como heredero, y si se lo dejaba en manda podía quebrantar el testamento. Este quebrantamiento del testamento tiene en la L. 1 T. 8 P. 6.^a dos sanciones diversas que no existían en el régimen de la Novela citada últimamente. Una, en el caso de la “desheredación a tuerto e sin razón”, que “puede fazer querella al Juez para quebrantar el testamento en que lo ouiese desheredado... E tal demanda como ésta es llamada en latín *Querela inofficiosi testamenti*, que quier dezir, como querella que se faze de testamento que es fecho contra el oficio de piedad e de merced que el padre ouira a ser del hijo”; y otra en el caso de preterición (“non fiziese emiente en el testamento”), “heredandolo nin desheredandolo, el testamento como este non se quebrantaria; pero non vale nin es nada. E porende, pues que non deue valer, non se puede quebrantar...”, definiendo en la E. 10 T. VIII, P. 6.^a la preterición en iguales términos: “non faziendo emiente de su hijo, heredandolo nin desheredandolo”. La L. 4.^a T. 8 P. 6.^a fija un plazo de cinco años para el ejercicio de la querella por el desheredado. Por último, en la L. 10 T. VII P. 6.^a contrapone la desheredación justa a la injusta y a la preterición y señala que en estos dos últimos casos no valía el testamento (“ça de otra guisa non valdría el testamento”), es decir, equiparaba los efectos de la preterición y la desheredación injusta o, si se quiere, decretaba la nulidad del testamento que contuviese una desheredación (donde no se nombrase al hijo mostrando la razón cierta y diciendo que por la misma lo deshereda), señalando idéntica sanción a la desheredación injusta y a la preterición. En otro párrafo de esta misma ley dice que si “el padre non dixese en su testamento razón cierta, por que desheredaua a los que descenden del, o por que non fazia emiente dellos en su testamento... dezimos que el fijo deue auer la heredad de su padre, e el extraño que fuere escirto en el testamento non deue auer ninguna cosa”, donde usaba indistintamente las palabras desheredación injusta (sin expresión de causa) y preterición (95).

(95) Que no era expresa, porque no hacía mención del hijo ni de la razón por la cual no lo mencionaba.

El régimen legal evoluciona en favor de la equiparación entre preterición y desheredación injusta, de acuerdo con la Novela CXV, como se desprende de la ley XXIV de Toro, que al dictar las consecuencias de la preterición y la desheredación en la mejora le dio idéntico tratamiento jurídico y sustituyendo en este punto la L. 6.^a T. 8 P. 6.^a, como vimos.

En el C. c., la inoficiosidad total se tutela con la preterición y la desheredación injusta, en los que está absorbida necesariamente, según nuestra interpretación del artículo 815, para el cual sólo la disposición *mortis causa* imputable a la legítima impide la preterición, que ahora es material, porque lo relevante es la asignación a la legítima y no el título del legitimario y la inoficiosidad parcial se tutela con la acción de suplemento de la legítima y también, en su caso, con la desheredación injusta y la preterición. En unos u otros casos, no hay margen para la *querela inofficiosi testamenti*, como tutela de la inoficiosidad, sea total o parcial.

Cierto que las Partidas, como acabamos de ver, distinguían en algunos casos la preterición de la desheredación injusta, aplicando a ésta y no a aquélla el régimen de la *querela*; mas creemos que esta aplicación de la *querela* a la desheredación injusta fue motivada por la recepción de normas anteriores a la Novela CXV en clara desarmonía con ella.

Si quisiésemos buscar una ascendencia histórica a la *querela* en nuestro C. c. tendríamos que entroncar el artículo 851 (relativo a la desheredación injusta) con las leyes 1.^a y 4.^a del T. VIII P. 6.^a, que refieren el remedio de la querrela a la desheredación injusta, renaciendo la *querrela* como tutela de la desheredación injusta y no de la inoficiosidad para tutelar, la cual nació en el Derecho romano. Sin embargo, VALLET DE GOYTISOLO niega rotundamente esa razón histórica a la bifurcación preterición (art. 814) y desheredación injusta (art. 851) y afirma, certeramente, que la distinción entre una y otra es puramente cuantitativa (96).

Ahora bien, si se niega a la desheredación injusta entroque histórico con la *querela*, como nosotros sostenemos, el argumento histórico de la absorción del *ius dicendi nullum* del testamento por la *querela inofficiosi testamenti* es muy dudoso, siendo para nosotros claro el contrario: la absorción de la *querela* por el *ius dicendi nullum*, lo que lleva a construir la naturaleza de la acción derivada de la preterición y de la desheredación injusta como acción de nulidad y no como acción rescisoria (97).

b) Los otros argumentos.

(96) Ob. cit., págs. 89, in fine y s.

(97) Aparte de que la *querela*, como hemos dicho, no fue en Roma acción rescisoria, sino de anulabilidad, fundada en una suposición de locura del testador que incumplía sus deberes de piedad.

Otros argumentos de VALLET DE GOYTISOLO (98) favorables a la construcción de la acción derivada de la preterición como rescisoria son: "la posibilidad de convalidar la institución de heredero por renuncia del preterido a impugnarlo o por convenio de éste con los instituidos" y "su no declaratividad de oficio".

1) La convalidación del negocio nulo ha sido defendida con carácter excepcional y recientemente por DE CASTRO (99) y concretamente la del testamento, por vicio de forma (art. 687).

La ineficacia de los negocios jurídicos *mortis causa* no puede tratarse con los cánones dictados para los actos *inter vivos*; los vicios de voluntad derivados de la edad, incapacidad o locura, o de violencia, dolo o fraude, no se incluyen en los supuestos de anulabilidad, sino de nulidad (100).

La preterición y la desheredación injusta son facultades inherentes al legitimario, facultades negativas o de impugnación de los actos del causante, que contravienen la especial y relativa prohibición de disponer llamada legítima, a fin de que pueda adquirir *mortis causa* y como heredero intestado (101).

La acción derivada de la preterición es medio para un fin, heredar abintestato. El legitimario puede aceptar o repudiar la herencia. Si puede repudiar la herencia, también podrá renunciar al medio para conseguirla. La repudiación de la herencia es acto enteramente voluntario y libre (art. 988), es irrevocable (art. 997), y como el legitimario preterido es siempre heredero intestado, no puede entrar en juego el supuesto de hecho del párrafo último del artículo 1.009. La certeza de su derecho a la herencia exigida por el artículo 991 no puede ser la cualitativa por oponerse a ello el párrafo primero del artículo 1.009 y que el legitimario preterido tiene derecho a la herencia como heredero abintestato es indudable. El artículo 816, al negar validez a la renuncia y transacción sobre la legítima futura expresamente, admite implícitamente la validez de la renuncia y transacción (convenio) a la legítima abierta, o mejor, a las facultades de impugnación sobre la legítima (102).

Si se admite la convalidación de un testamento nulo por vicio de forma o, quizás mejor, la convalidación de todos los negocios jurídicos *mortis causa* contenidos en un testamento o, si se quiere, de todas las disposiciones *mortis causa* contenidas en él, no se contraría la excepción a la regla de no convalidación de uno de los negocios jurídicos *mortis causa* o de una de las disposiciones *mortis causa* vaciados o contenidos en el testamento, como es la institución de heredero (103),

(98) Ob. últ. cit., págs. 78 y ss. y 90.

(99) El negocio jurídico. I. N. E. J. Madrid 1967, págs. 485 y s.

(100) Así DE CASTRO, ob. cit., págs. 502 y ss. respecto a los supuestos del artículo 673 del C. c.

(101) Véase nuestra obra "La legítima..." cit., págs. 87 y ss.

(102) Véase nuestra ob. cit., págs. 155 y ss.

(103) No es que afirmemos que la preterición sea un vicio de forma, sino un vicio de nulidad derivado de un choque con la ley.

que tiene, además, preceptos claros en el C. c., ya que así lo exige una interpretación teleológica, pues si se admite la validez de la renuncia del fin (repudiación de la herencia), implícitamente ha de ser válida la del medio (renuncia a la acción derivada de la preterición), como acabamos de ver.

Por otra parte, la convalidación de un testamento nulo por vicio de forma es, en nuestra opinión, mucho más fuerte que la de un negocio jurídico que contraría la ley. Nos fundamos en que la declaración, cuyo presupuesto es la voluntad, no tiene ningún vicio en el caso de preterición, mientras que si la declaración adolece de un vicio de forma, no se ha emitido con las garantías, o mejor dicho, en el medio exigido por la ley con carácter exclusivo, o sea, que no se ha emitido en el único medio viable.

En nuestro C. c., a diferencia de los Códigos civiles italianos de 1865 (104) y de 1942 (105), no contiene ningún precepto legal que admita la convalidación del testamento nulo por vicio de forma; no obstante, nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1906 y 28 de febrero de 1908 (106) y la Resolución de 26 de septiembre de 1904 admiten la convalidación fundándose en la renunciabilidad de los derechos, consagrada en el artículo 4.º párrafo 2.º, negando legitimación para pedir la nulidad del testamento a quien previamente prestó su conformidad o asentimiento al mismo.

No es, pues, necesario acudir a la configuración de la acción derivada de la preterición como acción anulable o rescisoria para explicar la convalidación de la institución de heredero.

2) Además, a la construcción de la acción derivada de la preterición como rescisoria se oponen los artículos 1.290, 1.291 n.º 5.º; 4-1.º, el fundamento de la preterición y la teoría del heredero aparente.

Es indudable que la preterición es un acto contrario a la ley, al artículo 814 del C. c. y su cauce jurídico es el artículo 4.º-I y, por tanto, el acto es nulo, pero con la nulidad concretada, no en el testamento o en todos los negocios jurídicos o disposiciones en él contenidos, sino sólo en la institución de heredero (art. 814), ya que si las leyes pueden decretar la validez de los actos contrarios a ellas, también podrán decretar la nulidad parcial o validez de unos y la nulidad de otros.

El artículo 1.290 exige que el contrato rescindible sea válido y de los artículos 814 y 4.º se desprende la nulidad y no la validez de la institución.

(104) Artículo 1.311.

(105) Artículo 590. Para un estudio de esta cuestión en el Derecho italiano puede verse la monografía de PASETTI: *La sanatoria per conferma del testamento in della donazione*. Padua. Cedam., 1953

(106) DE CASTRO, ob. cit., pág. 486, nota 53, cita además la sentencia de 18 de junio de 1928.

Por último, el artículo 1.291-5.º dice: "Son rescindibles: ...5.º Cualesquiera otros (contratos) en que especialmente lo determine la Ley". Admitiendo, lo que no nos parece dudoso, extender la rescisión de los contratos a los negocios jurídicos, será necesaria la ley que la determine. Es una consagración del *numerus clausus* en materia de ineficacia sobrevinida por rescisión (107).

No creemos que nuestro C. c. consagre la preterición como rescisión.

3) El fundamento de la sanción de la preterición reside no tanto en la contravención de la ley de las legítimas como en la sanción a la incuria del testador, porque el mal ejercicio de sus poderes dispositivos *mortis causa* le acarrea una responsabilidad.

La institución y desheredación no eran en el Derecho romano una formalidad del testamento, sino más bien una sanción al no ejercicio de los poderes del *pater*, quien podía revocar la cualidad de heredero del *suus* o del *liber* o reconocerla, y si no lo hacía incurría en una responsabilidad, sancionada con la invalidez del testamento por preterición.

Estos poderes van limitándose cada vez más; en principio no tenían más límite que la *exheredatio*; después surgió al lado de esta limitación la inoficiosidad; por último, la institución fue la única forma de su ejercicio.

La incuria del testador en el ejercicio de sus facultades dispositivas contraviniendo sus límites, preterición o inoficiosidad, tuvo dos sanciones: la nulidad de la institución en caso de preterición y la reducción de la disposición, si la inoficiosidad ocurría a pesar de la institución.

El C. c. no alteró el sistema en su esencia; se limitó a ampliar los poderes del testador relajando la formalidad de la institución y admitiendo un ejercicio más flexible de los poderes, ampliando en consecuencia éstos. Así, el testador usaba o ejecutaba sus poderes frente al legitimario tutelado rigurosamente por la ley, no sólo instituyendo o desheredando al legitimario, sino haciéndole un legado o imputándole o recordándole la imputación de una donación en el testamento.

Si ejercitaba sus poderes en cualquiera de estas cuatro formas, su voluntad merecía tutela en tanto en cuanto no infringiese la *portio legitima*, es decir, que la inoficiosidad cuantitativa y cualitativa era el único ataque que recibía su voluntad, y que, además, no podía superar el límite de la extralimitación de la legítima.

Los remedios frente a la inoficiosidad son la acción de reducción cuyo reverso es la acción de suplemento (inoficiosidad cuantitativa y nulidad total o parcial de los gravámenes, plazos o condiciones de la disposición inoficiosa cualitativamente) inoficiosidad cualitativa y nuli-

(107) DE CASTRO, ob. cit., pág. 521 admite, no obstante la aplicación a situaciones análogas.

dad parcial de la institución de heredero en caso de desheredación injusta en la que queda absorbida, en su caso, la inoficiosidad total y que es una mitigación del régimen anterior en aras a la voluntad clara del testador y al ejercicio de un poder de cuya modalidad había sido privado el testador desde la Novela CXV, pero que antes de ella había sufrido otra limitación por vía de la *portio debita* y sancionada con la *querela* y que ahora es menos rigurosa, ya que no provoca la anulación del testamento, sino sólo la nulidad parcial de la institución.

Ahora bien, si el testador no ejercita los poderes que la ley le confiere respecto a sus íntimos parientes en un testamento, ya sea desheredándolos justa o injustamente, imputándoles o reconociéndoles donaciones, legándoles una cosa o cuota de la herencia o instituyéndoles herederos, la propia ley sanciona su incuria con la preterición y le anula la institución de heredero para que reviva la cualidad de heredero ínsita en el legitimario, si éste lo insta o pide.

Se trata de una responsabilidad del testador, sancionada con la nulidad de la institución de heredero y en la que se incurre por no ejercitar unos poderes que se le confieren para el cumplimiento de los deberes de piedad hacia los parientes íntimos.

Si el poder se ejercita injustamente, revocando sin razón la cualidad de heredero, imponiéndole gravámenes, condiciones, plazos o modos o asignándole cosas o cuotas inferiores a la legítima, la incuria es menos grave y la sanción más leve, graduándose, además, según los casos.

La preterición como desconocimiento de la cualidad de heredero latente en el legitimario, exteriorizada en el no reconocimiento de esa cualidad, en la no negación o en la no atribución material de su participación en la herencia, es un acto contrario a la ley de las legítimas, que reconoce en el legitimario una cualidad en potencia de heredero que sólo el testador puede confirmar, revocar o desviar, y si no lo hace en su testamento, éste contraría la ley de las legítimas.

La preterición es la infracción de la limitación impuesta a la libertad de testar en atención a la cualidad de heredero latente en legitimario.

Los poderes dispositivos del deudor o del representante del menor o del ausente no están sujetos a ninguna restricción en la cual pueda fundarse la rescisión; al contrario, ésta es "un remedio *in extremis*, arbitrado para evitarle al protegido un perjuicio resultante del juego normal de la ley, pero que se estima especialmente injusto" (108).

4) El argumento de la no declaratividad de oficio no es decisivo después de lo que hemos dicho. No obstante, creemos que debe declararse, si se prueba la preterición, si se alega simplemente el Juez podrá comprobarla en virtud de una diligencia para mejor proveer. Si la acción es renunciable, si pueden celebrarse convenios

sobre ella, si la preterición es convalidable, probados documentalmente cualquiera de estos actos, no procede la declaración de oficio; pero si el preterido está ausente y hay pruebas de su preterición, debe declararse de oficio.

c) La cuestión del heredero aparente.

Si la rescisión es una acción que actúa *in personam* y *ex nunc* (art. 1.295) y los negocios jurídicos rescindibles son válidos (art. 1.290), la disposición hecha por el heredero aparente de bienes herenciales antes de rescindirse la institución es válida e inatacable frente al adquirente de buena fe. Tanto el negocio jurídico *mortis causa* (institución de heredero) como el *inter-vivos* (venta del bien herencial adjudicado) son válidos.

Si la institución es nula, la acción derivada de la preterición actuará *in rem* y *ex tunc* y la nulidad de la institución acarreará la de la enajenación del heredero aparente, siendo ambos negocios jurídicos nulos.

No vamos a hacer una exposición de la figura del heredero aparente (109), sino a centrar la cuestión en la preterición.

El heredero aparente es el heredero instituido en virtud de un negocio jurídico *mortis causa* inválido o el heredero declarado por la improcedente apertura de una sucesión intestada.

La invalidez de la institución de heredero puede provenir de la revocación del testamento por otro posterior o de la nulidad del testamento por cualquier vicio de forma (art. 687), de voluntad (673), etcétera, o de la existencia de un testamento que impida la apertura de la sucesión intestada conforme al artículo 912.

El heredero aparente puede ceder su llamado "derecho hereditario", puede enajenar bienes herenciales concretos, si es único o después de la partición, si hay dos o más herederos.

(109) Puede consultarse entre otros los siguientes trabajos: BIONDI: *Diritto ereditario romano*. Milán. Giuffré 1954, págs. 402 y ss., especialmente 411 y s. GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *El Registro de actos de Última Voluntad* publicado en el año 1930 en la R. C. D. I. y reproducido en sus *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil* T. III. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid 1948, págs. 399 y ss. FONCILLAS: *El heredero aparente* R. C. D. I., páginas 81 y ss. ROMERO VIETEZ: *Medios de acreditar la vigencia de un testamento: el Registro General de Actos de Última Voluntad*. Madrid 1950. JORDANO BAREA: *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros* A. D. C. julio-septiembre de 1950, págs. 673 y ss. LADARIA CALDENTEY: *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona. Bosch., 1952, págs. 228 y ss. ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario* T. I. Barcelona. Bosch., 1948, págs. 480 y ss. SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho hipotecario* T. I., I. E. Reus. Madrid 1955, págs. 388 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Los artículos 28 y 207 de la L. H. y el principio de legitimación registral* R. C. D. I., 1947, págs. 464 y ss. LA-CRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*. Zaragoza 1957, páginas 281 y ss. y también en *Derecho de sucesiones. Parte general*. Barcelona. Bosch., 1961, págs. 594 y ss. DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe*. Barcelona. Bosch. 1965, págs. 277 y ss. y nuestra ob. cit., pág. 192.

El supuesto de venta de la herencia por el heredero aparente, si éste es único, está regulado en el artículo 1.531 del C. c. "El que venda una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero." Si es un heredero aparente, no podrá responder y estará sujeto al saneamiento por evicción.

Si vende una o más cosas de la herencia o todas enumerándolas o describiéndolas, el tratamiento jurídico es idéntico, hay evicción, el comprador puede exigir el saneamiento al heredero aparente, conforme a los artículos 1.475 y ss. del C. c. y el heredero real recuperará los bienes herenciales ejercitando la acción reivindicatoria.

Si el heredero aparente es uno de los coherederos y cede su "derecho hereditario", la solución debe gobernarse por el artículo 1.531, ya que entre supuesto de hecho de este artículo y el caso que ahora examinamos hay la misma *ratio iuris* y procede la *analogía legis*.

Si vende bienes concretos el heredero aparente y hay varios herederos, será necesaria la partición o la previa adjudicación, como hemos sostenido en otra ocasión (110), mas tanto la partición como la previa adjudicación son nulas, conforme al artículo 1.081, que dice: "La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo, será nula". Este precepto, como dijimos en otra ocasión (111), da un tratamiento jurídico específico al heredero aparente en la partición y decreta la nulidad de la misma. Por tanto, estamos también en un caso de evicción, pudiendo el comprador exigir el saneamiento al heredero aparente y el real reivindicar las cosas herenciales vendidas.

Si la cesión de la herencia o de la cuota hereditaria, o la enajenación de bienes concretos se hace por otro contrato traslativo del dominio y oneroso, el tratamiento jurídico es idéntico por existir la misma *ratio iuris*.

Si el contrato es gratuito, si es una donación, la evicción y el saneamiento se rigen por el artículo 638 del C. c.

La nulidad de la enajenación de bienes herenciales hecha por el heredero aparente está presupuesta por el artículo 28 de la L. H., que suspende la vigencia del artículo 34 de la L. H. durante dos años contados desde la muerte del causante. Esta norma contiene una importante interpretación legal, en el sentido de considerar nulo el título del heredero aparente, ya que si fuese válido sería superfluo el juego del artículo 34.

Si la acción derivada de la preterición fuese rescisoria, las enajenaciones o cesiones del heredero instituido serían válidas, ya que su

(110) Véase nuestro trabajo: Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo. R. D. N. julio-diciembre de 1965, páginas 83 y ss. La partición o previa adjudicación deben hacerse en escritura pública a efectos del tracto sucesivo registral, pero son válidas si se hacen de palabra o en documento privado, aunque en estos casos no serán inscribibles y tampoco la venta.

(111) La legítima en el Código civil cit., págs. 160 y s.

título adquisitivo sería rescindible, y mientras no se rescindiere sería un heredero, que no nos atrevemos a calificar de aparente porque su título adquisitivo es válido, aunque rescindible, porque perjudica al legitimario preterido. Rescindido el título, no procedería la reivindicación de heredero real, no habría evicción ni saneamiento y la partición, en su caso, no se habría hecho con uno a quien se creyó heredero sin serlo, sino con un heredero que después dejó de serlo.

Todo esto no nos parece aceptable, máxime en un Derecho como el nuestro, en el cual uno de sus principios tradicionales es el de la "preferencia de la causa moral sobre la seguridad del tráfico" (112).

La sanción jurídica a la preterición no puede ser otra que la nulidad de la institución de heredero y la figura, en su caso, del heredero aparente del instituido.

Decimos en su caso, porque frecuentemente el heredero instituido no será un puro heredero aparente. Vamos a detenernos en esta cuestión.

Si el instituido es un extraño o un ascendiente no legitimario, la preterición causa la nulidad de la institución, lo mismo que si son varios los instituidos y ninguno es legitimario. En estos casos surge para la figura del heredero aparente y el tratamiento jurídico de sus actos dispositivos es el que hemos predicado para el heredero aparente hace poco.

Pero si el instituido o los instituidos son legitimarios, la cuestión cambia; se anula la institución de heredero, como en los casos anteriores, mas surge de nuevo esta cualidad en los instituidos por vía de sucesión intestada.

La aceptación hecha por el heredero testamentario, cuya institución se anula por preterición, es irrevocable.

Las consecuencias son muy relevantes, pues presentan un tratamiento jurídico diverso de los casos en que surge la figura del heredero aparente, y que aquí no existe o sólo se la puede admitir en un sentido muy amplio, centrandó el concepto en un título documental o formal y no en el título causal o material. El verdadero concepto es éste, ya que el heredero lo es en relación a una herencia y no a un documento o título.

El artículo 1.531 no puede entrar en juego como en el caso de evicción total, porque el vendedor de la herencia es heredero, aunque el comprador de la herencia adquiere ahora sólo la mitad o un tercio. No creemos que sea un caso de evicción parcial, al cual habría que aplicar por analogía el artículo 1.479-I. Entendemos que la venta de una herencia tiene un matiz aleatorio y deben aplicársele los preceptos que lo prevén, rigiéndose por el artículo 1.532.

Si el legitimario instituido ha vendido cosas concretas, entendemos que la venta es nula, consecuencia de la nulidad de la institución y de la necesidad de la partición y la previa adjudicación.

(112) Resaltado este principio por DE CASTRO: Derecho civil de España. Parte General I. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1949, pág. 423.

Si uno de los colegitimarios instituidos cede su llamado "derecho hereditario" y luego se anula por preterición la institución, siendo heredero intestado, creemos que la cesión es válida, y se rige por el artículo 1.532 por analogía. El hecho de que esa cuota disminuya o aumente (en este caso, v. gr., por repudiación de uno de los herederos instituidos), hace preferible aplicar dicho artículo, que refleja el carácter, en cierto modo aleatorio, de los negocios sobre la herencia indivisa.

Si se hizo la participación o la previa adjudicación y la venta de una o más cosas herenciales, y después se anula la institución por preterición de otro colegitimario, se plantea el problema de si juega o no el artículo 1.080 del C. c. En otra ocasión hemos negado la aplicación, su aplicación al caso de preterición, fundándonos en que tenía su regulación en el artículo 814 (113), y así también lo afirma la S. de 15 de octubre de 1957. Sin embargo, quizás sea exacta la opinión contraria (114). El supuesto de hecho del artículo 814 es diverso al del artículo 1.080, ambos supuestos no son incompatibles y el principio de conservación de la partición debe respetarse y salvarse mediante el pago al heredero preterido siempre que no haya habido dolo.

Si hubo dolo, la partición es anulable y la acción de anulación actúa *in rem* y *ex tunc* (art. 1.303 del C. c.) y arrastra, por tanto, la nulidad de la venta.

Si no hubo dolo, la partición es válida y el preterido sólo puede exigir el pago de la parte que proporcionalmente le corresponda, siendo válida la venta.

Cuestión diversa ocurre si además de los legitimarios instituidos lo están también uno o más extraños y hay preterición. En este caso, aunque la venta de cosas herenciales se haya realizado por un legitimario que no sea heredero aparente, es nula, porque lo es la partición conforme al artículo 1.081. Si lo que hubo es cesión del derecho hereditario por el legitimario, la solución no varía, es válida y regida por el artículo 1.532. Si cedió o vendió el instituido no legitimario, venta y cesión son nulas y habrá evicción y saneamiento.

III. CONCLUSION FINAL

Desheredación es la negación expresa de la cualidad de heredero latente en un legitimario.

La desheredación es justa o injusta. Aquélla es negación expresada en el testamento, fundada en una causa legal y que se prueba. Esta es también negación expresada en el testamento, con causa legal que no se prueba, con causa no legal o sin mención de la causa.

(113) En nuestra ob. últ. cit., pág. 163.

(114) Sustentada por VALLET DE GOYTISOLO, ob. últ. cit., págs. 101.

Preterición es el total desconocimiento en el testamento de la legítima de un legitimario.

No desconoce la legítima quien expresamente la niega justa o injustamente (desheredación) ni quien en su testamento dispone o reconoce haber dispuesto de algo imputable a la legítima de un legitimario.

La disposición o reconocimiento ha de hacerse en testamento y puede consistir en la institución de heredero del legitimario o en un legado o en una donación imputable a la legítima.

Lo importante es la atribución al legitimario y no el título; por esto la preterición es siempre material; si no hay asignación de una cosa o cuota imputable a la legítima, hay preterición. La mención de legitimario relevante es la del sujeto de un título adquisitivo *mortis causa* o de una titularidad de un derecho imputable a la legítima.

La mención testamentaria extraña a un título adquisitivo que no se refleje en la legítima por el túnel de la imputación es una fórmula irrelevante jurídicamente, a menos que implique desheredación. Pero en este caso estamos al margen de la preterición. Por estas razones, la preterición formal como atribución de la legítima fuera de la institución es ajena al Código civil.

La inoficiosidad total está absorbida en la preterición o en la desheredación. En aquélla, en cuanto que sólo impide la preterición la disposición testamentaria imputable a la legítima, siendo preterición la inoficiosidad total no embebida en la desheredación injusta y siendo imposible la inoficiosidad total sin preterición, salvo en los casos de desheredación injusta.

La inoficiosidad total, si hay desheredación injusta, es desheredación y no inoficiosidad.

La inoficiosidad total no es posible en nuestro Código civil, y si admitiésemos que lo fuese solamente a efectos dialécticos, su admisión se fundaría en la existencia de menciones testamentarias extrañas a los títulos adquisitivos con los que el testador puede cumplir con la legítima; mas este caso, inadmisibles legalmente, encontraría un nuevo obstáculo al pretender explicar la adquisición de la legítima por el legitimario, la cual no podría explicarse como heredero intestado sin la previa nulidad total o parcial de la institución.

Si explicamos *ex lege* la adquisición, nos hundimos en el sistema germánico de delación forzosa como tercer género sucesorio, que desconsidera en absoluto la voluntad del testador. Con la grave consecuencia de que casos cualitativamente iguales, pero cuantitativamente muy diversos, tendrían idéntica solución. En el derecho germánico la cualidad de heredero es actual, nace automáticamente a la muerte del causante, no está latente ni es potencial.

El efecto de la preterición respecto de la institución de heredero es la nulidad de la misma. La rescisión no tiene explicación histórico-legal, no satisface las exigencias estructurales del negocio rescindible, que es un negocio jurídico válido, contraviene el fundamento de la

preterición y resuelve contra los principios de nuestro Código civil la calificación jurídica de los actos dispositivos del heredero aparente.

La preterición es un acto contrario a la ley, que consiste en el no ejercicio de los poderes del testador respecto a la posición jurídica sucesoria de sus legitimarios y sancionado con la nulidad de la institución.

Nulidad que es parcial en el caso de ejercicio injusto negando la cualidad de heredero al legitimario (desheredación).

Los demás abusos del testador en el ejercicio de sus poderes sucesorios frente a los legitimarios se sancionan con la reducción de sus disposiciones excesivas (inoficiosidad cuantitativa), rectificando legalmente la disposición o desconsiderándola plenamente (inoficiosidad cualitativa).

