

núm. 2.º del art. 912, conforme al cual «la *sucesión legítima* tiene lugar cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo ó en parte de los bienes—que á eso equivale su anulación ó nulidad en el caso de preterición—, ó no dispone de todos los que corresponden al testador»; y «en este caso la sucesión tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto».

La consecuencia de la anulación ó nulidad de la institución de heredero por preterición de uno, varios ó todos los forzosos en línea recta, es la apertura de la sucesión intestada, *total ó parcial*. Será total, cuando el testador que comete la preterición, hubiere dispuesto de todos los bienes por título universal de herencia en favor de los herederos instituidos, cuya institución se anula, porque así lo exige la generalidad del precepto legal del art. 814, al determinar, como efecto de la preterición, el de que «anulará la institución de heredero». Cierto es que la preterición está introducida, como remedio jurídico, por sus efectos, en nombre y para garantía de la integridad de la legítima de los herederos forzosos y como consecuencia del precepto del 813, de que «el testador no podrá privar á los herederos de su legítima, sino en los casos expresamente determinados por la ley», que son los de desheredación con justa causa.

Cierto es, también, que en la desheredación es muy otro el criterio del Código y que su fórmula legal, en cuanto á sus efectos, es de alcance más limitado (1), puesto que, conforme al art. 851, la desheredación hecha sin condiciones de validez, «anulará la institución de heredero», lo mismo que la preterición, pero sólo «en cuanto perjudique al desheredado»; es decir, nada más que en lo que menoscabe ó desconozca sus derechos á la legítima, y, por tanto, en la parte cuota ó cantidad que represente en el caudal hereditario, atendida la condición de legitimario del desheredado de modo ilegal é ineficaz; salvedad ó limitación de los efectos de nulidad de la institución hecha en el testamento, que no existe, según se ha visto en el 814, por el que se declara, en forma general é indistinta, que anulará la institución de heredero sin ninguna atenuación respecto de que perjudique ó no, total ó parcialmente, la cuantía de la legítima del heredero forzoso en línea recta, preterido.

El resultado de ambos criterios y fórmulas legales, manifiestamente distintas, tiene que ser muy diverso. En el caso de la preterición, propiamente tal ó *total*—pues si fuera *parcial* y se le dejara algo al heredero forzoso por cualquier título, aunque ese algo no fuere suficiente al pago de sus derechos de legítima, no sería caso de *preterición*, regulado por el art. 814, sino de *complemento*, regido por el 815, y la institución no se anularía, sino que se modificaría ó disminuiría en lo necesario para dicho complemento—ó de institución de heredero en toda la herencia, al anu-

(1) Explicado en el núm. 23 de este capítulo.

larse la institución, por efecto de la preterición, se abre la intestada en favor del preterido ó preteridos, respecto de toda la herencia, también; mientras que en el caso de desheredación y de institución en la totalidad de la herencia á favor de otra persona, sólo se anulará en la parte precisa para no perjudicar la legítima del desheredado, que aun siendo en este caso la *lata*, si no hubo mejoras, porque no se establecieron ó porque los instituidos eran herederos voluntarios, dejaría subsistente la institución en la parte correspondiente al tercio de libre disposición. Así es que los preteridos, en el supuesto indicado, suceden *abintestato* en todo, en concurrencia con los demás herederos forzosos ó llamados por la ley *abintestato*; los desheredados, únicamente en dos tercios ó en uno tan sólo, en la hipótesis de haberse ordenado mejoras.

En cambio, ni por la desheredación ni por la preterición pierde su fuerza el testamento, en cuanto á dicho tercio libre, si se trata de descendientes; ó la mitad, si se trata de ascendientes, ya desheredados, ya preteridos, porque, ni por el uno ni por el otro medio, se anula más que la institución de heredero, en general, y totalmente por la preterición, y sólo en cuanto perjudique á la legítima del desheredado por la desheredación; pero subsistiendo, en ambos casos, todas aquellas otras disposiciones que no se refieren á la institución de heredero y se hallen dentro del límite cuantitativo del tercio ó mitad de libre disposición, según que se trate de descendientes ó ascendientes, preteridos ó desheredados.

La invocación del art. 817 para modificar estos efectos de la preterición, procurando limitar la anulación de la institución de heredero sólo en cuanto perjudique á la legítima, fundándose en que dicho artículo establece que «las disposiciones testamentarias que menguan la legítima de los herederos forzosos se reducirán, á petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas ó excesivas», no es aceptable ni puede variar aquellos resultados, porque es un precepto de *carácter general* en toda otra clase de disposiciones testamentarias que produzcan el efecto de menguar la legítima, que no puede anteponerse, en su aplicación, á las de *indole especial* para señalar los efectos de la preterición ó de la desheredación, regulados privativa y respectivamente por los arts. 814 y 851.

2.º No obstante la preterición, «valdrán las mandas y legados en cuanto no sean inoficiosas». El texto es terminante y no necesita mayor explicación, después de lo dicho, que su propia letra, á no ser para observar que constituye una confirmación indudable de los efectos de la preterición, en cuanto alcanzan *sólo, pero totalmente*, á la anulación de la institución de heredero, pero no á la de las mandas y mejoras en cuanto no sean *inoficiosas* ó perjudiquen á la legítima de los preteridos; calificativo de tales, como sinónimo legal de *excesivas*, que en otros artículos, como el 817, establece la ley.

b. *Preterición en testamento del viudo ó viuda.*

Conforme al segundo párrafo del art. 814 del Código, son tres: 1.º, no anular la institución de heredero; 2.º, conservar el cónyuge viudo ó viuda los derechos que les conceden los arts. 834 á 837, ambos inclusive, de aquél; y 3.º dejar subsistentes los legados y mejoras.

1.º La legítima viudal que reconoce al cónyuge superstite el núm. 3.º del art. 807 (1) en la forma y medida que establecen los 834 á 837—debió añadirse el 839— (2), no es incompatible con cualquiera institución de heredero, forzosa ó voluntaria, porque no modifica ni el número ni la cuantía á percibir, por ministerio de la ley ó por disposición del testador de los herederos instituidos, dada su condición especialísima de ser *usufructuaria*, ó sólo en el usufructo, en cuota igual á la que por legítima corresponda á cada uno de los hijos ó descendientes legítimos no mejorados, cuyo usufructo se aplicará: al tercio destinado á mejora, si el testador dejare hijos ó descendientes; á la tercera parte de la herencia, sacada de la mitad libre, si dejare ascendientes; á la mitad de la herencia, si no dejare descendientes ni ascendientes legítimos; y si dejare hijos de dos ó más matrimonios, según el art. 839, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de *segundas nupcias* se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres.

2.º «Conserva el cónyuge viudo los derechos, que le conceden los expresados artículos.» Esto equivale á decir que la preterición no puede menoscabarlos, porque no dependen de su reconocimiento por el testador, cónyuge premuerto, sino del ministerio de la ley, que se los otorga; así como sería nula cualquiera disposición de la voluntad de aquel que los desconociera ó menoscabara, por la sanción general de nulidad del art. 4.º (3) del Código, de que «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez», y no se registra ningún otro precepto que autorice esta excepción.

3.º «Validez de las mandas y mejoras», pues aunque este segundo párrafo del 814 no lo expresa así, como el primero del mismo, es porque no era necesario, ni tampoco añadirle la última frase de aquél «en cuanto no sean inoficiosas», toda vez que, dada la naturaleza usufructuaria de la legítima viudal y la forma de su pago, en las diferentes hipótesis, cualquiera que sea el número de mandas y de mejoras, podrá cumplirse con tanta más razón cuanto que no se relaciona, ni contradice, á ningún derecho de legítima, y subsistiendo dicha validez de mejoras y legados, á pesar de la preterición de herederos forzosos en línea recta, aunque se anule la institución de heredero, con mayor motivo han de subsistir éstos

(1) Explicado en el núm. 41, cap. 15.º de este tomo.  
 (2) Idem en el núm. 173, ídem id.  
 (3) Idem en los núms. 61, 62 y 87, cap. 19.º, t. II, 2.ª edic.

enfrente sólo de los derechos de cuota usufructuaria por legítima del viudo ó viuda.

c. *Preterición hecha en la partición.*

Según el art. 1.080 (1), la partición *hecha con preterición* de alguno de los herederos, no se rescindirá, á no ser que se pruebe que hubo mala fe ó dolo por parte de los interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente les corresponda.

Sin perjuicio de mayores explicaciones acerca de este artículo en otro pasaje de este libro (2), para las que ahora son pertinentes, bastará observar que suena aquí la palabra *preterición* en un lugar del Código algo extraño (3), entre otros preceptos relativos á la *rescisión de la partición*, con un significado gramatical igual al en que se emplea en la doctrina de su ordinaria filiación jurídica, ó sea en la institución de heredero, como complementaria de las legítimas.

Es, pues, como en aquélla, el hecho de omitir, pasar en silencio, prescindir ó no tomar en cuenta á alguno de los herederos en la partición de la herencia, no nombrándolo ni asignándole participación alguna; que, dado el carácter contractual que, mediante la aceptación de ésta y la aprobación de aquélla, adquiere, en virtud de ambos hechos, la sucesión *mortis causa* á que se refieren, y aun el principio general del art. 1.073 (4), que muestra una vez más ese criterio similar de que «las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones», no deja de resultar un precepto especial de excepción, tanto de la doctrina contractual, como del sentido y aplicaciones tradicionales en nuestro Derecho, de la palabra *preterición*.

Además, para una rigurosa construcción técnica del Código, se ofrece el reparo de que, haciendo jugar esta materia de preterición, cometida en la partición de una herencia, en la doctrina de la rescisión de las particiones, no se acomoda su supuesto con los de la rescisión de los contratos á que se asimila, según los arts. 1.291 y 1.292, y más parecería hipótesis de *nulidad* del 1.300, en relación con el 1.261 (5), por el principio general de la *falta de consentimiento*, que significa el olvido ó falta de presencia ó de ser tomado en cuenta un heredero en la partición de una herencia en que fué instituido.

Sea de ello lo que quiera, el art. 1.080 se inspira en el criterio de economizar los casos de rescisión ó de nulidad, y, en suma, de *insubsistencia* ó ineficacia de la partición, convalidándola en el caso de *preterición*

(1) Explicado en el cap. 28.º de este tomo.  
 (2) Cap. 28.º de este tomo.  
 (3) Sección 4.ª, cap. 6.º, tít. 3.º, lib. III.  
 (4) Explicado en el cap. 28.º de este tomo.  
 (5) Explicados todos estos artículos en los núms. 27, cap. 14.º, y 47, cap. 10.º, t. IV, 2.ª edición.

en la misma de un heredero, «á no ser que se pruebe que hubo mala fe ó dolo por parte de los otros interesados», y subsanando aquel defecto con la obligación en éstos «de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda». Tal vez este remedio constituye una desviación de los principios y un arbitrio legislativo, poco conforme con el rigorismo del Derecho, aparte de la condicional, de más ó menos difícil justificación y práctica de la prueba necesaria de haber mediado mala fe ó dolo por parte de los otros interesados—lo cual indica que la buena fe se presume en este caso, también, mientras no se pruebe lo contrario, y que se carga esta penosa obligación sobre el perjudicado ó preterido, que ha de seguir un juicio declarativo (1)—, por lo difícil que suele ser la justificación del dolo y aun más de la mala fe, como tesis legalmente indefinida, y no menos las diferencias entre lo uno y lo otro, sometido todo á la apreciación de los Tribunales.

Pudiera muy bien ser que lo que fué en la mente del legislador propósito de favorecer al heredero preterido en la partición, y aun en los demás, poniendo ésta fuera del alcance de la rescisión por motivo tan saliente como el de haber prescindido de alguno de ellos, resultara contraproducente, y más llano el haber declarado la rescisión, sin hacer depender su procedencia de la precisa prueba del dolo ó de la mala fe por parte de los *otros interesados*, cuyo plural también se presta á entender que es preciso que todos los demás, menos el preterido, hayan obrado con ese dolo ó mala fe que aquel viene obligado á probar, aunque entendemos que no sería de justicia ni buena inteligencia del precepto legal, negar ese remedio de la *rescisión*, aunque dicha prueba no afectara á todos sino á alguno de ellos (2). Declarada judicialmente ó acordada por los interesados la *rescisión* cuando proceda, se hará otra partición que la sustituya y en la que no sea preterido el heredero que lo fué y probó el dolo ó mala fe de los demás.

Para la finalidad del art. 1.080, que consiste en evitar la rescisión de la partición por preterición en ésta de un heredero, cuando tuvo lugar sin dolo ó mala fe, es decir, *de buena fe*, pueden servir de supuesto todos aquellos casos de ignorancia de la existencia del heredero legítimo ó voluntario, por desconocer el nacimiento del primero ó su calidad de tal como hijo natural en virtud de posterior reconocimiento (3) que se ignora,

(1) Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de Octubre de 1898, inserta en el núm. 13 de este capítulo.

(2) La explicación de esta doctrina de rescisión de la partición corresponde á otro lugar. Cap. 28.º de este tomo.

(3) Pero siempre que se trate de la preterición, en la partición, de heredero forzoso instituido en el testamento, ó, en su defecto, de quien haya sido declarado judicialmente tal heredero en el *abintestato* ó en pleito promovido impugnando su omisión en un testamento, ó, á lo sumo, de quien no teniendo acreditada esa cualidad por ninguno de

interpretación equivocada de un testamento, ausencia de largo tiempo del heredero en paradero ignorado, ó presunción de muerte, ineficacia de una repudiación de herencia posteriormente declarada ó no conocida; es decir, todos aquellos casos en los que la preterición del heredero sea racional y legalmente compatible con la buena fe de los demás interesados en la herencia y de los contadores partidores que hicieron la partición, prescindiendo del preterido.

El efecto de la preterición, en esta hipótesis de la buena fe, para la cual se escribió este artículo, consiste en el general contrario al de los casos en que medió dolo ó mala fe para preterir, ó sea que *no procederá la rescisión* ó anulación ó nulidad, que se diría, en la preterición de *institución* de heredero.

En sustitución de este recurso de *rescisión*, de que se priva al heredero preterido de buena fe en la partición, se introduce el remedio legal compensatorio, por este art. 1.080, de *declarar obligados á los demás á pagar al preterido la parte que proporcionalmente les corresponda*, es decir, á prorrata de su haber hereditario, deduciendo de él el importe necesario para integrar la participación correspondiente al preterido, el cual deberá ser satisfecho de su derecho con arreglo al criterio legal de adjudicación que establecen los arts. 1.061 y siguientes (1) y su concordante, por analogía, el 1.307 (2), en cuanto á las cosas de la herencia que se hubieren perdido y pudieren haberle sido adjudicadas, en todo ó en parte, al efecto de restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha, si es que los anteriormente citados, y especialmente el 1.063, no sirven á satisfacer el proporcional reintegro correspondiente á la participación del preterido, por la calidad de las cosas hereditarias y eventualidades sobrevenidas en ellas después de *ultimada* la participación en que lo fué (3).

esos dos medios, tenga el concepto de hijo ó descendiente legítimos y el de *póstumo*, nacido después de morir ó de testar su padre, madre ó ascendiente; y no ni nunca de aquel que, no hallándose en ninguno de los tres casos anteriores, por ejemplo, un hijo ilegítimo, que no cuente con el reconocimiento de los padres, ó de cualquiera de ellos ó sentencia firme en que se declare tal calidad, aunque tuviera condiciones para que así pueda hacerse, mientras no se pronuncie aquélla; no siendo lícito pretender subsanarlo los partidores, ó los interesados incluyendo en la partición á quien no reúna alguna de aquellas circunstancias, ni el indispensable título previo de heredero, por mero arbitrio de los unos y conveniencia de los otros, y so pretexto de subsanar sólo *material*, pero no *legalmente* la supuesta *preterición*, sin duda por error fundamental acerca del verdadero concepto legal y jurídico de dicha *preterición*, de transcendencia, por la dificultad ó imposibilidad legal de su inscripción en el Registro de la propiedad.

(1) Explicados en el cap. 28.º de este tomo.

(2) Idem 27 id., cap. 14.º, t. IV, 2.ª edic.

(3) No vemos la analogía ni pertinencia con que, respecto de este punto, invoca el escritor Sr. Manresa—ob. cit., t. VII, pág. 699—el pár. 2.º del art. 840, especialísimo, respecto del derecho de los hijos legítimos para satisfacer á los naturales la cuota que

Las dos soluciones que ofrece el art. 1.080, como consecuencia de la preterición de un heredero en la partición, nos parecen aplicables á todo caso en que tengan lugar cualquiera que sea el número de herederos que figure en aquélla, y aunque fuere uno solo y la operación se limite á lo que ordinariamente se llama *escritura de declaración*, limitada á las operaciones siempre necesarias de inventario, avalúo, liquidación y adjudicación, siquiera sea sólo en favor de un heredero que aparece como único interesado y acepta la herencia; y no se diga que *parte* con otros la misma, pues al reclamar su derecho el preterido, si prueba el dolo ó la mala fe de aquél, deberá rescindir la partición — que tal es, aunque se reparta ó aplique el líquido de la herencia, correspondiente á la institución, en favor de uno sólo— y si hubo buena fe, sobrevendrá la obligación del mismo, «de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda», que será, realmente, hacer una nueva partición ó distribución de los bienes hereditarios, y, por esto, no creemos sustentable la opinión de algún escritor (1), al estimar que á este caso no será aplicable el art. 1.080. Entendemos lo contrario; porque, de otro modo, parece que se confunden los conceptos jurídico y gramatical de la palabra *partición*.

36. Se determina la *extinción de la preterición*, por desaparecer el supuesto en que se funda, según declara el párrafo 3.º del art. 814, cuando dice: «si los herederos forzosos preteridos mueren *antes* que el testador, la institución *surtirá efecto*»; es decir, que no se anulará, como dispone el párrafo primero del mismo artículo, porque falta la razón fundamental de que contrarie ó menoscabe los derechos que á la legítima tenía el heredero preterido, desde el momento en que premurió al testador.

Produce los efectos de la premoriencia indicada, la *presunción de muerte*, sujeta á las reglas de los arts. 191 á 198 (2); y, también, en cuanto á los póstumos preteridos, á quienes se aplican los efectos de la preterición, según la regla del art. 29, cuando no nacen con las circunstancias de viabilidad legal que les reputan legalmente nacidos, para los efectos civiles, conforme al art. 30 (3).

les corresponda en dinero ó en otros bienes de la herencia á justa regulación; por consiguiente, no creemos este criterio, como *legal*, de aplicación general al supuesto del 1.080, que explicamos.

(1) Manresa, ob. cit., t. VII, pág. 701.

(2) Explicados en los núms. 22 y 23, cap. 15.º, t. II.

(3) Idem id. 17 y 18, cap. 6.º, id.

## ART. III

## RÉGIMEN VIGENTE

## § 1.º

## Criterio de transición.

37. REGLAS DE DERECHO.—Las únicas, más procedentes, de consignar aquí, son:

*Primera.* Respecto de la *desheredación* como se han modificado en algo el número y especies de las causas justas de desheredación, y aun hecho de ellas nuevas aplicaciones á personas que *antes* no eran herederos legítimos, cada caso de desheredación se regirá por la ley vigente á la fecha del testamento en que se hizo, cualquiera que sea la en que fallezca el testador, antes ó después de empezar á regir el Código, conforme al párrafo primero de las reglas *primera* y *segunda* de las *Disposiciones transitorias*, y aun á tenor del párrafo primero de la regla *duodécima*, para los testamentos de los que hubieren fallecido *antes* de hallarse en vigor el Código.

*Segunda.* En esta materia de desheredación no será obstáculo al criterio consignado en la regla anterior, ni, por tanto, *aplicable* á la desheredación hecha en testamento anterior al Código, la segunda parte de la expresada regla *duodécima*, puesto que ésta se refiere á que la herencia de los fallecidos después de 1.º de Mayo de 1889, en lo de que «se adjudicará y repartirá con arreglo al Código», el cual, únicamente, sería de pertinente aplicación, en tal supuesto, por lo que se refiere á los *efectos* de la *desheredación*, en testamento otorgado en cualquier fecha, si se trata de testador que falleció *después* de estar vigente el Código, los cuales *efectos* han de regularse por los arts. 857, segundo párrafo del 973, y núm. 4.º del 152, en los términos en que se dejan explicados (1).

*Tercera.* También respecto de la *desheredación*, si ésta pierde su eficacia por cualquiera de las causas que la hagan *insubsistente*, según las leyes anteriores al Código, cuando resulte hecha en testamento otorgado rigiendo las mismas, esto no obstante, al anular, también, como ellas disponían, la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado en su legítima, dejarán, sin embargo, válidos los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen á aquélla, de conformidad con la parte final del art. 851 del Código y con la segunda y tercera prescripción de la regla *duodécima* de las transitorias.

*Cuarta.* Finalmente, asimismo, respecto, de la *desheredación*, cualquiera que sea la fecha del testamento en que aquélla se ordenara, ó la

(1) Núm. 24 de este capítulo.