

La preterición intencional y el apartamento en la legislación foral de Bizkaia

JULIÁN MARÍA ARZANEGUI SARRICOLEA (†)

Abogado, Magistrado del Tribunal Superior del País Vasco y miembro de AVD/ZEA.

El Grupo de Estudios del Derecho Civil Foral del País Vasco, integrado en el Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, viene realizando interesantes aportaciones al mejor conocimiento de nuestro Derecho Foral, a través del análisis de sus instituciones.

Una de las más recientes cuestiones que está siendo estudiada por el Grupo se refiere a la relación entre la preterición intencional y el apartamento, y sobre esta materia sugiere mi colaboración, lo que verifico con el propósito de que las reflexiones que expongo puedan servir de alguna utilidad para la labor que el Grupo de Estudios realiza.

La cuestión analizada por el Grupo de Estudios se contrae a un supuesto concreto, planteado en los siguientes términos:

El testador, que manifiesta ser de vecindad civil vizcaína, se hallaba casado y tenía dos hijos, uno de ellos de una relación anterior, y otro de su matrimonio actual.

En su testamento, el causante ni siquiera mencionó al mayor de sus hijos y, consiguientemente, no hizo ninguna atribución de bienes a su favor y, después de otras varias disposiciones que no hacen al caso, entre ellas la de otorgar poder testatorio a su esposa, manifestó tener un hijo de su vigente matrimonio y nombró “único y universal here-

dero de todos los bienes que el comisario no hubiere dispuesto, a su citado hijo, sustituido vulgarmente por sus descendientes”.

En el supuesto estudiado nada se dice sobre el régimen económico que regía el matrimonio del causante, por lo que la cuestión que aquí se comenta no alcanza a la materia de los bienes que integran el caudal hereditario del testador.

Y es sobre el planteamiento que se ha recogido como se ha de analizar al problema de la validez del testamento y, en definitiva, el de los derechos que en la herencia del testador pudiera ostentar el mayor de sus hijos.

LA PRETERICIÓN

El Código Civil no expresa el concepto de preterición, cuyo significado parece darlo por supuesto.

Por su parte VALLET DE GOYTISOLO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, 2ª edición, pág. 169) resume el concepto de preterición como “*la omisión de algún legítimo en línea recta cuando no resulte, ni del texto ni del contexto del testamento, que el testador hubiera querido excluirle*”, ya que si se apreciara esa voluntad de exclusión se habría producido, dentro de la normativa del Código Civil, una desheredación injusta.

Los distintos supuestos que consistan en la falta de mención y consiguiente falta de atribución de bienes a un legítimo, o en la mención del legítimo pero sin atribuirle bienes en el propio testamento ni haberlo hecho antes por contrato “inter vivos” o en la atribución de bienes en el testamento o por donación anterior, pero por cuantía inferior a la legítima, podrían dar lugar, según los casos, a la preterición del legítimo, a su desheredación injusta o a su derecho a reclamar el complemento de la legítima.

Uno u otro desenlace derivaría de las circunstancias que, en el caso concreto, resulten al combinar las siguientes situaciones, extraídas de los supuestos que menciona VALLET DE GOYTISOLO:

A) Por lo que se refiere a la persona del legitimario: su mención en el testamento en calidad de pariente del testador; o la absoluta falta de mención; o la mención del legitimario, pero sin expresar su condición de pariente o negándola expresamente.

B) En cuanto atañe a la atribución de los bienes: la absoluta falta de disposición en el testamento a favor del legitimario; la disposición hecha en cantidad inferior a lo que por legítima le corresponda; la existencia de disposición hecha por contrato “inter vivos” a favor del legitimario, pero silenciada en el testamento; la mención en el testamento de haber dado algo al legitimario por contrato “inter vivos”, pero que resulte ser falsa; la disposición de bienes a favor del legitimario en el testamento, pero afirmando que por ley carece de derecho a ella.

En el caso que se comenta y cuyas circunstancias han quedado expuestas al principio, se omite en el testamento la mención a un legitimario, sin que tampoco, nominada o innominadamente, se haga disposición alguna de bienes a su favor, por lo que, si partimos del hecho de que el testador conocía la existencia de su hijo mayor, hemos de concluir que, en cuanto a ese hijo, nos hallamos ante un caso de preterición, que como seguidamente se indica merecerá la calificación de intencional. Por tanto, huelga aquí analizar los demás supuestos que en teoría podrían caber de entre los que genéricamente se han relacionado.

PRETERICIÓN INTENCIONAL Y PRETERICIÓN ERRÓNEA O NO INTENCIONAL

Desde antes de la reforma de 1981 del Código Civil, la doctrina distinguía los efectos de la *preterición intencional* y los de la *preterición errónea o no intencional*, aunque el Código no llegó a recoger su diferente tratamiento.

Con base en la actual redacción del artículo 814 del Código y a los fines de la cuestión que es objeto del presente comentario, nos interesa distinguir, por una parte, los distintos efectos que la ley asigna a la *preterición intencional* y a la *preterición errónea o no intencional*, y por otro lado, la razón de las diferentes consecuencias que el Código establece para cada una de esas dos especies.

A) Por lo que se refiere a los efectos de cada una de las dos especies de preterición, como indica LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil V: Derecho de sucesiones*, pág. 523), en la *preterición intencional* el legislador interpreta la voluntad del testador del modo más favorable a la conservación de sus disposiciones, evitando sólo el perjuicio de la legítima, por lo que el preterido obtendrá únicamente la legítima estricta y, en su caso, la parte del tercio de mejora que no se haya empleado en mejorar.

En cambio, en la *preterición errónea o no intencional*, los efectos son más rigurosos. Si ésta se refiere a todos los legitimarios, se anulan todas las disposiciones de contenido patrimonial; y si se refiere a algunos de los legitimarios, pero no a todos, se anula la institución de herederos y se respetan las mandas y mejoras, en cuanto no sean inoficiosas.

B) Respecto de la razón de estas diferentes consecuencias de la preterición, interpreta LACRUZ que en la *preterición intencional* la ley deja las cosas de igual modo que si el causante, que no puede desheredar a un legitimario y desea darle el mínimo legal, lo hubiera hecho así en su testamento.

En cambio, en la *preterición no intencional* la ley tiene en cuenta la más verosímil y presumible voluntad del causante, y si el testador ignoraba la existencia de todos los legitimarios, manda anular todas las disposiciones de contenido patrimonial (instituciones de heredero y legados); pero si conocía la existencia de algunos legitimarios, aunque no la de todos, anula la institución de heredero, pero respeta las mandas en lo posible.

INFLUENCIA DEL APARTAMIENTO EN LOS EFECTOS DE LA PRETERICIÓN

1. En la legislación foral de Bizkaia, la institución del apartamiento puede llegar a influir, decisivamente y en determinadas circunstancias, sobre los efectos de la preterición, cuando ésta es intencional.

Volviendo a la interpretación que hace LACRUZ, en la *preterición intencional* el Código Civil “deja las cosas de igual modo que si el causante, que no puede desheredar a un legitimario y desea darle el mínimo legal, lo hubiera hecho así en testamento”, pero en Bizkaia ese propósito del testador de excluir de su sucesión a un legitimario, que en el Código habría de ser mediante la desheredación (inviabile, si no hay causa legal para imponerla), es posible y eficaz mediante el apartamiento. Luego parece que las consecuencias de la *preterición intencional* no pueden equipararse y recibir el mismo tratamiento en la aplicación de ambos cuerpos legales. En el Código Civil, la *preterición intencional* puede lesionar la legítima del preterido, cuando éste no estuviera justamente desheredado o cuando lo hubiera sido sin causa legal. En cambio en Bizkaia se habrá de ver si la *preterición intencional* puede tener encaje en el apartamiento, porque en tal caso producirá los efectos de éste.

2. Como se ha dicho, en el Código Civil se hallan claramente diferenciados los efectos de la *preterición intencional* de los efectos de la *preterición errónea o no intencional*.

Sin embargo, en el Fuero su artículo 54 únicamente establece de manera expresa los efectos de la preterición errónea o no intencional, pero no contiene ninguna referencia explícita a la preterición intencional; y teniendo en cuenta que ese precepto regula las facultades que se reconocen al testador para distribuir libremente sus bienes entre los herederos forzosos y para apartar de su sucesión a cualquiera de ellos, esto da pie a que se pueda pensar si esa falta de regulación de la preterición intencional sucede porque en el Fuero la preterición intencional quede embebida en el apartamiento.

Por otra parte, el párrafo tercero del artículo 814 del Código Civil dispone que “los descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos” y, a su vez, el párrafo tercero del artículo 54 del Fuero establece que “los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente”, aplicándose en ambos casos una solución igual, en la que la referencia del Código al descendiente “no preterido” se sustituye en el Fuero por la del descendiente “no apartado”. La comparación entre ambos textos legales podría confirmar la idea de que el Fuero asemeja la preterición intencional con el apartamiento.

Quizá estas consideraciones hayan motivado que ARRIOLA (*El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992 – Cuarta Jornada*, pág. 200) diga que “en el Derecho Foral de Vizcaya, no cabe la preterición intencional, ésta equivale al apartamiento”.

Por su parte, CELAYA (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, Madrid 1997, tomo XXVI, pág. 234) dice que “la nueva L.D.C.F. ... no regula los efectos de la falta de apartamiento, sino los de la preterición, con lo que es claro que ha equiparado las dos instituciones”, para añadir más adelante que “el nuevo artículo 54 deroga, de hecho, el apartamiento como institución peculiar vizcaína, tanto en el aspecto formal, como en cuanto a sus efectos”, si bien después, como luego veremos, matiza estas opiniones.

3. Para hallar el auténtico sentido y alcance del artículo 54 del Fuero Civil, entiendo que no es oportuno recurrir a interpretarlo en combinación con otros preceptos de la misma Ley Foral.

A mi juicio, no procede sacar consecuencia alguna del texto del artículo 65 cuando dispone que, en caso de sucesión deferida en capitulaciones matrimoniales, pacto sucesorio o donación, “el apartamiento deberá hacerse en la forma establecida en los artículos 54 y 57”, para deducir de ello que ese artículo 65 está presuponiendo que estos artículos 54 Y 57 mencionan la exigencia de un requisito de forma para el apartamiento. En primer lugar, porque la referencia que el artículo 65 hace a “la forma

establecida en los artículos 54 y 57” no significa que esté aludiendo a un requisito formal, del que expresamente prescinde el artículo 54, sino que se debe entender en el sentido de su equivalente gramatical del *modo o manera* indicado en los citados artículos; y en segundo término, porque, siendo el artículo 65 una mera norma de remisión, no cabe concederle el efecto de modificar el sentido del artículo 54, que es el que directa y principalmente regula el modo de hacer el apartamiento y lo libera del empleo de cualquier fórmula especial.

Entiendo que tampoco cabe extraer ninguna consecuencia del artículo 57, párrafo segundo, del Fuero Civil en cuanto dispone que se consideren apartados tácitamente los colaterales tronqueros que no estén nombrados en el testamento, deduciendo de ahí el argumento de que, al no haber en el artículo 54 una regla igual de apartamiento tácito para los sucesores forzosos, la falta de mención de éstos en el testamento debe considerarse irrelevante al objeto de entender si han sido o no legalmente apartados. Porque ese artículo y el 54 regulan distintas situaciones y, mientras el artículo 57 concede los efectos del apartamiento al simple hecho de no figurar nombrado en el testamento el colateral tronquero, el artículo 54 no es que desconozca todo efecto al hecho de haber sido excluido del testamento el sucesor forzoso, sino que lo relaciona con la concurrencia de una clara voluntad de separarlo de la sucesión.

4. El artículo 54 del Fuero Civil contiene en su primer párrafo la norma fundamental sobre distribución de los bienes que integran la sucesión forzosa entre quienes pertenezcan a la línea llamada a suceder, facultando al testador a hacerlo con absoluta libertad, que le permite elegir a uno solo de sus parientes como sucesor en los bienes, apartando a los demás. Todo ello, designación de sucesor y apartamiento de los demás parientes, no está sujeto a más limitaciones que las que determine la libre voluntad del testador.

Esto hacía necesario que la propia ley determinara la forma en la que el testador puede llevara cabo el apartamiento de los sucesores forzosos

no elegidos para que resulte eficaz y a esa determinación dedica el artículo 54 su segundo párrafo.

Dice ese párrafo segundo del artículo 54: “*Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión*”.

En ese texto del párrafo segundo se contienen, a mi juicio, dos reglas, que son las que configuran el modo legal de hacer el apartamiento.

A) La primera de esas reglas, separándose de lo que disponían los precedentes históricos del Fuero Viejo y del Fuero Nuevo y siguiendo una norma igual a la de la Compilación, elimina la necesidad de cualquier formalismo: “*Los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento*”.

Es de notar que en esta primera indicación de lo que es el apartamiento, el Fuero Civil habla de la “*exclusión*” del sucesor forzoso. Y aquí se ha de tener en cuenta que la *exclusión* (que es un término común, carente de especial significación jurídica), cuando se refiere a una persona consiste en el simple hecho de relegarla del lugar donde podía o debía figurar o de no mencionarla en ese lugar.

De ahí se puede establecer que la exclusión de un pariente a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 54 del Fuero Civil es un simple hecho y se produce cuando en el testamento no se menciona a ese pariente que tiene la consideración de sucesor forzoso.

B) Sin embargo, para que se produzca el apartamiento, que es una exclusión pero dotada de efectos jurídicos, no basta con el mero hecho de que los sucesores forzosos no hayan sido mencionados en el testamento, sino que, debiendo responder esa falta de mención a una consciente voluntad del testador, ha de ser preciso que exista constancia de esa voluntad. De ahí que el mismo párrafo segundo del artículo 54 requiera que, junto con la exclusión del sucesor forzoso, concurra un elemento intencional, o sea, “*que conste claramente la voluntad del testador*”.

de separarlos de su sucesión”, porque el hecho de la exclusión no lleva necesariamente en sí mismo esa voluntad de separación.

Por vía de ejemplo, cabe exponer la situación del testador que, teniendo cuatro hijos, menciona en su testamento solamente a tres de ellos, omitiendo toda referencia al cuarto, pero sin que conste que esa omisión se haya producido intencionadamente, tal como si dijera: “*Son hijos del otorgante, Don A, Don B y Don C*”. Y a continuación, en la parte dispositiva, añadiera: “*El testador designa como herederos, por partes iguales, a sus hijos*”, sin especificar si esos hijos designados son todos que tiene el testador o solamente los que ha mencionado en la parte expositiva. Esta inconcreción impediría tener por apartado al cuarto hijo no mencionado en el testamento, porque de los términos que se han recogido no cabe deducir con claridad que exista una voluntad de separarlo de la sucesión.

Como consecuencia de esto, si el apartamiento consiste en la exclusión de un sucesor forzoso, sin necesidad de fórmula especial, pero al mismo tiempo requiere que conste claramente la voluntad del testador de separar de su sucesión al apartado, se impone como conclusión necesaria que, para apreciar si concurre o no esa voluntad del testador, se habrá de valorar todo el contenido de las disposiciones testamentarias para apreciar si del conjunto de ellas se desprende, con la claridad exigible, es decir sin que haya duda racional en contrario, que la exclusión del sucesor forzoso, del que el testador prescindió en su testamento, fue motivada por su voluntad de separarlo de la sucesión.

A este respecto, dice CELAYA (op.cit., pág. 236) que “*conforme al artículo 54 hay también apartamiento cuando la exclusión de un heredero forzoso suponga ‘claramente’ la voluntad de separarlo de la sucesión, por lo que será necesario investigar el contenido del testamento para descubrir si existe dicha intención clara*”.

Con referencia ahora al caso concreto que viene analizando el Grupo de Estudios y cuyos datos figuran al comienzo del presente comentario, hay que concluir que en el testamento de que se trata el hijo mayor del

causante fue excluido por su padre, ya que esa exclusión, como mero hecho, se produjo al no haber sido mencionado en el testamento.

Resulta ahora necesario analizar si, junto con el hecho de estar excluido en el testamento el sucesor forzoso que no fue mencionado, de los términos de las disposiciones testamentarias puede deducirse que existe una clara voluntad del testador de separarlo de la sucesión. Y sobre esta cuestión cobra singular y decisiva relevancia la disposición del testador de nombrar “*único y universal heredero*” al hijo habido de su vigente matrimonio, porque esto implica sin ningún género de duda y como necesaria consecuencia que la designación de heredero *único* supone, por incompatibilidad, que cualquier otro posible heredero queda separado de la sucesión e implica también que la designación de heredero *universal* agota, a favor de ese heredero único, la totalidad del caudal hereditario del testador.

Esta interpretación de los términos del testamento es de necesaria aceptación, porque sólo mediante ella se respeta la voluntad del testador, que es la ley de la sucesión.

Como conclusión de lo expuesto, entiendo que en el caso estudiado el testador separó de su sucesión a su hijo mayor, cuyo nombre omitió mencionar en el testamento, causando su apartamiento, por cumplirse los requisitos legales establecidos para ello.