

## De la exclusión de herederos legítimos

El tema vuelve a la actualidad con la traducción de las Sucesiones de Kipp en el *Enneccerus* y especialmente por las notas de Roca Sastre, reseñadas en la *Revista de Derecho Privado* de diciembre de 1951, por J. Martín Blanes, conforme al parecer con el ilustre anotador.

Este opta por el término exclusión, preferido antes por Casso, don Jerónimo González y Castán; pero el de desheredación emplea el programa de Notarías en una pregunta —que da a suponer la posibilidad de tal desheredación en España—; como una modalidad especial de la desheredación trata a la exclusión el Diccionario de Casso y Cervera; desheredación llama el pueblo a la privación, y aun parcial, de la herencia al heredero natural presunto dejándola a otra persona; y en obras y textos legales antiguos se usa la palabra desheredación en un lato sentido análogo al indicado, por ejemplo, en las Partidas, leyes 2.<sup>a</sup> y 12, tít. VII, Partida 6.<sup>a</sup>; DE BUEN reconoce ese sentido genérico; y el propio ENNECCERUS denomina a la exclusión exheredación y desheredación; todo lo cual demuestra que la terminología fluctúa.

De los pocos que se han ocupado de la exclusión expresa en España, aceptan la validez de tal disposición en un testamento, CASSO, que abrió la marcha en 1940, y DON JERÓNIMO Y CASTÁN. El primero no muy claramente, es cierto, pues su trabajo se dedicaba al Código alemán, pero en los párrafos iniciales parecía referirse al tema en general, y además no dice nada en contrario a su admisibilidad en nuestro Derecho mientras que sí manifiesta una actitud adversa en el punto concreto de la posibilidad de la privación —exclusión— del lecho conyugal y otros derechos concedidos a los viudos en nuestro Código.

Mirando el problema en el Derecho español, don Jerónimo Gon-

zález se pronunciaba abiertamente por la validez de la exclusión en las dos ocasiones en que se puso en contacto con el asunto (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, números 156 y 169, años 1941 y 1942), afirmando la posibilidad de la exclusión con tal de que sea expresa o indubitada, de acuerdo con la libertad dispositiva testamentaria y con la compatibilidad de las dos clases de sucesión; fuera porque en el núm. 156 de la Revista se ocupaba directamente de cierto caso relacionado con la exclusión tácita o porque enterdiera indudable la expresa, no se extiende en consideraciones sobre el particular, y en el núm. 169 la Redacción de esta misma Revista condensaba la doctrina española al respecto basada principalmente en la subordinación de la sucesión intestada a la voluntad del causante y en la consideración que como testamento merece un otorgamiento de exclusión con las formalidades de aquél.

El señor CASTÁN opina que dicha manera de testar, puramente negativa, es perfectamente admisible, porque al excluir a unos se provoca el llamamiento de otros herederos y así no falta la disposición de bienes que exige el Código civil en el art. 667.

De la distinta expresión de cada uno de los tres autores citados, parece inferirse que los dos primeros aceptan la exclusión al modo alemán, como exclusión a secas, sin disposición de los bienes en sentido afirmativo, dando ello por resultado la transmisión de la herencia en sucesión intestada prescindiendo en absoluto del excluido.

La opinión del señor CASTÁN difiere de aquellas dos y habrá que clasificarla como adepta a la doctrina dominante en Derecho italiano, para la cual la exclusión de un heredero implica la institución de los otros, con lo que se satisface la exigencia contenida en la definición del testamento en el Código civil.

Ninguno de esos dos modos de entender la exclusión comparte don FRANCISCO GARCÍA MARTÍNEZ, quien, en 1942, en su obra para oposiciones a Notarías dice: «...cabría instituir como legatarios a personas que no son llamadas en la sucesión intestada, con un carácter universal o en participaciones intelectuales y, a la vez, que ese testamento no llevara institución de herederos» y con esto, añade: «teníamos la misma figura jurídica que en Alemania». No del todo enfocada nos parece la opinión del expresado autor, pues en un testamento como imagina falta el apartamiento del heredero legítimo y no hay omisión de disposición positiva de los bienes, que son los dos elementos de la figura alemana a que alude.

En el Diccionario de Derecho Privado, de 1950, se trata de la exclusión como una modalidad de la desheredación, sólo para decir no ve tan clara como el señor CASTÁN la compatibilidad de la exclusión con la definición de testamento en el art. 667 del Código civil; opinión la del Diccionario que conduce a negar la validez de la exclusión por no poder equipararse ésta a la disposición de bienes.

ROCA SASTRE rechaza la exclusión como figura jurídica de propia eficacia, por sí sola y la tolera según la mencionada teoría de la institución tácita o implícita. Su actitud refractaria a la exclusión como figura jurídica de consistencia específica, la funda en la inspiración española (romana) de la sucesión legítima, distinta a la que vivifica y prestigia a la misma en el Derecho alemán; nos ofrece serias reflexiones sobre la ideación y desarrollo mental de la sucesión *mortis causa* en ambos derechos y afirma que nuestro Código ni siquiera pensó en la posibilidad de la exclusión.

Es cierto que la sucesión testada en el Derecho romano y en sus derivados es el último y más trascendental acto del *jus disponendi* y que la intestada es la interpretación —remedio— de su mutismo; mientras que la ley germana regula la sucesión como cosa pública a su cuidado, si bien admite al gobierno de la misma al de cuius por creerlo el más capacitado como mejor conocedor del círculo familiar, siendo las medidas que puede tomar al respecto o el llamamiento de otros herederos o el veto a alguno de los herederos legales (artículos 1.937 y 1.938 del Código alemán), pero el resultado en uno y otro sistema, sean cuales sean sus diferencias, viene a ser el mismo: ante todo hay que atender a la voluntad del causante manifestada en su testamento, pues como dice el profesor señor CASSO —y tratando del Derecho alemán actual precisamente— es un principio ya secularmente consagrado que la sucesión *mortis causa* legítima sólo entra en juego a falta de la testamentaria.

Difícil parece negar eficacia plena a la exclusión de heredero en nuestro Derecho, cuyo principio capital en la sucesión *mortis causa* es el de considerar ley suprema de la misma a la voluntad individual, emancipación de la autarquía privada y consecuencia también del derecho de propiedad, con preponderancia, por tanto, de la sucesión testamentaria (art. 658 del Código civil), en la que la voluntad obra «a su placer», con libertad de disposición proclamada en el 763 y reafirmada y hasta ampliada en el 764 y defendida en el 743.

Hemos dicho que antes del Código de 1942 la doctrina italiana dominante admitía la exclusión. La admitía, sí; pero tomándola como una institución tácita implícita que era lo que veía en la exclusión, y así la admiten para nuestro Derecho los señores CASTÁN y ROCA SASTRE, según también hemos indicado ya, es decir, que en el testamento otorgado para excluir nada más, esta teoría no lee lo que está escrito sino más bien lo que no lo está, verbi gratia ante la exclusión de Caio (uno de los tres hermanos del testador) contempla el llamamiento de los otros dos, Sempronio y Mevio, que no figuran en el testamento, reduciéndose la exclusión a una cierta manera de hablar. El ejemplo lo pone Polacco en este párrafo: «Ticio muere dejando tres hermanos y hace un acto de última voluntad en el que no se ha dicho otra cosa sino que no quiere venga a la sucesión Caio, que es uno de los tres. Hay en esto un verdadero y propio testamento como habría si, silenciando a Caio hubiese expresamente llamado a la herencia a los otros dos, Sempronio y Mevio.»

¿Pero no es inverosímil que quien tenga tres hermanos presuntos herederos abintestato y quiera nombrar herederos testamentarios a dos de ellos se le ocurra hacer un testamento no para eso, para instituirlos, sino para expulsar de la sucesión al tercero? En cambio, a las veces, en alguna especial ocasión, cualquiera puede encontrarse respecto de un su pariente heredero legítimo presunto, en situación que le lleve a separarle de esa expectativa, sin que por el momento le interese designar sucesor entre los demás parientes, que incluso cabe no conocer, ignore sus nombres o su existencia, o ni sepa si viven todavía, y por consiguiente deje a la previsión de la Ley el destino de su herencia, pensando y decidiendo «lo que la Ley haga, bien está». Los casos que después expondremos demostrarán la realidad de tal voluntad *mortis causa* que es la que se plasma en un testamento de exclusión.

La institución implícita es una ficción consistente en querer diga un testador lo que no ha dicho, con objeto de encajar su testamento dentro de lo que se cree es una definición del testamento. Quizás en Italia, donde su Código de 1865 exigía en el testamento una disposición de los bienes «in favore di una o più persone» (art. 759) condujera a los exégetas a tal solución para satisfacer la indicada definición legal y del testamento, pero en España los términos del artículo 667, más holgados, nos libran de llegar a esos extremos, pues aunque habla de disposición de bienes —aparte de que de la histo-

ria y de los preceptos del Código en conjunto, la apropiada definición del testamento sería la de acto en que se expresa la última voluntad—, con la exclusión de heredero no se hace otra cosa que disponer de los bienes, ¿pues sobre qué recae si no?

La misma definición de la figura: «exclusión de heredero legítimo», presupone que se está en un caso de sucesión legítima, con la particularidad que le introduce la exclusión, pero que no deja de ser sucesión legítima. Si el testador extrae de la sucesión legítima a uno de los herederos presuntos, sólo puede eliminarlo a base de que permalezca vigente la sucesión legítima, y no es comprensible cómo una disposición en tal sentido puede operar una trasplantación de la sucesión legítima a la testamentaria en el llamamiento de herederos.

KIPP, en su obra citada, trata de la exclusión en la parte dedicada a la sucesión legal. Y en el programa de Notarías la formulación de la pregunta «la desheredación en la sucesión intestada», en un tema destinado al orden de llamamientos en esta clase de sucesión, no puede revelar más a las claras que estamos dentro de la sucesión abintestato y que la exclusión es una modificación de la preferencia o graduación legal de llamamientos.

La exclusión tomándola en el sentido de institución implícita, no es admitirla configurándola con su propia silueta, con su claroscuro resultante de un apartamiento expreso junto a la carencia de institución de heredero.

La teoría de la institución implícita contradice la voluntad del testador, pronunciada bajo la base de la sucesión intestada suprimiendo a un heredero, y sin que existan razones para la violenta suplantación de voluntad que lleva a efecto, pues en estos tiempos la voluntad actúa directamente, a su tenor, sin que para la validez de sus disposiciones obligue nuestro Derecho a ningún zig-zag conceptual, o formalístico, como a veces era necesario en Derecho romano.

Y no se crea que en definitiva es indiferente regir la sucesión que estudiamos por las normas de la sucesión legítima o por las de los llamamientos de herederos testamentarios, pues volviendo al ejemplo de Polacco, si Sempronio y Mevio premurieran al testador, o habría que continuar forzando la interpretación y rellenar la voluntad del testador suponiendo ha rombrado sustitutos de aquéllos a quienes sigan en la lista graduada legal de herederos y así sucesivamente, o habría que negar eficacia al testamento por falta de heredero —ni aun implícito— y abrir la sucesión legítima a favor del

excluido cuya eliminación precisamente era el único extremo sobre el que el causante había declarado explícitamente su voluntad.

Ni son esas las únicas cuestiones originadas por la teoría de la institución implícita, pues los conflictos empiezan al tener que determinar quiénes son los llamados implícitamente por el testador, si los parientes presuntos herederos abintestato al testar aquél o los parientes presuntos herederos abintestato al fallecer el causante, problema que ROCA SASTRE resuelve de golpe a favor de los primeros, salvo que se deduzca lo contrario de las circunstancias del caso; la representación en la institución implícita también se debate; los medios y los procedimientos para determinar los herederos implícitos tampoco se sabe con certeza cuáles sean: ¿información ad perpetuum, acta de notoriedad, declaración de herederos judicial?, etc.

Ninguna duda ni cuestión puede suscitarse si se acepta la exclusión como una remisión tácita —si no la hay expresa— a la sucesión abintestato, que se deferirá como si el excluido no existiera. Dada la compatibilidad entre las dos especies de sucesiones y la no limitación de la intestada a los casos previstos en el art. 912 del Código —pues procede en todos aquellos casos en que no tiene lugar la distribución de bienes en virtud de los principios de la sucesión testamentaria, como dice DE BUEN—, no puede plantearse ningún problema en el desarrollo de la sucesión cuando haya exclusión, debiendo recaer la declaración de herederos sobre los llamados por la Ley descontando al excluido.

¿Acaso si suponemos un testamento con legado del tercio libre a cualquier extraño y desheredación de un hijo sin institución adjunta (es decir, sin disposición de los otros dos tercios), no procederá la declaración de herederos abintestato en estos dos últimos tercios restantes subordinándola a aquella desheredación? Pues bien, este es un caso sobremanera análogo al ocasionado por la otra desheredación: la de herederos abintestato; y ello es natural, porque en esencia ambas desheredaciones son lo mismo, el apartamiento por la voluntad particular (reglada o no) privando del derecho expectante a una persona impuesta por la Ley como sucesor en determinadas circunstancias; y si en el supuesto presentado de desheredación de heredero forzoso se combinarían las sucesiones, también deben compaginarse en el supuesto de desheredación de herederos legítimos.

Más lógicos que los partidarios de la disposición implícita son los autores que niegan lisa y llanamente la validez de la exclusión,

como hace uno de los más conspicuos detractores de la misma, CÍCU, quien después de decir que fuera de la limitación impuesta por las legítimas se reconoce la voluntad concreta individual, emite su sentir en este párrafo «debe negarse eficacia a la pura y simple voluntad de exclusión de uno o más parientes de la sucesión legítima. Al testador se le consiente disponer de sus bienes como crea, dentro de los límites de la Ley; sólo disponiendo de los bienes puede llegar a un resultado diverso o contrario al previsto en la sucesión conferida por ley». (CÍCU: «Successione legittima e dei legittimari», 1947, págs. 5 y 9.)

Poco convincente es eso, porque tanto se dispone de los bienes ordenando vayan a Ticio, como ordenando no vayan a Ticio.

Para poner en su punto la opinión del celebrado jurista italiano, no debe echarse en olvido que establece previamente unas directrices para la interpretación, o quizás, mejor dicho para la ejecución de un testamento distintas a las de nuestro Derecho, pues sostiene que prevalece la sucesión legítima sobre la testamentaria, y ello a pesar del silencio deliberado y elocuente del Código de 1942. Tal preponderancia conduce, a juicio del ilustre autor, a abandonar el principio del «favor testamenti», a no reconocer valor jurídico al sentimiento, moralmente respetabilísimo, que hace considerar como sagrada la voluntad del difunto, a renunciar definitivamente a utilizar como medio constructivo o de interpretación a la presunta voluntad del difunto. Y es por la aplicación del principio de dicha supremacía por lo que niega eficacia a la exclusión.

Antes hemos citado el artículo 743 del Código civil español. Según preceptúa, sólo en los casos expresamente prevenidos en el Código serán ineficaces las disposiciones testamentarias; con toda energía defiende la validez de cualquier disposición testamentaria, salvo las expresamente rechazadas por el mismo, entre las cuales no figura la de exclusión de un heredero abintestato. El artículo 743 es una de las consecuencias de aquella exaltación de la voluntad testamentaria recordada por el catedrático señor Viñas en el Colegio Notarial de Valencia el año 1947, exaltación, decía, que se traduce en el valor asignado a las determinaciones del testador que siempre se procura dejar a salvo.

El precepto del B. G. B., la atención prestada a la exclusión por la doctrina italiana—y la francesa, coincidente en un buen sector con

aquella—, la jurisprudencia que, al decir de FERRI (*Rivista di Diritto Civile*, 1941) y PLANIOL y RIPERT, han elaborado los tribunales italianos y franceses sobre el mismo asunto y la pregunta referida ya del cuestionario de Notarías, indican la realidad de la existencia de testamentos limitados a excluir. Por nuestra propia experiencia sabemos de tres, sin búsquedas ni investigaciones, dos notariales y el tercero o'ógrafo.

El primero, otorgado en 1932, después de nombrar única heredera a una hermana del testador, consigna: «Para el caso de que la heredera no llegara a serlo por cualquier causa, dispone que su tía... o los hijos o descendientes de la misma, queden excluidos de toda participación en la herencia intestada del otorgante.» Perfecta cláusula de exclusión como se ve, notable por su concisión, la previsión para evitar malentendidos y que indica una buena indagación de la voluntad del otorgante, lo apropiado de los términos empleados y la convicción y seguridad que revela en el autorizante.

En el otro testamento público, posterior en unos diez años (no conservamos nota de la fecha exacta), el testador priva a su esposa de sus derechos en la sucesión intestada en la siguiente forma... : «queriendo sean nombrados herederos a quienes corresponda según la Ley, pero con exclusión de su consorte». Verdadera y pura cláusula de exclusión, como la anterior transcrita, pues en ellas no existe nombramiento de sucesores, sino una remisión a la herencia intestada, y cuya redacción evidencia el concepto que merece a sus autores, cual una modificación (desheredación) de la sucesión legítima, y una ya de 1932, cuando todavía no se había dado a conocer en España esa especial desheredación.

El testamento o'ógrafo a que nos hemos referido no lo conocemos directamente. Se nos informó del mismo después de los otros y como de fecha reciente, conteniendo sólo una cláusula de exclusión de determinado heredero legítimo.

No se crea que con este trabajo hacemos una apología de la exclusión ni que padecemos ningún tic al respecto, al contrario, estimamos desde luego preferible y más aconsejable se otorgue el testamento en forma positiva, aunque sea en último extremo instituyendo herederos a aquellos parientes a quienes corresponda en su día la herencia intestada; pero la voluntad del otorgante es lo primero a que hay que atender y como existen testamentos de exclusión se han de interpretar. De lo que sí se debe de huir siempre es



de desheredar a Caio si lo que quiere el testador es instituir a Mevio y a Sempronio.

Como no pretendemos hacer un estudio sistemático y completo del tema, pasamos a decir algo de la exclusión tácita, según nuestros recuerdos y apuntes, aun sin ser merecedores de la publicación.

La exclusión tácita no constituye una declaración expresa de voluntad sino todo lo contrario, y le interesa al Notario para procurar evitar las dudas que pueden surgir si la persona favorecida en un testamento con una institución parcial, una legítima o un legado, llegara a ser heredera abintestato. ¿Ha de entenderse que el testador cuando deja algo a un posible futuro heredero legítimo, quiere decir además «esto te dejo y no tendrás nada más en ningún caso?»

Tales llamamientos testamentarios coexistentes con los legales plantean serdos problemas de interpretación de voluntad, de siempre, a los profesionales y a los Tribunales, pero cuyos trabajos y Sentencias no tienen engarce con la teoría de la exclusión ni han sido vistos a su luz.

Conocemos un testamento notarial de otorgante sin descendientes ni ascendientes, en cuya única cláusula únicamente lega a su esposa la mitad de una casa. ¿Quiso el testador excluir a su esposa de la herencia intestada caso de ser llamada a la misma?

En cierta ocasión intervino con toda su vehemencia el Notario don Ramón Solano para evitar que una viuda, heredera bajo la condición de no contraer nuevo matrimonio, adquiriera la herencia abintestato después de haber infringido la prohibición impuesta. En el escrito interponiendo recurso de casación por infracción de Ley, publicado por el señor Solano, se tocaba la exclusión de herederos expresa, como puede verse también en la Sentencia de 2 de febrero de 1929 (no resolvió el fondo del asunto), pero adolecía de falta de técnica la argumentación del recurrente, cuyo valedor hizo, sin embargo, un excelente alegato forense. (En dicho escrito manifiesta el señor Ossorio y Gallardo su opinión favorable a la validez de la exclusión expresa, según el sentido que nosotros le damos.)

Cuando una disposición *mortis causa* es sospechosa de llevar consigo una desheredación en la sucesión legítima del mismo favorecido con aquella disposición, la interpretación en cada caso ha de decidir si hay o no exclusión tácita. Esta interpretación es un auscultar de lo hablado callando. No consiste en construir con todo detalle explicativo la institución o el legado, es decir, lo que el testador que-

ría se hiciera en virtud de la disposición que ordenaba, sino en determinar lo que no quería que ocurriera bajo ningún supuesto; no en perfilar lo enunciado, sino en desentrañar la reticencia.

Y para terminar expondremos sucintamente otro caso que tuvo lugar en Mallorca, donde es muy frecuente la institución en usufructo de un cónyuge por el otro, con facultad de disponer de los bienes a favor de los parientes del testador. En el testamento aludido el marido instituía heredera a su mujer «facultándola para disponer de los bienes que le destinó en usufructo a favor de uno o varios de mis parientes del grado que le pareciere y cuya disposición podrá modificar tantas veces como tuviera por conveniente». Fallecida la viuda dos años después que su marido, y habiendo usufructuado los bienes de éste en el intervalo, por no haber hecho testamento a su vez, fué declarada aquélla única heredera abintestato de su esposo, por auto de 11 de mayo de 1928 del Juzgado de Inca, después de fallecida, adquiriendo mediante ese rodeo un hijo de su primer matrimonio los bienes del padastro.

El resultado pareció chocante, originó desavenencias entre los distintos y opuestos interesados, unos, parientes del marido propietario de dichos bienes y testador, y otros de la esposa usufructuaria y apoderada para disponer de los bienes entre los parientes de aquel causante. Para resolver la cuestión, se ofrecían varias soluciones:

1.<sup>a</sup> Por no haber dispuesto el testador, de la nuda propiedad de los bienes inmuebles, procedía la declaración de herederos según el Código civil, desdeñando la clásica romana incompatibilidad de las dos sucesiones, que siempre se había creído vigente en Mallorca, y pasando por alto el problema de exclusión que pudiera plantearse. El auto del Juzgado daba estado a dicha solución.

2.<sup>a</sup> Variante de la anterior; pues si bien aceptaba la declaración de herederos con arreglo al Código y de acuerdo con la jurisprudencia, no obstante aquella incompatibilidad del Derecho romano, se planteaba el problema de la exclusión de la esposa para la sucesión legítima y lo resolvía en el sentido de existir tal exclusión tácita al llamar el testador a sus parientes a la nuda propiedad a través de la elección que hiciera su esposa en quien depositó su confianza el marido; exclusión que tanto más se imponía como sanción a la conducta quizás aviesa de la mujer y en evitación de que los herederos de ésta se antepusieran a los parientes consanguíneos

del causante. Esta solución no se detiene tampoco ante la prohibición mencionada e infringe los principios romanos, pero se ajusta a la voluntad suficientemente expresada y toma en cuenta la exclusión tácita que contiene, y es la que se relaciona directamente con el tema de nuestro trabajo; pero casi a título de curiosidad reseñaremos las otras soluciones.

3.ª Optaba por conocer toda la herencia a la esposa, en virtud del derecho especial de acrecer que en tales situaciones decretaba el Derecho romano a favor de los instituidos en parte determinada, con objeto de dejar a salvo el principio de la incompatibilidad. No había lugar para la exclusión tácita.

4.ª Resolvía también la cuestión aplicando el Derecho romano vigente en la isla, y veía en la institución tal y como estaba formulada un fideicomiso tácito a favor de los parientes del testador, según la proximidad de grado, cumpliendo de esta manera por los cauces romanos la voluntad de exclusión de la esposa que parece evidente en aquella disposición, de acuerdo con los dictámenes de memorables jurisconsultos, recogidos en el Digesto, en casos análogos, singularmente con una conocida institución a favor de la mujer en que su marido añade «te pido, carísima mujer, que después de tu muerte no les dejes nada a tus hermanos, pues tienes hijos de tus hermanas a quienes dejarlo»; fallecida intestada la mujer y perteneciendo su herencia legítima a su hermano, se decidió podían pedir el fideicomiso los hijos de la hermana (citado por SAGUER: «Institución de los fideicomisos y de sus efectos en Cataluña», página 17).

El asunto terminó por transacción.

Don Jerónimo González exigía para la exclusión tácita, que sea indubitada. Del tenor del testamento depende el alcanzar ese punto de claridad requerido por el esclarecido civilista.

ENRIQUE MOLINA RAVELLO  
Notario