

No obstante, a raíz de las dos Resoluciones citadas, no cabe duda de que es perfectamente admisible e inscribible en el Registro de la Propiedad. Sería de agradecer, entonces, que el legislador tuviera a bien el tratar de solucionar y dar respuesta, en una futura regulación sobre las hipotecas condicionales, a los problemas que se han puesto de relieve.

RESUMEN

HIPOTECA CONDICIONAL

A raíz de las Resoluciones de DGRN de septiembre de 2005, se admiten en nuestro ordenamiento las hipotecas sometidas a condición suspensiva. Su admisión es discutida por la doctrina tanto en cuanto a su propia validez como a las dificultades que su admisión puede generar en la práctica. Se analizan en estas líneas, ambos aspectos.

ABSTRACT

CONDITIONAL MORTGAGE

As a result of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs' decisions of September 2005, Spanish legislation admits mortgages subject to suspensive conditions. The admission of mortgages of this type is disputed by doctrine, in terms of both their validity and the difficulties that their admission may cause in practice. Both aspects are analysed here.

1.4. Sucesiones

PRETERICIÓN POR OMISIÓN DEL LEGITIMARIO

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora titular de Derecho Civil UNED

I. PLANTEAMIENTO

Este estudio tiene como objeto analizar algunas sentencias que tratan de la preterición, esto es, cuando el testador omite de forma voluntaria o involuntaria en su testamento a algún legitimario al no establecer a su favor ninguna disposición patrimonial sin causa alguna que justifique este hecho, ya que si la no mención del legitimario se debe a desheredación, no hay preterición.

La preterición, desde un punto de vista formal, equivale a no instituir ni desheredar de forma expresa. Desde un punto de vista material, cabe no mencionar a un legitimario en el testamento y, sin embargo, no existir preterición por haberle asignado la legítima a través de una donación.

Ya las Partidas (6.8.1.) se referían a la preterición como «pasamiento que es fecho calladamente non faciendo el testador mención en el testamento de los que habían de heredar lo suyo por derecho». En las mismas era necesaria la institución de heredero para la validez del testamento. El Ordenamiento de Alcalá suprimió esta solemnidad.

II. CONCEPTO

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la preterición supone la privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto a sus herederos forzosos en línea recta, y no existe tal preterición cuando se deja al legitimario una manda aunque no cubra toda su parte de legítima, asistiéndolo en tal supuesto solamente la acción de complemento de legítima (STS de 23 de abril de 1932), si bien, las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos no son radicalmente nulas y sí solamente inoperantes (STS de 28 de febrero de 1966).

III. CLASES

Es tradicional distinguir dos clases de preterición: intencional y no intencional.

1. INTENCIONAL

Cuando queda patente y clara la voluntad de no dejar nada en el testamento o bien por tratarse de una desheredación injusta, siendo preceptivo respetar la legítima estricta (SSTS de 6 de abril de 1998, 13 de julio de 1985, 9 de octubre de 1975, 23 de enero de 1959). Se produce cuando el testador no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario de forma intencionada, sabiendo que éste existe (STS de 22 de junio de 2006).

El efecto de la preterición intencional lo concreta el artículo 816: se reducirá la institución de heredero y se satisfará la legítima en la medida en que establece el artículo 808. La cuestión que se ha planteado es si esta legítima es la larga (dos tercios del caudal hereditario) o la estricta (un tercio). El efecto de la preterición intencional se equipara al de la desheredación injusta (art. 851): el preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero sólo a la legítima estricta, ya que la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue privarle de todo y, si por ley se le atribuye, no se puede extender a una parte que puede distribuir libremente entre los legitimarios y que no quiso atribuir. Por tanto, el legitimario preterido tiene derecho a la legítima estricta. Continuando con la sentencia del Supremo de 4 de julio de 2002, hemos de entender que se parte de la voluntad del causante que era atribuirle el todo al hijo no preterido, por ley se le rescinde la institución de heredero, pero no puede privársele de atribuir libremente la mejora, ya que ésta es disponible, aunque la disponibilidad venga limitada a los otros hijos o descendientes.

2. NO INTENCIONAL

Se produce cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente porque ignoraba erróneamente su existencia (STS de 22 de junio de 2006).

En el caso de hijos nacidos con posterioridad al otorgamiento del testamento, la no intencionalidad de la preterición queda automáticamente demostrada. Si esa realidad se altera después de forma significativa y el testador omite otorgar nuevo testamento, revocando, modificando o adicionando el anterior, su

voluntad y su intención dejan de ser relevantes por no haber sido debidamente expresadas, y el intérprete ha de limitarse a la constatación del hecho omisivo o negativo y a la necesaria aplicación de los preceptos establecidos para dar solución a la inactividad del causante (STS de 23 de enero de 2001).

En la sentencia ya mencionada de 22 de junio de 2006, el testador omitió al único legitimario, su hijo, en el testamento, ignorando su existencia, y cuando la supo no lo modificó, quedando viciado de preterición errónea con el importante efecto de anular las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, según dispone el artículo 814. Se enmarca en la misma línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de enero de 1995 y 23 de enero de 2001. La primera alude a la preterición no intencional de la heredera forzosa nacida con posterioridad a su otorgamiento. Y desarrolla la segunda: «en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada *ex re ipsa*. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento»; y respecto al caso que contempla, añade (con total semejanza al caso presente): «Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de su sexto hijo en el año 1991 no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria expresada el 2 de diciembre de 1988».

IV. MOMENTO DE VALORACIÓN DE LA PRETERICIÓN: OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO

La preterición hay que valorarla con respecto al momento de otorgamiento del testamento, no a la muerte. La preterición se produce si en el testamento se omite al legitimario, sin importar que en la apertura de la sucesión, producida por la muerte del causante, éste haya sabido o no de la existencia de aquél. No se tiene en cuenta la preterición al tiempo de la muerte, según conozca o no de la existencia del legitimario, sino al tiempo del testamento y si en éste se produce preterición, aunque sea porque el hijo legitimario nace después, la preterición es errónea y despliega sus efectos como tal (STS de 22 de junio de 2006).

RESUMEN

LEGÍTIMA: PRETERICIÓN

Análisis crítico de jurisprudencia sobre la preterición de un legitimario por omitir en el testamento toda referencia al mismo sin que haya recibido retribución alguna a cuenta de la legítima y sin que medie causa alguna que justifique la preterición. La preterición ha de valorarse en relación al tiempo en que se otorgó el testamento.

ABSTRACT

LEGITIME: PRETERITION

Critical analysis of jurisprudence on the preterition of a person entitled to a legitime, due to the omission of any reference to that person in the will, without that person's having received any compensation whatsoever on account of the legitime and without any cause whatsoever justifying preterition. Preterition must be assessed in connection with the time when the will was made.