

Marc Fernández de la Peña

LA PRETERICIÓ DE LEGITIMARIS EN EL DRET CIVIL DE CATALUNYA

TREBALL DE FI DE GRAU

Dirigit pel Catedràtic Esteve Bosch Capdevila

Grau de Dret



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2016

ÍNDIX

ABREVIATURES	5
INTRODUCCIÓ.....	6
CAPITOL I: EVOLUCIÓ HISTÒRICA.....	8
1.- DRET ROMÀ: LA NOVEL·LA 115	8
1.1.- Concepte i naturalesa	8
1.2.- Anàlisi de la normativa	9
1.3.- Efectes de la preterició dels descendents	14
1.4.- Prescripció de la querela inofficiosi testamenti.....	16
2. – APÈNDIXS I COMPILACIONS:	17
2.1.- MEMÒRIA I TEXT ARTICULAT I REDACTAT per M. DURAN I BAS	19
2.1.1.- Introducció i precedents.....	19
2.1.2.- Anàlisi de l’articulat	20
2.2.-PROJECTE D’APÈNDIX DE 1930 i AVANTPROJECTE D’APÈNDIX DE LES INSTITUCIONS DE DRET CIVIL CATALÀ de 1931.....	24
2.2.1.- Introducció i precedents.....	24
2.2.2.- Anàlisi de l’articulat	25
2.3.- PROJECTE DE COMPILACIÓ DE 1955.....	28
2.3.1.- Introducció, precedents, concepte i comentari de l’articulat	29
2.4.--COMPILACIÓ DEL DRET CIVIL DE CATALUNYA DE 1960 (Llei 40/1960, de 21 de juliol).	32
2.4.1.-Introducció i precedents.....	33
2.4.2. – La Preterició Intencional.....	34
2.4.3.- La Preterició errònia	42
3- CODI DE SUCCESSIONS PER CAUSA DE MORT EN EL DRET DIVIL DE CATALUNYA, LLEI 40/1991 DE 30 DE DESEMBRE	50
3.1.- Introducció i precedents.....	51

3.2.- Concepte de preterició.....	51
3.3.-Preterició intencional i preterició errònia.....	53
3.4.-Els efectes de la preterició.....	53
3.5.-L’acció de nul·litat del testament.....	56
CAPITOL II: REGULACIÓ VIGENT DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA	58
1.-Introducció i regulació	59
2.-Concepte	60
3.-La preterició intencional i la preterició errònia	60
4.-Excepcions de la preterició errònia.....	64
5.-La preterició errònia i el dret de representació (art. 451-16.4 CCCat).	68
6.-El llegat simple de llegítima i preterició errònia i les clàusules genèriques de llegítima (art. 451-16.4 CCCat).	69
7.-La caducitat de l’acció d’impugnació (art. 451-16.5 CCCat).....	71
8.-La nul·litat dels codicils i pactes successoris.....	72
CONCLUSIONS.....	74
BIBLIOGRAFIA.....	76

ABREVIATURES

Ap.	Apartat
Art./s	Article/s
APA	L’avantprojecte d’apèndix de les institucions de Dret Civil Català de 1931
BOE	Butlletí Oficial del Estat
BOPC	Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya
CC	Codi civil espanyol de 1889
CCCat	Codi civil de Catalunya
CDCC	Compilació de 1960
CE	Constitució espanyola de 1978
CS	Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, aprovat per Llei 40/1991, de 30 de desembre (DOGC núm. 1544, de 21 de gener de 1992), i derogat per Llei 10/2008, de 10 de juliol (DOGC núm. 5175, de 17 de juliol)
q.i.t	<i>Querela inofficiosi testamenti</i>
Núm.	Número
Pàg./s	Pàgines/es
PA	Projecte d’Apèndix de 1930
PCDCC	Projecte de Compilació del dret Civil de Catalunya de 1955
<i>p.ex</i>	Per exemple
RD-L	Reial Decret Llei
STS (SSTS)	Sentència (es) del Tribunal Suprem
STSJA	Sentència del Tribunal Suprem de Justícia d’Aragó
STSJC	Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
TR	Text refós

INTRODUCCIÓ

El present treball, titulat “ La preterició de legitimaris en el Dret civil de Catalunya”, té com objectiu principal analitzar la figura jurídica de la preterició al llarg de la història jurídica catalana, i així entendre l’origen i els motius del perquè es troba regulada com a tal a l’actual article 451-16 del Codi Civil de Catalunya.

He escollit analitzar aquesta figura ja que és tracta d’un tema, que tot i que ser antic al dret civil català, no acostuma a ser tractat de forma massa ampla als estudis de dret tot i la seva importància en dret de successions; *p.ex.* com veurem una de les conseqüències de la preterició errònia és la de declarar nul el testament si s’impugna aquest.

L’origen de la preterició prové del Dret romà a través de la Novel·la 115 de Justinianeu, seguit per la Memòria de Duran i Bas; el Projecte d’Apèndix de 1930; l’Avantprojecte d’apèndix de 1931; la Compilació de 1960; el Codi de successions i finalment el Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya. Gairebé tots els precedents al Codi tracten la preterició en un mateix article encara que de forma bastant diferent. Tanmateix, podríem definir la preterició com l’oblit o omissió del legitimari al testament del causant.

En quant a l’estructura, el treball es divideix en dos Capítols. El primer d’ells analitza l’evolució històrica, des de la Novel·la fins al Codi de successions, i el segon la regulació vigent a l’actual Codi Civil de Catalunya.

En relació al primer Capítol a la vegada està dividit en 3 parts: el dret romà; els apèndixs i compilacions i el Codi de successions. En aquest Capítol s’intentarà entendre els perquès d’aquesta evolució, així com els trets o característiques més essencials dels preceptes. La figura de la preterició és un tema bastant complex, potser no per l’essència de la figura sinó per la poca jurisprudència que hi ha al respecte. Tanmateix pel que fa al dret romà no hem trobat cap article que de forma expressa recollís la preterició, per tan ens hem recolzat amb tot un seguit d’autors que en parlaven o hi feien referència en algun moment.

El segon Capítol, relatiu a la regulació vigent, intenta explicar els apartats de l’article 451-16 tot raonant el text en funció d’aquella normativa històrica que havíem analitzat al Capítol segon, de tal forma que no només s’arriben a conclusions jurídiques sinó també històriques del dret.

Per finalitzar m'agradaria expressar el més sincer agraïment al meu tutor, el Catedràtic Esteve Bosch, per la seva implicació i gran quantitat d'informació proporcionada, però també a la meua família i amics pel seu suport en aquests darrers mesos.

CAPITOL I: EVOLUCIÓ HISTÒRICA

1.- DRET ROMÀ: LA NOVEL·LA 115

1.1.- Concepte i naturalesa

Històricament la figura de la preterició va ser rebuda a Catalunya a través del Dret Romà (D.r d'ara endavant), i en concret del règim sorgit de la Novel·la 115 de Justinianeu. Justinià hereta el caos de les disposicions successòries procedents d'una evolució mil·lenària que arrenca amb el *ius civile*. A partir d'aquesta tradició emprèn la reforma del dret de successions a través de les Novel·les.

Segons la jurisprudència del TSJC,¹ que en la resolució de diversos casos s'ha sostingut a la tradició jurídica catalana, estableix que del règim sorgit de la Novel·la “els que haguessin sigut instituïts en testament i eren preterits, podien obtenir, mitjançant la <<querela inofficiosi testamenti>>, la rescissió de la institució d'hereu o l'anul·lació del testament”.

La <<querela>> es concedia al legitimari preterit, i en ocasions també als seus hereus. L'acció de petició es pot dirigir contra tot aquell que lesioni els drets dels legitimaris, tan per haver adquirit l'herència a títol d'hereu o de fideïcomís. Els efectes de la querella són l'anul·lació de la institució d'hereu, per això es parla d'un remei extraordinari, que no pot utilitzar el legitimari que tingués algun altre recurs legal ordinari per salvaguardar el seu dret, impugnant la validesa del testament.

Tenint en compte les conseqüències de la querella, i els seus efectes de caràcter fort en cas de produir-se la preterició, es pot afirmar que els romans interpretaven la preterició com una crueltat, conseqüència de la falta de judici del seu pare. A vegades, però, també era causa d'imprevisió del causant, perquè és lògic que no sempre podria preveure tenir altres fills, o néts del testador podrien arribar a ser legitimaris per premoriència del pare.

¹ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, núm. 12/1995 de 10 d'abril [RJ/1995/7988] f. 13; STSJC de 21. 12. 1993; i Sentència del TSJC de 21 de desembre de 1992 [RJ 1993/2244] entre d'altres.

1.2.- Anàlisi de la normativa

Se dice preterido el legitimario que el causante no nombre en su testamento. No son, consiguiente, preteridos aquellos a los cuales el testador les deja algo, los que deshereda y aun los que se limita a nombrar

Excepciones:

Los descendientes preteridos o injustamente desheredados en testamento sujeto a la legislación especial de Barcelona.

El que ha renunciado la querela o la legítima expresa o tácitamente.

El que ha dejado prescribir la acción o desiste de la demanda.

Si la validez del testamento ha sido reconocida en sentencia con fuerza de cosa juzgada.

Las reglas de la inoficiosidad de los testamentos no se aplican a los otorgados por menores de edad que disponen de su peculio castrense o cuasicastrense.

Segons BORRELL² la preterició de legitimaris des del dret romà (D.r) fins la Memòria de Duran i Bas estava regulada d'una forma semblant a la que hem adjuntat, però que en cap cas pertany a la Novel·la 115. L'autor el que fa és comentar la preterició i d'això nosaltres intuïm com podia haver sigut el seu articulat.

Per tant, si hem estructurat la figura d'aquesta forma - amb apartats i excepcions – és perquè així es puguí comentar aquells punts o conceptes que hem cregut més importants per entendre l'evolució històrica de la figura de la preterició, com per exemple el Privilegi de Barcelona o les regles de la inoficiositat dels testaments.

² Borrell y Soler, Antonio M. *Derecho Civil vigente en Cataluña: Sucesiones por causa de muerte*. Segunda edición. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1944. pp. 384, Tomo Quinto.

a) La preterició com un dret a ser mencionat

Es deia que era “*preterido el legitimario que el causante no nombre en su testamento*”. Podríem entendre que en un primer moment el dret català rep la figura de la preterició com un mer dret <<a ser mencionat>>, o el que és el mateix, “s’acull a un concepte de preterició estrictament formal, doncs únicament és necessari el nomenament del fill al testament, sense que calgui l’atribució concreta, per tal d’excloure la preterició”.³ Això significa que els legitimaris havien de ser instituïts o desheretats per evitar la figura de la preterició.

Així segons MARTÍN GARRIDO, es creu que quan es va començar a aplicar la Novel·la 115 de Justianeu es requeria “que el fill no només rebés una part del cabal hereditari sinó que a més a més ho rebés a títol d’hereu”.⁴

Sobre si era suficient nombrar als fills legítims, encara que sigui sense deixar-los res ni desheretar-los, per a que no es tinguin per preterits, VIVES⁵, creu que era suficient dir que, en vida ja se li ha donat la legítima, cosa que ens recorda la figura de la <<desheretació bona mente>> dels romans que es feia amb ànim, no de no perjudicar al legitimari sinó amb ares de salvaguardar els seus interessos. En aquesta línia es pronuncia la STSJA de 31 de desembre de 1909 (Aragó), en que es tenia per no preterit el fill del qual afirma el testador que les despeses de la carrera i la rendició del servei militar se li imputen en pagament de llegítima.

b) Què s’entén per preterit?

Per altra banda per <<preterits>> es refereix a tots els descendents que resultin legitimaris del causant al moment de la seva mort. En aquest sentit es discuteix si produeix o no preterició la omisió d’un nét al testament si bé s’ha de tenir present que serà legitimari un descendent que no ho era al temps del testament. A Catalunya, si el pare hagués premort a l’avi, no produiria preterició i per tant no s’anul·laria la institució

³ Garrido Melero, Martín. *Derecho de Sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. 2a.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009. 667 pp. 978-84-9768-669-3 (Tomo II)

⁴ Garrido Melero, Martín. *Derecho de Sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. 2a.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009. 667 pp. 978-84-9768-669-3 (Tomo II)

⁵ Es citat per Borrell y Soler, Antonio M. *Derecho Civil vigente en Cataluña: Sucesiones por causa de muerte*. Segunda edición. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1944. pp. 385, Tomo Quinto.

d’hereu. Tot i això, una altra postura a aquesta última, i contraria al D.r, és defensada en alguns textos com la STS de 23 de febrer de 1870⁶ en què es diu que constitueix preterició l’omissió d’un net concebut després d’atorgar-se testament de l’avi, si aquest sobreviu al pare d’aquell.

c) No són preterits aquells als que el testador els hi ha deixat alguna cosa

Si no són preterits aquells a qui el testador els hi ha deixat alguna cosa voldrà dir que segons el dret romà la preterició quedava sanejada per la donació feta al legitimari, i en especial a Catalunya si la donació es va fer en capitulacions matrimonials.⁷ Això vol dir que no era necessari instituir o desheretar al legitimari si s’havia fet una donació en vida

Però tot i que aquí fem referència a donacions, quan diu “aquells a qui el testador deixa alguna cosa” també podem interpretar que parla de llegats i també de donacions *mortis causa*.

d) No són preterits aquells que els deshereta

Pel que fa al desheretament fet de forma expressa en testament, com hem dit, no produeix preterició. Així en un cas de 1862 en què el testador havia desheretat a un fill per motius greus, que no es consideraven suficients pel desheretament, es va declarar vàlida la institució d’hereu, i que el fill injustament desheretat només tenia dret a la llegítima.⁸

⁶ Borrell y Soler, Antonio M. *Derecho Civil vigente en Cataluña: Sucesiones por causa de muerte*. Segunda edición. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1944. pp. 385, Tomo Quinto.

⁷ Veure pàg. 36 relatiu al primer supòsit de c) Supòsits on no existirà preterició: Quan el legitimari sigui mencionat al testament del seu causant rebent una atribució concreta en concepte de llegítima o imputable a ella.

⁸ Borrell y Soler, Antonio M. *Derecho Civil vigente en Cataluña: Sucesiones por causa de muerte*. Segunda edición. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1944. pp. 386, Tomo Quinto.

e) Els descendents preterits o injustament desheretats en testament subjectes a la legislació especial de Barcelona

Fins ara havíem dit que al dret tradicional català, mitjançant la *q.i.t* es podia rescindir la institució d'hereu o anul·lar el testament en cas produir-se la figura de la preterició. Per altra banda, l'any 1339 es va concedir un privilegi, per part del Rei Pere III, als ciutadans de Barcelona⁹ on establí que no es pogués anul·lar un testament en el que no es fes menció de les persones que per dret comú havien de ser instituïdes. Amb això es va “reforçar les facultats del testador i configurar l'efecte de la preterició al marc concret de la protecció de la llegítima, que era l'únic límit a la llibertat de disposar dels béns per causa de mort”.¹⁰

Per gaudir d'aquest privilegi era *conditio sine qua non* no només que el testament s'atorgués a la ciutat de Barcelona, sinó també que el testador hagués sigut ciutadà barceloní en temps de testar i de morir.¹¹

El text que concedia aquest privilegi deia <<...tal testamento u otra cualquiera última voluntad, no sea ni pueda citarse nulo o nula, ni pueda anularse, aunque sean preteridas o desheredadas las personas que según <<iure communi>> se tuvieran que instituir y a aquellas que deben citarse, les quede protegido su derecho sobre la legitima, excepto que fueran justamente preteridas y también desheredadas...>>.

La conseqüència directa de configurar-ho, ja no com una causa de nul·litat sinó com un atribució legal reconeguda, és que els descendents preterits o injustament desheretats en testament que estiguessin subjectes en aquesta legislació especial no podien promoure la *q.i.t*, sinó únicament reclamar la part de llegítima que li correspongués. El dubte sorgeix en què passaria si al moment d'atorgar-se testament, aquest legitimari, encara no hagués nascut? Doncs al nostre entendre aquest testament hauria de ser nul - segons els efectes que llavors regien a la figura de la preterició - perquè ja no ens trobaríem en l'àmbit de protecció de la figura de la llegítima sinó que s'estaria protegint la voluntat del testador al tractar-se d'una preterició errònia.

⁹ Concedida el 19 d'octubre de 1339 amb la Constitució única, títol I, llibre 6º, vol 2.

¹⁰ Sentència del Tribunal Suprem de Catalunya de 10 d'abril, núm. 12/1995 [RJ\1995\7988] FJ13

¹¹ Borrell y Soler, Antonio M. *Derecho Civil vigente en Cataluña: Sucesiones por causa de muerte*. Segunda edición. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1944. pp. 387, Tomo Quinto.

f) El que ha renunciat la querella o legítima expressa o tàcitament

Si jo accepto el testament o llegat com a vàlid, tot i existir preterició, com he reconegut la seva eficàcia després no puc impugnar-la mitjançant la querella. De la mateixa manera que si renuncies a l'acció de la querella estaries tàcitament acceptant el testament com a vàlid.

Una altre qüestió seria en el cas que morís un legitimari sense haver renunciat ni exercit tal dret. En tal supòsit si algú dels primers legitimaris tingués dret a ella i no utilitzes la querella, aquesta no passaria als fills descendents sinó que únicament la seva porció legitimària passaria als fills per successió.¹²

g) Las reglas de la inoficiosidad de los testamentos no s'apliquen als atorgats per menors d'edat que disposen del seu peculi castrense o cuasi castrense.

El peculi, o *peculium* en llatí, són un conjunt de béns de caràcter excepcional als drets de la pàtria potestat que el pare de família, atorgava als seus fills perquè els gestionessin de forma lliure.

El primer d'ells, el peculi castrense, seria el conjunt de béns que un fill de família adquiria en l'exercici de la professió o servei militar.

En canvi, el *peculi cuasi castrense* vindria a ésser el conjunt de béns que un fill de família adquiria en l'exercici d'un càrrec a la cort imperial o a l'església. Aquest últim es va posar en pràctica en temps de l'emperador Justinià, d'aquí que sigues expressament introduïa com a excepció de la preterició.¹³

Podríem entendre que el peculi s'assimilaria a una donació en vida del causant als seus legitimaris doncs al remarcar aquesta excepcionalitat realment el que està fent el pare de família, i testador, es deixar-los alguna cosa i d'aquesta manera evitariem la preterició.

¹² Borrell y Soler, Antonio M. *Derecho Civil vigente en Cataluña: Sucesiones por causa de muerte*. Segunda edición. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1944. pp. 388, Tomo Quinto.

¹³ Correa Rojas, Karla; Algarra Bulla, Brandon Nicolás. *Instituciones Jurídicas Derecho Romano: Régimen de las Personas y Familia*. Editat 12 de març de 2013 [data consulta : 7-04-2016] <http://institucionesjuridicasderechoromano.blogspot.com.es/2013_03_01_archive.html>

1.3.- Efectes de la preterició dels descendents

En cas de preterició o desheretament injust d'un descendent legítim, aquests hem dit que podia utilitzar la *querela inofficiosi testamenti*. Pel contrari, els ascendents, si bé en aquest casos poden demanar la seva legítima per l'acció derivada de la llei, aquesta no compren la rescissió del testament. A Barcelona els preterits tenen, a més a més, una *condictio ex lege* que no permetia anular un testament quan no es fes menció dels legitimaris.

Quan parlem d'efectes de la preterició discutirem precisament si el fet d'utilitzar la querella per impugnar el testament per defecte de preterició comporta la rescissió de la institució d'hereu o per contra suposa l'anul·lació completa de tot el testament. Relatiu a això últim, existeixen dues versions doctrinals contraposades:

- a) Aquells que entenen que la preterició rescindeix o anul·la la institució d'hereu, però subsisteixen les altres disposicions testamentaries.
- b) Aquells que entenen que la preterició anul·la tot el testament; distingint a la vegada aquells que pensen que anul·la per complet el testament si exclou el legitimari sense causa, i els que pensen que només anul·la la clàusula d'institució quan se li exclou per una causa falsa.

Tot i que el D.r no ens diu clarament quin seria l'efecte sobre el testament en cas de demanar la querella per preterició, considerem que el que més s'ajustaria, és l'efecte d'anular únicament la clàusula testamentaria d'institució d'hereu. El motiu rau en el fet d'assimilar la figura de la preterició a la del desheretament ¹⁴, de fet ja ho fa així l'excepció primera, que és el Privilegi concedit a la ciutat de Barcelona en època de Pere III.

Així BORRELL Y SOLER ens diu que “perquè el desheretament tingui eficàcia, ha de recolzar-se amb alguna de les causes legals expressades, i si no és així es podrà obtenir, per part del legitimari, mitjançant l'ús de la querella, la anul·lació de la clàusula de

¹⁴ Quan parlàvem de la primera excepció del D.r “Els descendents preterits o injustament desheretats en testament subjectes a la legislació especial de Barcelona” comentàvem que aquest privilegi es va atorgar per a protegir o reforçar les facultats del testador, considerant ambdós figures de tracte igual doncs ambdós casos els legitimaris havien de ser instituïdes o citades.

institució d'hereu, deixant subsistent les disposicions a títol singular”.¹⁵ De fet, si el que s'intenta és protegir la voluntat del testador no tindria massa sentit anul·lar tot el testament, doncs s'obriria la successió intestada i en definitiva es podria repartir una herència totalment contrària a la voluntat real en vida del causant.

Per intentar fer-nos entendre millor, posarem dos exemples: en el primer supòsit si el causant se n'ha descuidat de nombrar al fill menor, instituir-lo o desheretar-lo, i a més va fer testament deixant tota l'herència al seu altre fill. I en el segon, hi ha preterició perquè el causant desconeixia que tenia descendència, deixant tota la seva herència en vida a la seva dona.

Així, en el primer supòsit entenem que en cas que s'impugnés el testament per querella, com a màxim hauria de tenir l'efecte de nul·litat en la clàusula d'institució d'hereu doncs no tindria massa sentit que s'anul·lés tot el testament quan en el moment de fer-lo ja n'era conscient de l'existència d'aquest fill i segurament la seva voluntat era la de excloure'l. En canvi en el segon supòsit, podríem arribar a discutir si hi cabria o no nul·litat en sentit estricte. BORRELL també ho veu així però únicament en el cas que la “querella es fundés realment en la demència del testador, seria lògic admetre la nul·litat total del testament”. Des del nostre punt de vista creiem que hauria de tenir l'efecte d'anul·lar únicament la institució d'hereu doncs d'altra manera, si permetem declarar nul un testament per preterició, estaríem declarant que el preterit tingui més anys de termini per impugnar el testament, és a dir major del que concedeix la querella.¹⁶ El mateix autor posa a mode d'exemple dels qui defensen la postura de la nul·litat rotunda, la doctrina del Tribunal Superior de Justícia en què contradictòriament es donava aquest supòsit.¹⁷

I és que si considerem que l'efecte és el declarar nul tot el testament llavors no tindria cap sentit estipular un termini de prescripció de 5 anys de la querella, doncs hem de tenir en compte que el termini de prescripció per impugnar un testament comença a comptar des que la persona legitimada per a exercir-la coneix o pot conèixer raonablement la causa de nul·litat, mentre que la preterició compta des l'addició d'herència.

¹⁵ Borrell y Soler, Antonio M. *Derecho Civil vigente en Cataluña: Sucesiones por causa de muerte*. Segunda edición. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1944. pp. 397, Tomo Quinto.

¹⁶ Ho veurem al següent apartat (1.4): la prescripció de la *querela inofficiosi testamenti*.

¹⁷ “Aplicaron esta doctrina las Sentencias (para del TSJ) de 21 de octubre y 11 de noviembre de 1891, las cuales, al declarar nulo un testamento por preterición, declararon que el preterido tenía treinta años de plazo para impugnar el testamento, o sea mayor tiempo del que concedí la querela”. Borrell y Soler, Antonio m. *Derecho Civil vigente en Cataluña: Sucesiones por causa de muerte*. Segunda edición. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1944. pp. 390, Tomo Quinto.

1.4.- Prescripció de la querela inofficiosi testamenti

Al dret romà la prescripció de la preterició tenia trets diferents a l'actual figura recollida al CCCat. Com a termini general la prescripció de la querella era de 5 anys en cas de preterició i començava a comptar, ja no des de la mort del causant, sinó a partir de l'addició de l'herència.

D'altra banda aquests terminis no corren contra els menors d'edat, i es podrien suspendre *ex magna causa*, per exemple, mentre es discuteix sobre la validesa del testament.¹⁸

¹⁸ Borrell y Soler, Antonio M. *Derecho Civil vigente en Cataluña: Sucesiones por causa de muerte*. Segunda edición. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1944. pp. 390, Tomo Quinto.

2. – APÈNDIXS I COMPILACIONS:

Segons ANTONI MIRAMBELL i PAU SALVADOR, autors d'un estudi dels projectes d'apèndixs i materials compilatoris del dret civil de Catalunya¹⁹, el problema que es va plantejar el dret català amb la Compilació de 1960 és precisament que cal considerar-se com a precedent.

I es que el text de 1960²⁰, que posteriorment va ser modificat per ser integrat acord als principis establerts per la Constitució de 1978²¹, és el resultat dels corresponents processos d'evolució dels “precedents legislatius”. En aquest sentit cal considerar com a precedent qualsevol text referent al dret civil de Catalunya pel sol fet que hagi tingut una redacció com a text articulat?, o bé cal considerar, estrictament, com a precedents aquells textos articulats i redactats per un organisme legalment competent per a escriure un projecte d'Apèndix o de Compilació?

En aquest treball, al igual que l'estudi dels dos autors que hem fet referència en aquest apartat, hem optat per analitzar únicament els precedents que tenien caràcter de projectes oficials, deixant de banda els projectes particulars²² o de caràcter estrictament doctrinals.²³

¹⁹ Mirambell i Abancó, Antoni ; Salvador Coderch, Pau. Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya. Primera edició: setembre de 1995. 17 84-393-3594-6

²⁰ Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre Compilació del dret civil especial de Catalunya (BOE núm. 175, de 22 de juliol).

²¹ Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, pel qual s'aprova el text articulat i refós de la Compilació del dret civil de Catalunya (DOGC núm. 465, de 27 de juliol, i correcció d'errades DOGC núm. 494, de 14 de desembre)

²² Academia de Derecho, Proyecto de Apéndice del Código civil para Catalunya. Barcelona, Tipografía de Serra hermanos y Rusell, 1896; Ante- Proyecto de Apéndice del Código Civil para el Principado de Cataluña que presentan a la Comisión Especial constituida con arreglo al Real Decreto de 24 de abril de 1899 D. Francisco Romaní y Puigdemolas, Presidente de dicha Comisión, y D. Juan de Dios Trias y Giró, vocal de la misma, representante del Colegio de Abogados de Gerona. Precedido de un Prólogo del primero de dichos señores. Edición publicada con una introducción por la Revista Jurídica de Cataluña (de Joan Martí y Miralles). Barcelona, Hijos de Jaime Jesús Impresores, 1904. L'edició originària fou publicada a Barcelona, Tipografia de Vilá, Abad y Compañía 1903 ; Anteproyecto de Apéndice del Derecho Catalán al Código Civil. Ponencia de D. Joaquín ALMEDA con la colaboración de Martín TRÍAS Y DOMÉNECH. Barcelona, Imprenta de la Casa de Caridad, sd ; Proyecto de Apéndice al Código Civil, Aprobado por la Comisión de Codificación de dicha territorio, siendo ponente el vocal Juan J. PERMANYER Y AYATS, y sometido, ante la misma, a nueva revisión. Barcelona, Imprenta de la Casa Provisional de Caridad, 1915; Anteproyecto de la Compilación del derecho Civil especial de Cataluña de 1951. Barcelona, Casa Provincial de Caridad, 1952.

²³ Memoria formulada por la Comisión nombrada en sesión de 3 de mayo de 1899, compuesta por los señores Magín Pla y Soler, D. Felipe Bertran de Amat, D. Guillermo Ma. De Brocá, D. José Pella y Forgas, D. José Estanyol y Colom, D. Guillermo Tell y Lafont y D. Antonio Ma. Borrell y Soler acerca de las Instituciones jurídicas de Cataluña que conviene conservar en el Apéndice al Código Civil y aprobado por la Academia en sesión de 28 de agosto de 1899. Barcelona, Imprenta y Litografía de José Cunill y Sala, 1899.

Els precedents de la Compilació de 1960 que analitzarem tot seguit en són 4:

- La Memòria i Text articulat i redactat per Manuel Duran i Bas i publicada a Barcelona el 1883.
- El Projecte d'Apèndix de 1930 (PA).
- L'avantprojecte d'apèndix de les institucions de Dret Civil Català de 1931 (APA).
- El Projecte de Compilació de 1955 (PCDCC)

Cal dir que d'aquests precedents se'n poden distingir dos sistemes tradicionalment diferents, la d'apèndixs i la de compilacions. Per això, es sol parlar de dues etapes en la tradició jurídica catalana, derivades d'aquesta forma de treball.

2.1.- MEMÒRIA I TEXT ARTICULAT I REDACTAT per M. DURAN I BAS

2.1.1.- Introducció i precedents

Segons els autors abans esmentats, s'entén per apèndix “aquell que accepta la normativa sobre fonts del Codi Civil i que constitueix un conjunt de normes materials que es col·loquen al CC com un simple grup de regles especials sobre institucions concretes”.²⁴ Per altra banda l'Institut d'Estudis Catalans el defineix com “aquell text afegit a una obra, que no constitueix una part essencial, com un cos de notes explicatives, una bibliografia o uns documents justificatius”²⁵

La Memòria sobre les institucions del Dret Civil de Catalunya escrita segons l'establert a l'art. 4º del Real Decreto (RD) de 2 de febrer de 1880, publicada a Barcelona a la Impremta de la Casa de Caritat el 1883, més coneguda com la Memòria de Duran i Bas, és una síntesi d'aportacions particulars i de corporacions jurídiques amb la finalitat última de poder articular el dret civil de Catalunya.

La importància de la Memòria es deu paradoxalment al fet que fou redactada sota la condició de l'existència d'un Codi Civil General (1888). El CC pressuposava les memòries forals com “l'excepció” d'un dret civil comú de caràcter “general”, configurant la tradició cultural foral com una activitat “cognoscitiva” del dret i no com una activitat “creativa” de les normes generals. Així la Memòria s'interpretava ja no com una activitat merament cognoscitiva, sinó com una activitat creadora del dret.

En quant a l'articulat la Memòria està composta per 345 articles dels quals quatre fan referència a la figura de la preterició (art. 276 a 279).

²⁴ Mirambell i Abancó, Antoni ; Salvador Coderch, Pau. Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya. Primera edició: setembre de 1995. pp. 17 84-393-3594-6

²⁵ Diccionari de la llengua catalana, Institut d'Estudis Catalans. Segona edició. [data consulta : 12-04-2016] <<http://dlc.iec.cat/results.asp?txtEntrada=ap%E8ndix> >

2.1.2.- Anàlisi de l'articulat

Artículo CCLXXVI .- *Cuando el padre en su testamento hace mención del hijo, ya sea por derecho de legado, ya por cualquiera otra manera, aunque no sea por derecho de institución, el testamento no es irrito, ni nulo.*

Al igual que al dret romà, la figura de la preterició es continua veient com a dret a ser mencionat, tot i que aquí encara és més clar ja que es diu expressament la paraula <<mencionar>>: “*cuando el padre en su testamento hace mención del hijo*”. Com veurem més endavant, amb el Projecte d'Apèndix i Materials Precompilatoris, poc a poc la preterició es va contemplant des d'una perspectiva únicament material, és a dir, aquella “quan el legitimari es mencionat al testament del seu causant, però no se li ha fet atribució en concepte de llegítima o imputable a ella”.²⁶

Per tant, segons el nostre punt de vista quan MARTIN GARRIDO parla de que tradicionalment el text compilat contemplava “expressament” dos tipus de preterició, podria estar parlant precisament d'aquest text normatiu de M.DURAN i Bas. Tot i que, també és cert que GARRIDO parla de “text compilat”, i segons sabem la Memòria segueix un altre sistema tradicional de treball que són els apèndixs.

Per altra banda, l'article també sembla recollir la preterició material, encara que ho hem d'intuir nosaltres. Així quan diu “*ya sea por derecho de legado, ya por cualquier otra manera, aunque no sea por derecho de institución*” realment el que està fent és parlant de “atribuir” i per tant, indirectament contemplant la preterició material. Així, les dues formes per atribuir la llegítima, són la d'instituir – per llegat, testament – i la de desheretar.

Ara bé, ROCA creu que DURAN i BAS s'inclina més aviat per suprimir el concepte de preterició material, per acollir-se al formal, que s'acceptava també a l'article

²⁶ Garrido Melero, Martín. Derecho de Sucesiones. *Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. 2a.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009. 967 pp. 978-84-9768-669-3 (Tomo II)

286 del Projecte d'Apèndix de 1930. Altres autors catalans, diu ROCA, també sostenien aquesta postura respecte als antecedents de la Compilació de 1960.²⁷

En aquest últim cas, tot i que és cert que no ho diu expressament, sembla ser aquesta la voluntat dels juristes catalans quan s'introdueix la clàusula oberta “*ya por cualquier otra manera*”. La pregunta a fer-nos rau en discutir, quin hauria de ser el motiu de recollir una clàusula oberta a la forma atribuir? Segurament no només sigui perquè es vol recollir el desheretament com a forma d'evitar la preterició, sinó també altres tipus de donacions.

Si abans, amb el comentari de la Novel·la, discutíem quin era l'efecte de reconèixer la preterició en cas d'impugnar el testament, en aquest articulat tampoc s'acaben de resoldre els nostres dubtes. I es que, si bé és cert que si es donés el supòsit que s'ha atribuït o mencionat al legitimari “*el testament no seria nul*”, què succeeix en el cas que s'impugnés el testament per preterició errònia? Tot el testament seria nul, o únicament la institució d'hereu? Tot i que la nostra opinió en aquest punt segueix ferma, en el sentit de considerar que únicament hauria de declarar-se la nul·litat de la clàusula de institució d'hereu, arribats a aquest punt sembla ser que seguiria sent la de declarar tot el testament com a nul. Aquesta visió tant radical es sosté bàsicament perquè la Memòria de Duran i Bas regula en un article a part el privilegi de Barcelona, article CCLXXIX. I per què es sosté amb aquest últim article? Doncs bé, creiem que el fet de recollir de forma clara i separada aquesta privilegi, el que vol es distingir-lo del que és la regulació de caràcter general a Catalunya - que seria la de l' article CCLXXVI - i la de Barcelona i certes poblacions - que seria la de l'article CCLXXIX (que explicarem després) - i així l'efecte de la preterició en cas d'atorgar-se el privilegi seria únicament el de reclamar el que per llegítima li tocava.

Artículo CCLXXVII .- *La preterición de los ascendientes deja subsistente el testamento, salvo el derecho de aquellos á la legítima.*

El D.r. exigia que els legitimaris fossin cridats a títol d'hereu, ja que en cas contrari existiria preterició, amb el resultat d'obrir la possibilitat d'impugnar el testament. A la Memòria per primera vegada es veu aplicada el que establí la Constitució de la Reina

²⁷ Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 206. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

Leonor com a lloctinent de Pere III a les Corts de Tortosa de 1365 en que quan els pares (ascendents) fossin preterits al testament d'un descendent, el testament sigues vàlid, encara que subsistia el dret d'aquests per a reclamar la seva llegítima.²⁸

El que comporta això és que es canviaven els efectes de la preterició dels ascendents respecte els descendents. Tot i que segons ROCA aquesta afirmació es contrària a certa jurisprudència del TS de 1964 en el que es deia que “*la preterició dels ascendents no existeix en el dret català, segons la Constitució de les Corts reunides a Tortosa el 1365, en el que s'ordena que si el pare o altres ascendents al testament dels fills per dret d'institució no es fes menció alguna, tot i això el testament es vàlid i ferm, el dret de la legitima queda assegurat a dits ascendents*”²⁹

Artículo CCLXXVIII.- Si con posterioridad á la otorgación del testamento adquiere derecho á la legítima un descendiente de quién no se haya hecho mención, su preterición sólo produce efecto en el caso de que sobreviva al testador.

Més endavant quan parlem del règim vigent distingirem dos tipus de preterició errònia: quan el causant atorga testament ignorant que té un fill viu; i quan el causant atorga testament i posteriorment té un fill, l'anomenat <<fill pòstum>>.

Si són preterits tots els descendents que no s'hagi fet menció en el moment d'atorgar testament el que s'està afirmant és que els pòstums sempre estaran preterits, ja que si recordem l'article dos-cents setanta-sis parlava de <<mencionar>>. Per tant, si entenem <<mencionar>> en el sentit estricte de la paraula, voldrà dir que cal nomenar pel seu nom al fill, exigència que mai serà complida en fills pòstums.

La preterició de pòstums “ja va ser estudiada per CÀNCER³⁰ a les *Variarum resolutionum* arribant a la conclusió de què en tals supòsits no era d'aplicació el Privilegi

²⁸ Continguda a les Constitucions i altres drets de Catalunya, Llibre 6, 4, constitució 1 del volum 1, que diu: <<Primerament, e tot cert ordenat, que si el Pare, o de altres ascendents en lo testament dels fills per dret de institutio no es feia alguna mentio, no res menys aytal testament sic valit, e ferm, lo dret emperò de la llegítima als ascendents tots temps salva>>. Albadalejo, Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 210 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

²⁹ Constitucions de Catalunya, volum 1º Lib VI, Tít. 3º

³⁰ Jaume Càncer, jurista i advocat 1559 – 1631. Descendia d'una família aragonesa d'origen noble, però no fou armat cavaller. Estudià a les universitats de Salamanca i d'Osca, on es doctorà en dret civil i canònic. S'establí a Barcelona, on exercí d'advocat dels tribunals durant més de quaranta anys. El 1585 assistí a les Corts de Montsó. Fou considerat, juntament amb Joan Pere Fontanella i amb Joan Pau Xammar, el millor jurista català del seu temps. D'una extraordinària formació com a romanista, potser no ponderà prou bé la

concedit a Barcelona per Pere III l'any 1339 a les Corts de Monzón ja que no es tracta d'un supòsit d'error sinó d'un defecte de la voluntat. Càncer estima que el canvi de les circumstàncies personals del testador, d'haver sigut conegudes, haguessin motivat un canvi de la seva voluntat testamentaria, doncs repugna a la raó que s'exclouï de la seva herència al fill i s'admeti als estranys”.³¹

***Artículo CCLXXIX.** - En Barcelona y poblaciones que gozan de sus privilegios es válido el testamento en todas sus partes á pesar de la preterición de los descendientes, quedando á éstos salvo su derecho á la legítima.*

Com anirem veient al llarg del treball, el Privilegi de Barcelona cada vegada va agafant més pes, fins finalment acabar essent regulació de caràcter comú i general al territori de Catalunya a la Compilació de 1960. En aquest sentit, l'article 279 afirma el que ja havíem comentat anteriorment amb la querella, que la legislació especial de Barcelona permetia als preterits únicament reclamar la legítima que els hi corresponia.

relació entre l'anomenat *dret comú* i els usatges i les constitucions de Catalunya. Les seves obres sobre temes jurídics són escrites amb un estil clar i precís, amb nombroses citacions d'autors estrangers. Publicà *Variarum resolutionum iuris Caesarei, Pontificii et Municipalis Principatus Cataloniae* (Barcelona 1594), obra bàsica per a l'aplicació del dret català, ampliada i revisada en l'edició de Tournay (1635) i reeditada a Lió, Anvers, Nàpols, Venècia i Barcelona fins el 1760. Els seus fills Gaspar Càncer (mort a Barcelona el 1627) i Jaume Càncer foren també advocats i recolliren una important col·lecció de dictàmens dels principals juristes barcelonins de llur època. [Gran Enciclopèdia catalana, SAU. Data de consulta : 19-4-2016. << <http://www.enciclopedia.cat/EC-GEC-0014237.xml> >>

³¹ Sentència de la Sala de lo Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 1 d'octubre e 1991 [RJ\1992\3908] FJ 4.

2.2.-PROJECTE D'APÈNDIX DE 1930 i AVANTPROJECTE D'APÈNDIX DE LES INSTITUCIONS DE DRET CIVIL CATALÀ de 1931

2.2.1.- Introducció i precedents

El Projecte d'apèndix de 27 de juny de 1930 constitueix una revisió de la Memòria de Duran i Bas. Es tracta d'un projecte “oficial” i, referent al seu contingut, es pot qualificar d'un projecte d'apèndix en sentit ampli.³²

Es diu que és “oficial” perquè mai va arribar a ser aprovat, encara que sí publicat. Tot i que va ser enviat a revisar varies vegades, mai va acabar de ser viable. En un primer moment es va adreçar a la Comissió de Juristes catalans per a què redactes el projecte d'apèndix, però amb la nova Constitució republicana, el 10 de desembre de 1931, el projecte es va tornar a informar perquè s'adeqüés al nou estat constitucional, i per això la Generalitat va crear el 24 d'octubre de 1932 la Comissió Jurídica Assessora. Arribats en aquest punt, el Projecte ja va resultar inviable per desavinences en la conveniència o no d'una codificació immediata. Finalment, s'acabà pronunciant que calia codificar el dret civil català per llibres i transitòriament aprovar de forma provisional el projecte, tot i que mai acabar sent llei.

Per altra banda, l'Avantprojecte d'Apèndix de 1931 és d'alguna manera la continuació del Projecte de 1930, encara que segons MIRAMBELL i SALVADOR el APA de 1931 segueix essent un apèndix en sentit ampli, però, tot i que conserva un sistema propi de fonts i de regles d'interpretació, ja no es tracta d'un sistema diferent del Codi Civil.³³ Respecte el contingut del Avantprojecte d'Apèndix es pot dir que sí es va respectar el contingut bàsic, tot i que la reducció de l'articulat respon més a textos refosos.

³² Mirambell i Abancó, Antoni ; Salvador Coderch, Pau. Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya. Primera edició: setembre de 1995. pp.23 17 84-393-3594-6

³³ En matèria de fonts i interpretació, la revisió del Projecte va implicar un ajustament del projecte a l'esquema de fonts dels articles 5 i 6.2 del Codi Civil i d'aquesta manera, es va suprimir l'article 9, que establia els requisits per a la derogació de les disposicions de l'Apèndix; es va refondre els articles 1 i 2 tot fent desaparèixer la referència a la “força legal” del costum provat com a font del dret; va desaparèixer l'article 3 i la referència a la constitució de 1599 va ser substituïda per una al·lusió als “principis de drets continguts en els cossos legals que han regit a Catalunya com a dret especial o suplementari del seu règim peculiar” i, finalment, es va conservar la regla sobre la vigència supletòria del Codi; es va suprimir la norma sobre interpretació i, en canvi, es conservava la norma que prohibia d'utilitzar la jurisprudència o practica administrativa posterior al Codi contraria als preceptes de l'apèndix com a element d'interpretació.

³³ Mirambell i Abancó, Antoni ; Salvador Coderch, Pau. Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya. Primera edició: setembre de 1995. pp.26 .17 84-393-3594-6]

Ambdós textos o projectes regulen la figura de la preterició exactament igual, és a dir, que l'articulat, tot i que entre un i l'altre es troben en diferents numeracions, acaben dient textualment lo mateix. Per aquest motiu, a l'hora d'analitzar l'articulat ho farem conjuntament per no repetir-nos dues vegades.

2.2.2.- Anàlisi de l'articulat

Artículo 285 (239 a l'APA). - La preterición de los ascendientes deja subsistente el testamento, salvo el derecho de aquéllos a la legítima.

La de los descendientes legítimos, aunque sean póstumos, anula la institución de heredero, substituciones y fideicomiso universales, dejando subsistentes las demás disposiciones del testamento; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 259 para el caso de que aquél contenga cláusula codicilar.

Este precepto rige también en Barcelona y poblaciones que gozan de sus privilegios.

El primer paràgraf de l'article 285 copia textualment el que venia a ser l'article 277 (CCLXXVII) de la Memòria. En relació a la segona part de l'art. veiem certs canvis, que al nostre entendre, fan més entenedora la figura de la preterició.

Abans, amb la regulació anterior, l'article dos- cents setanta- vuit, el qual parlava de la preterició dels descendents, no distingia entre fills i fills pòstums, deixant en dubte si quan es deia “*descendents de qui no s'hagués fet menció*” englobava també els pòstums o no. Com varem dir, al nostre entendre no, ja que per anomenar o mencionar cal saber el nom del descendent, cosa que és impossible saber-ho en cas de ser pòstum.

Per altra banda, els efectes de la preterició són els d'anular únicament la institució d'hereu, substitucions i fideïcomisos universals, deixant subsistents les altres disposicions testamentaries. D'aquesta manera torna a clarificar el que deixa marge per interpretació a l'article 276 de La Memòria “*el testament no es irrita, ni nul*”, determinant més específicament l'efecte en concret que esdevé en cas de donar-se la preterició.

Per últim, en relació a l'última part de l'article 285, que fa referència al Privilegi de Barcelona concedit per Pere III, tot i que com explicàvem s'establia que no es pogués

anular un testament en el que no es fes menció, els juristes catalans sempre han intentat no aplicar el Privilegi en cas dels fills pòstums, és a dir als casos en que el legitimari hagués estat engendrat després d’atorgar-se el testament.³⁴

En aquests casos BORRELL Y SOLER diu que “tal testament, més que defectuós per preterició, seria nul per falta de voluntat del testador, i s’aplicaria al cas el Dret General de Catalunya, és a dir el D. r. “³⁵

Artículo 286 (240 a l’APA). - Cuando el padre o la madre en su testamento hace ordenación a favor del hijo, ya sea por derecho de legado, ya por cualquiera otra manera, aunque no sea por derecho de institución, se entiende que no hay preterición y el testamento es válido.

Tampoco hay preterición si el padre o la madre ha constituido dote o hecho otra donación en capitulaciones matrimoniales al descendiente que no haya sido mencionado en el testamento.

Si abans dèiem que l’anterior article era una còpia de l’ article 277 de la Memòria, aquest encara que no en tot el seu contingut, ho és respecte l’article 276 de l’obra de M.DURAN i BAS. L’única diferencia que trobem respecte d’un i l’altre és en la utilització del terme <<ordenar>> en lloc de <<mencionar>>. Com veurem més endavant, tant el PA com el APA són les úniques normatives, tret del Llibre IV del CCCat,³⁶ que no utilitzen la paraula <<mencionar>> per descriure què s’entén per preterit.

Altrament del primer paràgraf l’única cosa que canvia és la manera de dir que “el testament no és nul” si hi ha preterició, o el que és el mateix “si no hi ha preterició, el testament és vàlid”.

Artículo 287 (241 a l’APA). - No produce efecto de preterición la de algún descendiente que haya premuerto sin prole al testador, y tampoco tiene carácter de preterido el descendiente cuyo padre o madre haya sido mencionado como viviente en el testamento.

³⁴ Garrido Melero, Martín. Derecho de Sucesiones. *Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. 2a.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009. 967 pp. 978-84-9768-669-3 (Tomo II)

³⁵ Borrell y Soler, Antonio. M *Derecho Civil vigente en Cataluña: Sucesiones por causa de muerte*. Segunda edición. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1944. pp. 387, Tomo Quinto.

³⁶ Article 451-16 CCCat “1.- És preterit el legitimari a qui el causant no ha fet cap atribució”

Bàsicament el que els juristes catalans ens volen dir en aquest precepte és que la preterició només produeix efecte en cas que el descendent del causant sobrevisqui al testador. De tal manera que l'article 287 realment el que fa és dir el mateix que deia l'article 278, amb l'única salvetat d'introduir una nova puntualització respecte als descendents del descendent del causant, és a dir el que serien els nés *p.ex.*

Aquest últim punt, pot ésser l'origen del que seria la preterició en cas de ser legitimari per dret de representació, doncs a la regulació vigent del CCCat que apareix per primera vegada a la Compilació de 1960 a l'article 141³⁷, atorga a aquests únicament la possibilitat d'exercir la impugnació si el representat, en cas d'haver sobreviscut al causant, ho hauria pogut fer. De totes formes cal dir que, al CCCat ho estableix per casos de preterició errònia, que de moment fins el que hem vist encara no es distingeix entre aquesta i la intencional, segurament perquè fins ara hem vist únicament un efecte general - sense tenir en compte el Privilegi - per a la figura de la preterició.

³⁷ Veure pàg. 30 relatiu al epígraf Compilació de 1960

2.3.- PROYECTO DE COMPILACIÓN DE 1955

Artículo 298.- De la Preterición y de la inoficiosidad legitimarias. *La preterición testamentaria de legitimarios tendrá lugar cuando los que resulten serlo del causante al fallecer éste, hayan sido omitidos o no mencionados en el testamento, sin que fuera del mismo, antes o después, les haya atribuido algo en concepto de legítima o imputable a ella.*

A estos efectos, se considerarán omitidos o no mencionados los legitimarios, no sólo cuando el causante los pase en silencio en el testamento, sino también cuando mencionándolos no les atribuya en el mismo algo en concepto de legítima o imputable a ella, ni siquiera un legado simple de legítima ni se les desherede injustamente.

En consecuencia, no constituirá preterición la omisión o no mención testamentaria del legítimo premuerto al causante, o del que hubiere repudiado la legítima, o del justamente desheredado o declarado indigno de suceder al causante. Tampoco se considerará preterido el legítimo designado sólo como sustituto vulgar, aunque la sustitución se frustrare.

Artículo 299.- *La preterición será intencional cuando responda a la voluntad del testador de excluir de la legítima al legítimo preterido.*

La preterición será errónea en todo otro caso y especialmente cuando por cualquier causa la existencia del preterido no era conocida por el causante al tiempo de testar. En caso de duda la preterición se considerará intencional.

Artículo 300.- *La preterición errónea de algún legítimo que sea hijo o descendiente legítimo del testador, origina la nulidad del testamento si el preterido impugna su validez por esta causa.*

La acción de nulidad del testamento competirá únicamente en este caso al preterido y a sus herederos y se extinguirá por su renuncia expresa o tácita y por prescripción.

Se entenderá renunciada si el preterido otorga junto con los otros partícipes en la sucesión actos de manifestación, adjudicación o partición de bienes de la herencia, siempre que resulte que se tuvo en cuenta la existencia de la preterición. El presente artículo será aplicable a los testamentos sujetos al derecho especial de Barcelona.

Artículo 301.- *La preterición intencional de legitimarios y la errónea de legitimarios que no sean hijos o descendientes legítimos del testador, no originará la nulidad del testamento, pero al legitimario preterido le quedará a salvo derecho a exigir lo que por legítima le corresponda.*

Tampoco originará la nulidad del testamento e igualmente dejará a salvo la legítima, la preterición errónea de legitimarios que sean hijos o descendientes legítimos del testador, en los casos siguientes:

- 1. Cuando se trate de hijos o descendientes legítimos de un legitimario premuerto al causante que resulten ser legitimarios de éste por derecho de representación, si su ascendiente no hubiera podido considerarse preterido erróneamente en el supuesto, no dado, de sobrevivir al causante.*
- 2. En el caso del párrafo segundo del artículo 284.*
- 3. En la substitución ejemplar si no han sido nombrados substitutos todos o algunos de los hijos o descendientes legítimos del substituido.*
- 4. Tratándose de legitimarios comprendidos en el artículo 311.*

2.3.1.- Introducció, precedents, concepte i comentari de l' articulat

Després de l'intent frustrat de l'AP de 1930 i l'APA de 1931 - i tenint com a base els anteriors projectes i apèndixs - el 23 de maig de 1947 es va decidir tornar a crear les Comissions de Juristes per estudiar i ordenar les institucions de Dret Foral de Catalunya adequada a les institucions històriques, tenint en compte la necessitat i exigència de ser adaptada a la sistematització del CC, evitant coincidències i repeticions. El Ministeri de Justícia va ordenar que les disposicions legals de la Compilació del Dret Foral de Catalunya havien de realitzar-se subjectes a les següents normes:

- Tenint com a base el Projecte d'Apèndix de 1930 (recordem que era igual que l'APA).
- Redactar-se tenint en compte la vigència i aplicabilitat de les institucions històriques en relació amb la necessitat i exigències del moment present.
- Acomodar-se, en general, a la sistemàtica del CC, evitant coincidències i repeticions.
- Havia d'excloure de regular normativa de conflicte, és a dir aquella encarregada de resoldre conflictes interregionals i interprovincials.³⁸

El text va ser encarregat al degà del Col·legi de Barcelona i Vocal de la Comissió, el Sr. Francisco de A. Condomines Valls.

La Compilació de 1955 és la primera de la tradició jurídica catalana que recull més de 2 articles en relació a la preterició de legitimaris, en concret 4 (art. 298 a 301). Per altre banda també és el primer cop que apareix diferenciat els conceptes de preterició intencional i errònia. Segons el nostre punt de vista el PC de 1955 és el més complet en definicions, si comparem les altres normatives – tan anteriors com posteriors -, però això no vol dir que siguin de contingut diferent ja *que p.ex* el CS i el CDCC la preterició està recollida en un únic art. però de l'articulat es pot arribar a les mateixes conclusions que amb el PC de 1955. Així per exemple el PC de 1955 per explicar els dos tipus de preterició, formal i material, necessita dos paràgrafs, que al meu entendre són bastant repetitius:

La preterició formal es defineix com la que “*té lloc quant els que resultin ser-ho del causant quant mor, hagin sigut omesos o no mencionats al testament*” i tot seguit, per explicar i diferenciar-la de la material torna a dir “*es consideraran omesos o no mencionats els legitimaris, no només quant el causant els passi amb silenci al testament, sinó també*”, ara parlarà de la material, “*quan el mencionat no li ha sigut atribuït al mateix (parla del testament) alguna cosa en concepte de llegítima o imputable a ella, ni tant sols un llegat simple de llegítima*”.

Tanmateix, aquestes dues definicions es podien haver recollit en un únic paràgraf ja que si ens fixem en el 1er paràgraf torna a parlar de la preterició material quan diu que

³⁸ Mirambell i Abancó, Antoni ; Salvador Coderch, Pau. Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya. Primera edició: setembre de 1995. Pp768.17 84-393-3594-6

“sense que fora del mateix, abans o després, els hi hagués atribuït alguna cosa en concepte de llegítima o imputable a ella”, l’única diferencia respecte el 2n paràgraf és que la primera atribució es fa abans o fora de testament, i l’altra al mateix document.

En quant a l’art. 299, sí que es cert que com a novetat a la tradició jurídica catalana apareixen els conceptes de preterició intencional i preterició errònia. A la vegada aquests són definits com la que “*respon a la voluntat del testador*” (intencional), i la que “*per qualsevol causa l’existència del preterit no era coneguda pel causant al temps de testador*” (errònia). En aquests sentit, com veurem més endavant quan parlem de la CDCC³⁹, l’art. 299 sembla entendre la preterició errònia com un defecte de voluntat del testador provocada segurament per un canvi de fets o circumstàncies personals que de ser conegudes per aquest en el moment de testar hagués atorgat de forma diferent el testament.

Pel que fa a l’art. 300, és important el seu contingut per quan ens ajuda a entendre el que ROCA i altres autors com O’CALLAGHAN, FIGA FAURA, entre d’altres, discutiran en relació al caràcter de l’acció de nul·litat del testament per preterició errònia.

Destacar que el testament serà vàlid si no s’impugna la preterició, i que tot i haver un vici l’acció competirà únicament al preterit, que si deixa passar el termini o renuncia s’extingirà.

El PC deixa molt clar que els efectes d’un i d’altre tipus de preterició no són els mateixos, i per això al art. 301 estableix quin són els efectes de la preterició intencional, que a diferencia de l’acció de nul·litat de la errònia, en aquest, el legitimari preterit té el dret d’exigir el que per llegítima li correspongui. Per últim, l’art. 301 *in fine* estableix un seguit d’excepcions a l’errònia.

³⁹ Veure pàg 40, apartat 2.4.3.-La Preterició errònia; CANCER: es pot presumir una falta de voluntat al testador provocada pel canvi de circumstàncies personals - de fets futurs - impredecibles i diferents en el moment d’atorgament de testament i en l’apertura de la successió.

2.4.--COMPILACIÓ DEL DRET CIVIL DE CATALUNYA DE 1960 **(Llei 40/1960, de 21 de juliol).**

Artículo 141.- Es preterido el legitimario cuando no ha sido mencionado en el testamento de su causante, sin que antes o después le haya éste otorgada donación en concepto de legitima o imputable a ella. También hay preterición cuando, a pesar de ser mencionado, no le haga el causante en el mismo testamento alguna atribución en concepto de legitima o imputable a ella, o no lo desherede; -aunque sea injustamente.

La preterición de legitimario no dará lugar a la nulidad del testamento; pero al preterido le quedará a salvo el derecho a exigir lo que por legitima le corresponda.

Sin embargo, la preterición de legitimario que sea hijo o descendiente legítimo del testador, nacido o que haya llegado a ser legitimario después de otorgado el testamento o cuya existencia ignoraba el causante al testar, constituirá preterición errónea y conferirá al legitimario preterido acción para obtener la nulidad total del testamento.

El descendiente del causante que resulte ser legitimario por derecho de representación y resulte preterido según las normas anteriores, no tendrá derecho a ejercitar la acción por preterición errónea, si no hubiese podido ejercerla su representado de haber sobrevivido al causante.

La desheredación injusta, o sea la hecha sin expresión de causa o por causa cuya certeza, si fuese contradicha, no se probare, o que no sea alguna de las señaladas por la Ley, producirá los mismos efectos previstos en el párrafo segundo de este artículo.

2.4.1.-Introducció i precedents

La situació del Dret civil català poc abans de la promulgació de la CDCC al 1960 era complicada. Amb Felip V Catalunya es va sotmetre a la dinastia instaurada a Espanya, que va fer suprimir per complet totes les institucions i dret català que regia llavors al nostre territori. Tot i que en un principi es van suprimir, més tard es decidí per restaurar el dret civil tradicional català per evitar la gran confusió que esdevindria al país l'anul·lació de les lleis i costums antigues. Així amb l'art. 56 del Decret de Nova Planta es va manar que “s'observessin les constitucions que havia abans a Catalunya”, de tal forma que s'entenia restablertes per aquest decret. Ara bé, el decret no restituïa la possibilitat de modificar el dret civil català ni tampoc adaptar-lo a la realitat canviant, ja que el Decret va suprimir tots els òrgans legislatius de Catalunya.⁴⁰

Per tant, la promulgació de la Compilació de 1960 es limita a “una sistematització adequada a les institucions històriques” i res podia innovar al respecte, perquè tenia una finalitat conservadora del dret tradicional.⁴¹

L'article 141 CDCC regula la preterició estructurant-se de tal forma que, el primer i segon paràgraf parlen sobre la preterició intencional, el tercer i quart sobre la preterició errònia i per últim el cinquè sobre la desheretament injust. Nosaltres el que farem és analitzar la figura de la preterició intencional a banda de la errònia, ja que la primera és la que tradicionalment ha sofert més evolució, i l'errònia seria pròpiament la coneguda preterició de pòstums.

⁴⁰ Mirambell i Abancó, Antoni ; Salvador Coderch, Pau. Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya. Primera edició: setembre de 1995. pp.769 17 84-393-3594-6

⁴¹ Puig i Ferriol, Lluís. El Derecho Civil Catalán. [data de consulta 27-4-2016]
<<file:///C:/Users/Marc/Downloads/13.El%20derecho%20civil%20catal%C3%A1n.pdf>>

2.4.2. – La Preterició Intencional

a) Estructura i concepte

Pel que fa al concepte de preterició, si amb la querella i apèndixs parlàvem únicament de la denominada preterició formal, ara per primera vegada la Compilació adopta una postura diferent aollint-se tan al concepte de preterició formal, – la de no mencionar al fill al testament - com la preterició material – la falta d’atribució patrimonial -. Per tant en resum, es considera “preterit aquell legitimari que no ha sigut mencionat i aquell que havent-ho sigut, no rep del seu causant una atribució concreta en concepte de llegítima o imputable a aquesta”⁴².

Alguns autors com FIGA FAURA i O’CALLAGHAN també han donat la seva opinió respecte l’existència d’aquesta dualitat de pretericions a la CDCC. El primer d’ells deia que a Catalunya s’ha optat per l’exigència de l’*assignatio* i la insuficiència de la nominatiu. El segon, O’CALLAGHAN, considerava que la preterició intencional es produeix no només per falta de menció, sinó també per la falta absoluta d’atribució legitimària.

b) Supòsits on es dona la preterició

De la interpretació de l’articulat es pot deduir que hi haurà preterició en els següents supòsits:

1. El legitimari no mencionat al testament del seu causant.

Així ho diu de forma expressa l’article 141 “*Es preterido el legitimario cuando no ha sido mencionado en el testamento de su causante*”.

⁴² Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 206. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

2. El legitimari mencionat que no hagi rebut abans o després una atribució concreta en concepte de llegítima o imputable a ella (article 141 paràgraf primer *in fine*).
3. Els descendents, legitimaris per dret de representació en cas de no ser mencionats en el testament del seu causant o en cas de ser mencionats però no havent rebut cap atribució en concepte de llegítima.

Es troba regulat al penúltim apartat del mateix article 141. El dubte, que és discutit per la doctrina, rau en determinar si seria o no preterit el descendent del qual el pare premort hagués estat degudament mencionat. Si ens fixem en l’articulat diu que és preterit “*El descendiente del causante que resulte ser legitimario por derecho de representación y resulte preterido según las normas anteriores* “ , per tant sí se li apliquen les normes anteriors voldrà dir que: es preterit (1) el legitimari no mencionat i també (2) el legitimari mencionat que no se li hagi atribuït res.

Però segons ROCA, donats els efectes que se li atribueixen “és indiferent l’existència de preterició, ja que de totes maneres ostentaria una pretensió de llegítima per obtenir el que el seu pare hagués obtingut d’haver sigut legitimari”

4. Quan s’atribueixi al legitimari un llegat de cosa pròpia.

Abans dèiem que existeixen dos tipus de preterició, la formal i la material, o el que seria el mateix la preterició per menció o per atribució. El fet d’estar íntegrament relacionades entre elles existirà preterició quan s’atribueixi un llegat per cosa pròpia, i quan se li atribueixi un llegat on el seu objecte desapareix amb posterioritat a l’atorgament del testament.⁴³

⁴³ En aquest cas no hi ha preterició sinó revocació de l’atribució i declaració de voluntat implícita del causant de que el legitimari rebrà únicament el que per llegítima li correspongui: Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 208. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

5. Quan el legitimari sigui mencionat com a substitut vulgar o fideïcomís.

ROYO MARTÍNEZ⁴⁴ les defineix com la crida de varies persones a una adquisició per causa de mort, no perquè la realitzin de forma simultània i conjunta, sinó un en defecte d'altre (substitució vulgar, SV) o un després de l'altre (substitució fideïcomissària, SF). Així, doncs, d'aquesta definició es desprenen les dues classes fonamentals de substitució:

- La SV, que és una substitució subsidiària o defectiva, ja que es nombra el segon o ulterior hereu únicament pel cas que el primer o anterior instituït no arribi a heretar. El que fa és dir a qui se li atribuirà aquesta quota vacant: “*si alguns d'aquests hereus que he cridat jo no ho poden ser-ho, ho serà..*” (regulat als articles 425-1 a 425-4 de l'actual CCCat).
- La SF, d'altra banda, permet instituir hereva a una persona que no està ni tant sols concebuda en el moment de morir el testador mitjançant un fiduciari que conservarà i restituirà els béns al fideïcomissari quan es compleixi la condició o arribi el termini (regulat als articles 426-1 a 426-59 del CCCat).

Un cop tenim present la diferencia entre ambdues figures, ens hem de plantejar si existiria preterició en el supòsit que TRISTANY⁴⁵ ens planteja:

<< Un testador va nomenar hereva fiduciària a la seva dona, amb la facultat d'elegir el fideïcomissari entre els fills comuns, sense deixar-los res ni tant sols nomenar-los al testament; a petició d'una de les filles del primer matrimoni del pare causant, es va discutir si en aquest supòsit existiria preterició>>

Per solucionar el supòsit del fideïcomís, TRISTANY i altres autors anteriors a la Compilació van opinar que pel Dret especial de Barcelona el testador podia deixar la llegítima als fills per mitjà d'una substitució – vulgar o fideïcomesa – sense que per això es pogués declarar nul el testament.. En canvi, pel que fa a l'aplicació del D.r aquesta preterició sí que existia. Si recordem al D.r es deia que “*es preterido el legitimario que el causante no nombre en su testamento*”⁴⁶, per tant resulta lògic pensar que existia preterició en tant que era necessari designar el legitimari al testament i amb el fideïcomís

⁴⁴ Notarios y Registradores. Madrid: 17 de novembre de 2007 [data de consulta: 25-4-2016] <<http://www.notariosyregistradores.com/web/>>

⁴⁵ En parla Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp. 209. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vl 2º)

⁴⁶ Veure pàg. 6 relatiu apartat 1.2.- Anàlisi de l'articulat

es pot esmentar fins i tot a una persona que no està ni tant sols concebuda en el moment de morir el testador.

Ara bé segons ROCA, i adaptat a la CDCC, ens diu que la SV es pot solucionar de dues formes: a) Quant l’hereu cridat en primer terme no arriba a ser-ho, el legitimari cridat únicament com a substitut vulgar serà hereu; b) Si la substitució vulgar es frustra, existirà preterició.

En el primer cas a) l’hereu haurà d’imputar a la seva llegítima el títol d’hereu rebut i per tant no hi ha preterició⁴⁷, però s’ha de tenir present que no existeix perquè el títol d’hereu del legitimari ho exclou. En canvi, en el segon cas b), existeix preterició perquè, tot i que existeix menció, el legitimari no rep cap atribució concreta en satisfacció del seu dret.

La solució respecte el fideïcomís, ROCA diu que no és la mateixa, ja que ens trobem aquí davant d’un gravamen de la llegítima, que no comporta preterició.

c) Supòsits on no existirà preterició.

1. Quan el legitimari sigui mencionat al testament del seu causant rebent una atribució concreta en concepte de llegítima o imputable a ella.

La imputació representa una forma de rebre la llegítima, per això, la institució d’hereu i de llegat s’imputen a la llegítima del qui ho rep encara que el testador no hagués dit res.

La institució d’hereu i el llegat a favor de qui resulti ser legitimari implicarà atribució de la llegítima encara que no s’expressi així, i s’imputarà a ella (article 131-1 de la CDCC). A què s’està referint l’article?

Segons ROCA l’article no s’està referint a aquella disposició del causant efectuada en concepte de llegítima, sinó que pretén evitar els efectes de la preterició quan el causant

⁴⁷ En virtut del que estableix l’article 131-1 de la CDCC i ara l’ Art. 451- 7 del CCCat.- Atribució a títol d’herència o llegat. 1. La institució d’hereu i el llegat a favor de qui resulti ésser legitimari impliquen atribució de llegítima, encara que no s’expressi així, i s’hi imputen pel valor dels béns en el moment de la mort si el causant no disposa una altra cosa, encara que el legitimari repudii l’herència o renunciï al llegat. En aquests dos casos, s’entén que el legitimari renuncia també a la llegítima.

ha atribuït al legitimari un títol, encara que sense expressa contemplació de la seva qualitat com a tal.⁴⁸

Anteriorment havíem parlat que Pere III el Cerimoniós havia concedit un privilegi a la ciutat de Barcelona declarant que el testament no resultava nul quan el legitimari no hagués sigut mencionat com hereu, de tal forma que el testador podia lícitament deixar la llegítima si volia mitjançant llegat o per qualsevol altre mitja. Aquesta és la solució que segueix adoptant la CDCC, tot ajustant-se a la tradició jurídica catalana que cada vegada s’encaminava més al que establia en un primer terme el Privilegi de Barcelona.

Així, el mateix autor ens ofereix dues possibilitat que podrien donar a entendre el significat d’aquest apartat de l’art. 131-1. Una, establint una absoluta separació entre el títol legal i el voluntari, de forma que si el causant no fa una concreta disposició en concepte de llegítima, el legitimari resulta preterit i pot reclamar en aquest concepte el que li correspongui. L’altre solució és considerar que la coincidència de la qualitat de legitimari a l’afavorit amb una disposició *mortis causa* comporta que aquesta hagi d’imputar-se a la seva llegítima encara que el causant no ho hagi previst.⁴⁹

2. Quant no sigui mencionat, però hagi rebut abans de l’obertura de la successió una donació en concepte de llegítima o imputable a ella, d’acord amb les normes establertes als articles 132 i 134 CDCC.

L’article 132 CDCC estableix que “*s’imputarà a la llegítima dels fills o descendents el que al seu favor hagués disposat el causant per donació matrimonial, i a la de qualsevol legitimari les donacions per causa de mort al seu favor atorgades pel causant*”, és a dir, l’atribució concreta en concepte de llegítima al testament, però l’apartat segon del mateix article continua en aquest sentit dient que “*s’imputarà també a la llegítima les altres donacions entre vius atorgades pel donant amb expressa prevenció de que sigui imputable a ella o que serveixi de pagament o avançament a càrrec de la llegítima*”, per tant, també es computen les donacions fetes en vida del causant.

⁴⁸Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 96. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

⁴⁹Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 96. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

D'altra banda, l'article 134 CDCC parla de les donacions fetes en capitulacions matrimoniales on també es pot “senyalar o assignar en concepte de llegítima béns a algun dels seus fills o descendents legitimaris, i aquesta quantitat s'imputarà a la respectiva llegítima”⁵⁰

3. El legitimari que no ha sigut mencionat directament i que rep una atribució patrimonial concreta.

Únicament ocorrerà quant aquesta es faci a través de codicil.

4. Aquell legitimari que rep un llegat de cosa aliena, de diners no hereditari o el que rep un llegat simple de llegítima.

En aquest punt es podria utilitzar com argument el mateix article 131-1 que havíem fet referencia al primer punt quan parlàvem que degut a la especialitat de la llegítima catalana no resultava preterit aquell legitimari que rebia un llegat de cosa aliena, de diners no hereditaris o el que rebia un llegat simple de llegítima.

5. El desheretament injust exclou la preterició, per declaració expressa de l'article 141-1 in fine del CDCC.
6. En la substitució exemplar no hi ha preterició si no han sigut nombrats substituïts tots o alguns dels fills, descendents legítims del substituït, ja que no s'exigeix que el substituïent cridi a tots com hereus del substituït d'acord amb l'article 160-3 CDCC.

S'entén per substitució exemplar aquella que permet a determinats ascendents testar per un descendent incapacitat per tal d'evitar que una persona, al no poder atorgar testament, hagi de morir intestada.⁵¹ D'aquesta manera no hi haurà preterició si no han sigut designats substituïts tots o alguns dels fills ja que l'art. 160-3 diu que “la substitució

⁵⁰ Veure pàg. 8 relatiu al punt a) No són preterits aquells als que el testador els hi ha deixat alguna cosa.

⁵¹ Del Pozo Carrascosa, Pedro; Vaquer Aloy, Antoni; Bosch Capdevila, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. 2ª edición: Madrid, 2013. Editorial Marcial Pons. Pp. 143. 978-84-15948-12-4.

exemplar ha de ser ordenada a favor dels descendents legítims del incapac, a favor de descendents del testador i a falta d'uns o d'altres a favor de qualsevol persona capaç de succeir”.

7. Els heretaments que no poden quedar sense efecte per preterició d'algun o algun dels legitimaris, d'acord l'article 66.

L'article 66 de la CDCC diu exactament això “els heretaments no quedaran en cap cas sense efecte per causa de preterició ni per supervivència o superveniencia dels fills, sens perjudici del dret dels legitimaris a reclamar la seva llegítima”

d) Subjectes de la preterició

És preterit tot aquell legitimari que no hagi sigut mencionat al testament o no se li hagi atribuït res en concepte de llegítima o imputable a ella. Per tant, en principi, es pot dir que qualsevol que acrediti dret a la llegítima es troba en aquest supòsit de l'article 141.

1. Els descendents

Hi ha dos tipus de descendents, els de dret propi i els de dret per representació. Els primers, serien els descendents directes del causant, mentre que els segons, són els descendents del descendent del causant. La preterició es dona en la majoria de casos en relació els descendents del causant, tot i que també es pot donar amb els segons, és més comú que es doni en casos de preterició errònia.

En el cas des fills adoptius poden ser preterits al testament del adoptant però també del pare natural o biològic.⁵²

⁵²Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 211. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

2. Els ascendents

Quan comentàvem el art. CCLXXVII de la Memòria de Duran i Bas dèiem que en el cas de preterició de ascendents, es deixava subsistent el testament sens perjudici dels dret a llegítima.⁵³ En el sistema de la CDCC, els efectes de la preterició intencional de ascendents no difereixen de les altres categories de legitimaris segons la interpretació de l'article 141-1.

e) Els efectes de la preterició intencional

L'article 141-2 estableix que “ *La preterición de legitimario no dará lugar a la nulidad del testamento; pero al preterido le quedará a salvo el derecho a exigir lo que por legítima le corresponda*”, per tant finalment s'acaba estenen a tota Catalunya els efectes del Privilegi de Barcelona. Si abans, als precedents de la CDCC, ens sorgien dubtes per determinar quin era realment l'efecte de la preterició intencional, ara amb aquest precepte es resolen tots els problemes.

La primera vegada que vam comentar l'especialitat del dret català era amb la querella, però no va ser fins la Memòria de Duran i Bas que trobàvem un article que ens explicava realment en què consistia aquest privilegi, artículo CCLXXIX: “*En Barcelona y poblaciones que gozan de sus privilegios es válido el testamento en todas sus partes á pesar de la preterición de los descendientes, quedando á éstos salvo su derecho á la legítima.*”.

Si comparem els dos preceptes realment diuen el mateix per tant aquest tipus de preterició intencional produeix l'efecte de mantenir intacte el testament, reconeixent al legitimari preterit el dret a demanar el que per llegítima li correspongui.

De la interpretació de l'articulat anterior ja intuïem que s'acabaria estenen el Privilegi a tota la població catalana, tanmateix al art. CCLXXIX de la Memoria i 285 de la PA i 239 APA ja no parlaven únicament de la ciutat de Barcelona sinó també de la resta de les poblacions de Catalunya.

De fet DURAN I BAS ja ho preveia alhora de tractar el tema on deia “el Privilegi, com favorable a la llibertat de testar, és convenient sostenir-lo; i si alguna alteració hagués

⁵³ Veure pàgina 19 relatiu a l'article CCLXXVII, apartat 2.1.2.- Anàlisi de l'articulat.

de fer-se en aquest punt al Dret de Catalunya vigent, seria el d'estendre a tota la resta el privilegi concedit a la seva capital”.⁵⁴

Segons el nostre punt de vista, creiem que té sentit instaurar a tot el territori el privilegi ja que els efectes que es donaven a la preterició intencional anteriorment semblaven excessius i contraris a la llibertat del testador.

2.4.3.- La Preterició errònia

a) Concepte

La preterició errònia - que ve regulada als apartats 3r i 4rt - consisteix en l'omissió del legitimari que neix o arriba a néixer després d'atorgar-se testament o aquell l'existència del qual s'ignorava pel testador.

Aquest tipus de preterició, que no apareix mencionada com a tal fins el PCDCC, té el seu origen en la denominada preterició de pòstums. Aquest tipus de preterició venia a ser l'única excepció a l'aplicabilitat del Privilegi de Barcelona, doncs existia un defecte de voluntat del causant o *deffectus voluntatis*.⁵⁵

Segons CÀNCER, es pot presumir una falta de voluntat al testador provocada pel canvi de circumstàncies personals - de fets futurs - imprevisible i diferents en el moment d'atorgament de testament i en l'apertura de la successió. Aquest problema se li va plantejar a CÀNCER, quan en relació el següent supòsit de fet: <<una viuda, sotmesa al dret local de Barcelona havia d'atorgar testament nomenant hereva a una germana i en aquell moment no tenia fills. Més tard va contraure matrimoni, morint uns dies després del part sense haver atorgat un nou testament>>⁵⁶

Si defensem la postura de CÀNCER, que és la que recull l'art. 141-3 “la preterició de legitimari [...] constituirà preterició errònia”, el que estem fent es reconeixent una presumpció *iuris et de iure* de falta de voluntat del testador, degut a que els fets o circumstàncies han canviat del moment que es va atorgar el testament.

⁵⁴ DURÁN I BAS, M., *Memòria*, cit, pag. 189.

⁵⁵ Veure pagina 19 i STSJ de Catalunya de a Sala de lo Civil i Penal d'1 d'octubre de 1991; FJ 4rt.

⁵⁶ Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 213. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

Des del nostre punt de vista, al contrari que CÀNCER, no tot supòsit hauria de considerar-se nul. És just considerar tot el testament nul quan el causant va morir pocs dies després d’atorgar testament? I passats 2 anys? Quin hauria de ser el termini “just” per considerar que ha tingut temps suficient per modificar el testament coneixent que havia causes modificatives? És clar que la vídua que va morir al part li era impossible canviar el testament, i tot i que ho hagués fet abans, la preterició hi seguiria existint doncs llavors no s’acceptaven les clàusules genèriques de llegítima. CÀNCER es defensa acceptant una clàusula en què el legítim sigui “mencionat de forma tant precisa com era possible en aquell moment”.⁵⁷

b) Supòsits en que es dona preterició

Dels supòsits en què hi cap preterició errònia bàsicament en són dos: la preterició de pòstums i la preterició de descendents posteriors. També estaven inclosos els fills nascuts fora de matrimoni, article 119 CC.⁵⁸

L’article 141-3 parla de la preterició de pòstums, encara que no esmenta el concepte de forma expressa, quan estableix que “*la preterició de legitimari que sigui fill o descendent legítim del testador, nascut o que hagi nascut a ser legitimari després d’atorgar-se el testament o l’existència del qual s’ignorava pel causant la testador, constituirà preterició errònia [...] conferirà al legitimari preterit acció per obtenir la nul·litat total del testament*”.

En relació a la preterició de pòstums hi ha jurisprudència al respecte; així una STS de 4 de maig de 1966⁵⁹ declarava la preterició de pòstums amb el consegüent efecte d’anul·lar el testament. Segons el tribunal, considera que desapareix la preterició sempre que existeixi “una determinació clara, precisa i en tot cas individualitzada, que notòriament mostri com el designat va ser contemplat singularment al haver fet la declaració de voluntat, sense que hi càpiga una determinació *inter ceteros*, per tant la

⁵⁷ Veure apartat següent relatiu b) Supòsits en que es dona preterició

⁵⁸ Encara que la categoria de fills legítims ha desaparegut al CC, l’article 119 CC, contempla el supòsit clàssic de legitimació per subsegüent matrimoni. Rivero Hernández, F. La filiación en el nuevo régimen de la familia. Civitas. Madrid 1981, pág. 56.

⁵⁹ Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 215. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

fórmula <<a quantes persones poguessin acreditar i pretendre llegítima al seus béns la que correspon segons la llei>> no es pot admetre quan afirma per sí mateixa que, en aquest grup de persones, es deshereta expressa i singularment al fill pòstum”.

A l’apartat a) diem que s’entén per preterició errònia, en sentit estricte, “la omissió testamentaria d’un legitimari l’existència del qual era ignorada pel testador”. En aquest sentit existeixen dues postures contraries a la forma d’entendre la preterició errònia de pòstums: la de CÀNCER – que és la sostinguda per nosaltres –, i la de l’article 141.

La preterició de pòstums, segons deia CÀNCER, realment no es tracta d’un supòsit d’error sinó més aviat de defecte de voluntat. Aquest problema, és també discutit en una STSJC en el que el testador va fer constar al testament que la seva dona es trobava en un estat avançat de gestació, deixant un llegat de llegítima que li correspongui a la seva futura descendència.

CÀNCER creu que en aquest supòsit no existeix un defecte de voluntat ja que el testador ho va fer constar en base el seu coneixement. Per tant “no existeix ni la anomenada preterició formal, donat que el pòstum és mencionat de manera tant precisa com era possible fer-ho en aquell moment d’atorgar testament, ni tampoc la preterició material ja que li atribuïa la legítima corresponent”.⁶⁰

Així el TSJC creu que l’exigència de l’art. 141 de la CDCC en el sentit de què el legitimari ha de ser esmentat al testament del seu causant queda complida en aquest supòsit quan és designat com el futur fill que naixerà per l’avançat estat de gestació de la dona. Si féssim una interpretació restrictiva del text del que significa <<mencionar>>, com ho hem fet en altres precedents, tornàriem a concloure que ha de significar estrictament <<nombrar>> pel nom d’algú. El Tribunal creu que tal interpretació podria convenir en supòsits de preterició intencional en el que el legitimari és conegut pel testador però aquest l’omet en el testament, però no en els supòsits de preterició de legitimari que ha nascut després d’atorgar-se testament. Per tant, és lògic pensar que la persona no nascuda mai pugui ser nomenada o designada pel seu nom, perquè no el té.

Ara bé, si atenem al que diu l’article 141, s’arriba a una altra conclusió en el que els pòstums sempre serien preterits, encara que el testador coneixés la situació de l’embarassada i mencionés al testament concedint al futur legitimari el llegat de llegítima.

⁶⁰ STSJ de Catalunya de la Sala de lo Civil i Penal d’1 d’octubre de 1991 [RJ\1992\3908]; FJ 4rt in fine.

Un altre supòsit de preterició errònia té a veure amb els fills nascuts fora de matrimoni en l'època en què estava vigent la CDCC de 1960⁶¹. En un cas també del STSJC⁶² es discutia precisament el considerar o no preterició errònia d'un fill nascut fora del matrimoni: el causant Alonso G.S estava casat amb Isabel F.F, i d'aquest matrimoni van néixer dos fills, Jordi i Jaume. L'1 d'abril de 1971 el causant va fer testament deixant com hereva a la seva esposa i la llegítima als seus dos fills, Jaume i Jordi. El fill, Jordi, es va casar amb Montserrat, i va tenir dos filles. El Jordi va morir el 18 d'abril de 1982, i dos anys més tard el seu pare, i causant, es va separar de fet de la seva dona Isabel i es va ajuntar amb la nora, Montserrat. D'aquesta última unió de fet – no matrimonial – va néixer el 26 de febrer de 1988 un fill, Xavier. El causant va morir el 18 de maig de 1989 sota testament de 1971 el qual, havia instituït hereva a la seva esposa, amb la llegítima els seus dos fills. No va mencionar el seu fill extramatrimonial, el qual va impugnar el testament del causant sol·licitant la nul·litat total per preterició errònia del fills Xavier.

Per situar-nos, en la resolució d'aquest supòsit, ens trobem l'any 1995 en el que estava en vigor el Codi de Successions. Ara bé, com el Jordi va fer testament l'any 1971 hem de consultar la normativa que llavors s'aplicava, i aleshores era vigent el Text Refós de la Compilació del Dret Civil Especial de Catalunya, aprovada per Decret 1/1984 de 19 de juliol⁶³, en el què hi ha una disposició transitòria que ens remeta l' article 141 de la CDCC de 1960. El que es planteja al procediment és si aplicant el text originari de 1960, és a dir el que estem analitzant, es dona o no preterició errònia.

Aquest problema existia en molts causants que van atorgar testament durant la vigència de la CDCC, que tenien fills o descendents nascuts fora del matrimoni i que, per aquest fet, no eren legitimaris seus ni tenien llavors cap dret a l'herència, i per aquesta raó el causant els va excloure o marginar del seu testament. Aquests fills nascuts fora del matrimoni que varen ser marginats, i que no eren legitimaris a la legislació de la Compilació, van passar a ser-ho en la legislació posterior en el que sí tindrien dret a sol·licitar la nul·litat del total del testament. Però per evitar anar en contra de l'aplicació

⁶¹ Veure apartat c) relatiu als subjectes de la preterició errònia, pag. 39.

⁶² STSJ de Catalunya de la Sala Civil i Penal número 12/1995 de 10 d'abril [RJ\1995\7988]; fj 11

⁶³ La llei 13/1984 de 20 de març va modificar el text de l'article originari 141 amb el fi d'establir la plena igualtat dels fills i introduir dos importants modificacions en matèria de preterició errònia. Jou i Mirabent, Lluís. *Comentarios al Código de Sucesiones de Catalunya, Ley 40/1991, de 30 de diciembre*. Barcelona: abril 1994. Primera edició. Editorial: BOSCH, Casa editorial, SA. Pp1238. 84-7676-270-4 (Tomo II)

del principi romà <<favor testamendi>> (molt present a Catalunya⁶⁴), es va incorporar aquesta disposició transitòria segons la qual havia d’aplicar-se la legislació antiga de CDCC, és a dir, que el legitimari erròniament preterit tenia dret a reclamar la legítima però no la nul·litat del testament i no podia aplicar-se el 141-3 CDCC perquè el fill o descendent nascut fora del matrimoni, no tenia, d’acord amb aquella legislació, la condició de legítim.

Finalment, en quan a la preterició errònia de l’ art. 141-3, O’CALLAGHAN creu que les conseqüències de la preterició errònia, això és la nul·litat del testament, desapareixen quan el causant ha fet alguna donació en concepte de llegítima o imputable a ella. Quin és el motiu? El motiu és perquè el donant o causant reconeix la qualitat de legitimari quan fa la donació.⁶⁵

En quan als descendents posteriors, l’art 141-4 estableix que podran demanar també l’acció de nul·litat del testament en base a preterició errònia “*si el seu ascendent premort l’hagués demanat*” ja que, en cas contrari, les correspon només l’acció prevista a l’art. 141-2, “ *no donarà lloc a la nul·litat del testament, però al preterit li quedarà assegurat el dret a exigir lo que per llegítima li correspongui*”. Els preterits per dret de representació, tindran la mateixa posició que el seu pare i accions perquè adquireixen la llegítima per dret de representació.

c) Subjectes

Al contrari que la preterició intencional, que podia predicar-se també en ascendents, l’errònia ho és únicament enfront els descendents legítims. El motiu d’excloure la preterició errònia d’ascendents és dona per una raó ben simple, i es que és impossible ignorar l’existència d’un ascendent. Ara bé, què succeeix si un ascendent, que creiem que era mort o desaparegut, apareix anys més tard en el moment de la mort del causant? També s’ha de considerar el testament nul per preterició errònia com ho és amb els fills pòstums? Aquest dubte no sembla tractat per cap autor, potser per la naturalesa mateixa de la figura, ja que únicament es pot considerar l’errònia de descendents. Des del nostre

⁶⁴ Ho diu així el TSJC. Aquest principi significa que s’ha d’indagar per veure la verdadera voluntat del causant. STSJ de Catalunya de la Sala Civil i Penal número 12/1995 de 10 d’abril [RJ\1995\7988]; fj 11

⁶⁵ O’CALLAGHAN MUÑO,X. La preterición, pàg 306. Ens hi remet Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 216. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

punt de vista hauria d’haver preterició igualment però tan sols en el supòsit que el causant no tingues descendents i hagués atorgat testament a favor d’un tercer perquè no tenia cap altre familiar directe viu.

Per tant els subjectes, tot i que ja els hem esmentat a l’apartat b) serien els següents:

1. Pòstums o quasi pòstums.

Es troben regulats a l’art. 141-3. En aquest apartat de forma indirecta exclou els fills no matrimonials, al exigir que l’omissió s’efectuï respecte d’un legitimari, “*fill o descendent legítim del testador*”.⁶⁶

2. Fills adoptius.

En aquest punt, hi ha dues postures confrontades, i ambdues passen per atribuir o no el caràcter de “legítim” al fill adoptiu. El CC posterior a la CDCC disposava a l’art. 179 que els fills adoptius “*ocuparan la mateixa posició*”. Per a O’CALLAHGAN⁶⁷, és possible la preterició errònia del fills adoptius ja que l’art. 179 els equipara a la filiació legítima, ja que l’adopció crea un *status filii*. Per tant, és raonable que si es ignora pel testador pugui al·legar la seva preterició errònia i anular el testament.

Els qui defensen l’altra postura, entre ells GETE ALONSO- SALVADOR CODERECH, argumenten que no és possible la preterició errònia dels adoptats ja que “no hi ha cap principi general d’equiparació dels fills adoptius al legítim a la successió testada i encara menys en drets legítims dels fill adoptiu”⁶⁸

Per tal de donar el nostre punt de vista analitzarem primer el que establia el CC al respecte. Així l’art. 6 CC feia una remissió a la CDCC als drets del fill adoptiu a la

⁶⁶ Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 214. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

⁶⁷ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., La preterición, cit, pág. 30 en la que dice: <<pues el artículo 179 (<<ocuparán la misma posición...>>) es tajante y está promulgado en su nueva redacción, posteriormente a la Compilación, por lo que, aun cuando tal idea repugnara al legislador de la Compilación, éste vería reformada posteriormente su normativa, sin que pueda evitarse hablando de la concesión del término legítimos del artículo 141 de la CDCC ni de la justificación de la preterición errónea: el artículo 179 CC posterior a la CDCC ha establecido un principio de equiparación que debe cumplirse en todas sus consecuencias, no hay limitación legal alguna en orden de la preterición, que pueda evitar su aplicación; y por último, si la adopción crea un status filii equiparado a la filiación legítima, es razonable que si es ignorado por el testador pueda el perjudicado alegar su preterición errónea y anular el testamento.

⁶⁸ Gete- Alonso, C. Y Salvador Coderech, P., *La adopción en Cataluña*, cit, pág. 195

successió (que no en temes de família), i per tant ja no podem continuar aplicant cap precepte més del CC, com per exemple art. 179CC, per determinar o no el caràcter de llegítima. L’art. 6 del CC no té, doncs, efectes successoris, de tal forma que únicament hi haurà equiparació a efectes familiars. L’art. 125 de la CDCC reconeix els drets dels fills adoptius a la llegítima, i ho fa sense distinció – adoptats plenament o simplement -.
6970

Per concloure, s’ha de dir que si mirem el que estableix la CDCC tant els adoptats plenament com els simples podran ser preterits erròniament. Però per contra com sosté O’CALLAGHAN, si ho fem en base l’article 179 CC ho podran ser els adoptats plenament perquè només equipara els adoptats plenament als matrimonials, i no als adoptats de forma simple.

d) Efectes de la preterició errònia

L’article 141-3 estableix que “ *la preterición de legitimario [...], constituirá preterición errónea y conferirá al legitimario preterido acción para obtener la nulidad total del testamento*”, que a la vegada pot transmetre-la als seus descendents.

Abans de la CDCC, com p.ex a la *q.i.t.*, els efectes de la preterició en general eren equiparats a la errònia de la CDCC. Llavors ja discutíem si havíem d’aplicar la *q.i.t.*, que l’acció era de 5 anys, o per contra havíem de aplicar les regles pròpies d’impugnació de testament, que eren 30 anys.⁷¹

Ara, ROCA TRÍAS ens torna a plantejar les característiques d’aquesta acció de nul·litat de la preterició errònia. Segons aquesta, l’acció que es concedeix al legitimari erròniament preterit és la d’impugnació d’un testament vàlid ja que és una possibilitat que se li dona, que no pot no exercir-la, i que si no ho fa durant el termini senyalat el testament

⁶⁹ Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 214. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

⁷⁰ Art. 125 CDCC. - Los hijos adoptivos sin distinción, tienen derecho a la legítima al igual que los legítimos. Si concurrieren con éstos, su legítima será independiente de la cuota legítimaria que íntegramente corresponda a los legítimos. La legítima de cada hijo adoptivo no podrá exceder de la porción viril que resulte de dividir una cuarta parte del valor líquido de la herencia por el número de aquellos sumado al de los hijos legítimos o estirpes de descendientes legítimos del padre premuerto. El hijo adoptivo no perderá su derecho en la familia originaria.

⁷¹ Veure pág. 13 apartat 1.3. relatiu als efectes de la preterició dels descendents.

produirà tots els seus efectes i per tant no serà nul. Per tant, realment “és impugnoble per presumir-se l’existència d’un defecte en la voluntat del testador. Si la impugnació no es produeix, llavors cessa la sospita i el testament produirà tots els efectes que li són propis”.⁷²

Per últim, la conseqüència més important de declarar la preterició errònia, això és declarar la nul·litat del testament, és la rescissió de la institució d’hereu i per tant l’obertura de la successió intestada i en la que el preterit serà hereu del causant. Com veieu, els efectes d’una i altra preterició són diferents, ja que la intencional únicament tenia el dret a reclamar la llegítima.

⁷² Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 217. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

3- CODI DE SUCCESSIONS PER CAUSA DE MORT EN EL DRET DIVIL DE CATALUNYA, LLEI 40/1991 DE 30 DE DESEMBRE

Article 367.- La preterició i el desheretament. És preterit el legitimari no esmentat en el testament del seu causant, sense que abans o després aquest li hagi atorgat donació en concepte de llegítima o imputable a ella. També ho és quan, malgrat ésser esmentat, el causant no li fa atribució en concepte de llegítima o imputable a ella en el mateix testament, o no el deshereta, encara que sigui injustament.

La preterició del legitimari no dóna lloc a la nul·litat del testament, però el preterit té dret a exigir allò que per llegítima li correspon.

Nogensmenys, la preterició del legitimari que és fill o descendent del testador i ha nascut o ha arribat a ésser legitimari després d'atorgar-se el testament, o l'existència del qual el causant ignorava en testar, constitueix preterició errònia i confereix al legitimari preterit acció per a obtenir la nul·litat del testament, excepte en els casos següents:

1a Si l'instituït ho és en tota l'herència i es tracta del cònjuge o només d'un fill o només d'un descendent ulterior del testador, si, en atorgar-se el testament, aquest tenia més d'un fill o almenys un fill i una estirp de fill premort.

2a Si el preterit és una persona que és declarada descendent del causant després de la seva mort.

3a Si el preterit és un descendent del causant que resulta ésser legitimari per dret de representació. En aquest cas, hom pot demanar la nul·litat del testament si el representat ha sobreviscut al causant i no ha pogut exercitar l'acció.

3.1.- Introducció i precedents

El Codi de Successions (CS d'ara endavant) va ser aprovat l'any 1991 a través de la Llei 40/1991 de 30 de desembre, en el que es van introduir noves modificacions al que era la Llei 13/1984 de 20 de març, que modificava el text de 1960 de la CDCC. Com tota la tradició jurídica catalana que hem anat analitzant, tot article té la seva raó d'ésser i que sempre prové d'un precedent històric anterior i, que en aquest cas el CS té com a precedent de referència la CDCC, encara que també és important destacar la influència d'altres que ja hem anat veient (Novel·la 115, Privilegi concedit per Pere III, la Constitució de les Corts de Tortosa de 1365, etc).

Abans del CS i després de la llei de 1984 es va aprovar la Llei 8/1990 de 9 d'abril en el què es modificava la regulació de la llegítima. El Preàmbul de 1990 deia que aquesta tenia com a finalitat “conservar la institució de la llegítima, si bé s'establia algunes modificacions” entre elles en matèria de preterició errònia “segueix donant dret al legitimari a demanar la nul·litat del testament [...] però modifica l'article 141 <<in fine>>” Amb la llei de 1984, la preterició estava regulada a l'article 139, on s'havien fet una sèrie de modificacions a l'art. 141 de CDCC, relatives a les excepcions de la preterició errònia. Més tard, l'art. 139 passaria a ser el 367 CS com a conseqüència d'una esmena qualificada al preàmbul com una<<correcció de errata>> .⁷³

3.2.- Concepte de preterició

L'article 367 CS segueix el precedent de la CDCC per a definir el concepte de preterició, combinant els dos conceptes de preterició – formal i material - : “*És preterit el legitimari no esmentat en el testament (preterició formal) del seu causant, sense que abans o després aquest li hagi atorgat donació en concepte de llegítima o imputable a ella. També ho és quan, malgrat ésser esmentat, el causant no li fa atribució (preterició material) en concepte de llegítima o imputable a ella en el mateix testament, o no el deshereta, encara que sigui injustament*”.

⁷³ Jou i Mirabent, Lluís. *Comentaris al Código de Sucesiones de Catalunya, Ley 40/1991, de 30 de diciembre*. Barcelona: abril 1994. Primera edició. Editorial: BOSCH, Casa editorial, SA. Pp1238. 84-7676-270-4 (Tomo II)

Quan parlàvem dels supòsits de preterició errònia vam citar una Sentència del TS de 1966⁷⁴, que declarava que la clàusula <<a quantes persones poguessin acreditar i pretendre llegítima al seus béns la que correspon segons la llei>> no evitava la preterició, donat que no aclaria que el designat hagués sigut singularment contemplat. Ara tornarem a discutir si la menció genèrica a tots els legitimaris, o aquells que ho seran algun dia, exclouen o no la preterició donat que cada vegada són més freqüents als testaments notariais catalans. Ara no només la clàusula citada a dalt, sinó també alguna com <<reconèixer i atribuir la legitima que els hi correspongui a aquells que acreditin o que tinguin dret a ella>> passaran a ser acceptades per la doctrina com solució per evitar la preterició.

D'altra banda, la STSJC 10/1991⁷⁵ no admet l'existència de la preterició de la clàusula <<llega la llegítima corresponent a la mencionada descendència futura o a qui pugui acreditar-la>>, declarant que “la preterició restrictiva segons la qual mencionar significa nombrar, en el sentit estricte de designar pel nom, és incompatible amb l'examen sistemàtic del precepte “.

JOU entén que l'essencial per evitar la preterició és que el testador contempli, no cada legitimari individualment, sinó a tots col·lectivament, de tal forma que, en el moment d'instituir hereu, ell mateix faci una elecció entre els legitimaris, hereus que la llei considera <<naturals>>, i l'hereu instituït voluntàriament.⁷⁶

Per tant, entenem que el que vol dir és que el testador ha de deixar ben clar que prefereix d'hereu a qui ell institueix, en detriment dels legitimaris existents o futurs. Si tenim clar aquest aspecte, llavors nosaltres sí que acceptaríem una clàusula que atribuís de la legitima a la futura descendència. Com veurem al següent Capítol l'article 451-16 resolt el tema de les clàusules a favor de tots els fills dient que “el simple reconeixement genèric [...] no exclou el dret dels legitimaris a exercir l'acció de preterició errònia”.

⁷⁴ Veure pàg. 41 relatiu a l'apartat b) Supòsits en què es dona preterició al CDCC

⁷⁵ Veure pàg. 42 relatiu a l'apartat b) Supòsits en què es dona preterició al CDCC sobre la STSJ de Catalunya de la Sala de lo Civil i Penal d'1 d'octubre de 1991 [RJ\1992\3908]

⁷⁶ Jou i Mirabent, Lluís. *Comentaris al Código de Sucesiones de Catalunya, Ley 40/1991, de 30 de diciembre*. Barcelona: abril 1994. Primera edició. Editorial: BOSCH, Casa editorial, SA. Pp1240. 84-7676-270-4 (Tomo II)

3.3.-Preterició intencional i preterició errònia

Segons l'art. 367 CS, la preterició errònia és aquella “ *preterició del legitimari que és fill o descendent del testador (per tant està excloent la preterició d'ascendents) i ha nascut o ha arribat a ésser legitimari després d'atorgar-se el testament, o l'existència del qual el causant ignorava en testar [...] i confereix al legitimari preterit acció per a obtenir la nul·litat del testament*”.

En canvi, la preterició intencional és qualsevol tipus de preterició, és a dir la dels pares – ascendents -, la dels fills, o la de descendents que el testador sabia que eren legitimaris en el moment de fer el testament.

Certament no hi ha distinció entre la regulació del CS amb la CDCC que ja distingia entre la preterició intencional i la preterició errònia, atribuint diferents efectes.

3.4.-Els efectes de la preterició

Pel que fa als efectes, el CS també els distingeix en funció si es dona preterició intencional o preterició errònia. En el cas de la preterició intencional, permet exigir allò que per llegítima li correspongui. I l'errònia confereix al legitimari preterit l'acció per obtenir la nul·litat del testament, amb la conseqüència que si prospera aquesta s'obrirà la successió intestada.

Ara bé, per primer vegada a la tradició jurídica catalana, s'estableix com a tal un seguit d'excepcions a la preterició errònia⁷⁷ :

1. *Si l'instituit ho és en tota l'herència i es tracta del cònjuge o només d'un fill o només d'un descendent ulterior del testador, si, en atorgar-se el testament, aquest tenia més d'un fill o almenys un fill i una estirp de fill premort.*

⁷⁷ Ara bé és cert que el CDCC ja establia una excepció a la preterició errònia, tot i que no ho deia de forma expressa, sinó que s'havia d'intuir; article 141-4: “ *El descendiente del causante que resulte ser legitimario por derecho de representación y resulte preterido según las normas anteriores, no tendrá derecho a ejercitar la acción por preterición errónea, si no hubiese podido ejercerla su representado de haber sobrevivido al causante.* “

Aquest excepció va ser introduïda per primera vegada amb la Llei 13/1984 de 20 de març encara que amb un contingut una mica diferent i de sentit més ampli el qual deia “*a menys que els instituïts hereus fossin el cònjuge o descendents del testador*”.⁷⁸

Més tard la llei de 1990 va concretar aquesta excepció amb la forma que veiem ara al CS. Segons JOU, aquest impàs entre una llei i l’altre s’ha de tenir en compte per herències causades entre el 17 d’abril de 1984 i el 18 de maig de 1990.

Per entendre el sentit de l’excepció, el Preàmbul de la llei de 1990 deia que: “*Es concreta en veritables casos d’institució d’hereu en tot el patrimoni relict; es manté la referència al cònjuge però es substitueix la referència que feia aquell precepte de 1984 als descendents, per una de més concreta a un fill o només a un descendent ulterior del testador, si, al atorgar-se el testament, aquest tenia més d’un fill. Es tracta, en definitiva, de mantenir l’eficàcia de l’elecció del hereu únic, quan aquesta ha tingut lloc en una situació en la qual el testador podia escollir entre més d’un fill o estirp de fill o fills premorts*”⁷⁹

2. Si el preterit és una persona que és declarada descendent del causant després de la seva mort.

Amb el CDCC dèiem que el text original no considerava com a “legítims” als fills extra matrimonials. Amb la Llei de 1984 es va introduir aquesta nova excepció com a conseqüència d’haver establert la igualtat entre fills matrimonials i no

⁷⁸ Jou i Mirabent, Lluís. *Comentarios al Código de Sucesiones de Catalunya, Ley 40/1991, de 30 de diciembre*. Barcelona: abril 1994. Primera edició. Editorial: BOSCH, Casa editorial, SA. Pp1241. 84-7676-270-4 (Tomo II)

⁷⁹ Preàmbul de la Llei 8/1990, de 9 d’abril, de modificació de la regulació de la llegítima que exposava els motius de modificar l’article de la llegítima: En matèria de preterició errònia, que, com a regla general, continua donant dret al legitimari a demanar la nul·litat del testament, a més dels casos del descendent declarat després de la mort del causant o que es legitimari per dret de representació, es modifica el text del fins ara article 141, paràgraf tercer, *in fine*, que feia excepció del cas d’institució del cònjuge o descendents del testador. Es concreta que els casos considerats han de ser veritables casos d’institució d’hereu en tot el patrimoni relict; es manté la referència al cònjuge, amb les puntualitzacions corresponents, però se substitueix la referència genèrica que feia aquell precepte als descendents per una de més concreta a un fill o només a un descendent ulterior del testador, si en atorgar-se el testament, aquest tenia més d’un fill o almenys un fill i una estirp de fill premort. Es tracta, en definitiva, de mantenir l’eficàcia de l’elecció de l’hereu únic, quan aquesta ha tingut lloc en una situació en la qual el testador podia escollir entre més d’un fill o estirp de fill o fills premorts. És, d’altra banda, una presa de posició respectuosa amb l’opció adoptada, favorable al manteniment de la unitat del patrimoni, rural o no, de què es tracti.

matrimonials, ja que, abans només era possible la preterició errònia dels fills “legítims”.⁸⁰

Aquesta excepció s'introdueix per evitar que una sentència declari que una determinada persona és fill del causant quant aquesta ja ha mort pugui comportar la nul·litat del testament.⁸¹

3. *Si el preterit és un descendent del causant que resulta ésser legitimari per dret de representació. En aquest cas, hom pot demanar la nul·litat del testament si el representat ha sobreviscut al causant i no ha pogut exercitar l'acció.*

Aquesta és l'única excepció que ja es recollia anteriorment a l'article 141-4 de la CDC, que ve a dir el mateix que deia aquest però redactat de forma una mica diferent.

Segons CONDOMINES Y FAUS es justificava dient que “un cas corrent de preterició errònia es produeix quan els fills del testador són designats *nominatim* (nominativament) al testament i algun d'ells premort al causant sense que hagi ordenat la SV. En aquest supòsit resultaria massa greu la sanció de nul·litat del testament i, per tant no se li permet al descendent del legitimari utilitzar l'acció de preterició errònia si el seu ascendent legitimari no havia sigut preterit”.⁸²

De totes maneres ROCA ja ho deia així, manifestant que només podia demanar la nul·litat si a la vegada el seu pare, legitimari premort, havia sigut ja preterit.⁸³

⁸⁰ Aquest supòsit compren també el fill del causant que arriba a ser legitimari degut a una inseminació artificial post mortem (art. 9 CS).

⁸¹ Jou i Mirabent, Lluís. *Comentaris al Código de Sucesiones de Catalunya, Ley 40/1991, de 30 de diciembre*. Barcelona: abril 1994. Primera edició. Editorial: BOSCH, Casa editorial, SA. Pp1241. 84-7676-270-4 (Tomo II)

⁸² Jou i Mirabent, Lluís. *Comentaris al Código de Sucesiones de Catalunya, Ley 40/1991, de 30 de diciembre*. Barcelona: abril 1994. Primera edició. Editorial: BOSCH, Casa editorial, SA. Pp1242. 84-7676-270-4 (Tomo II)

⁸³ Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 214. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

3.5.-L'acció de nul·litat del testament

Respecte aquest tema, que ja l'havíem plantejat amb la CDCC, diem que ROCA considerava que l'acció de nul·litat del testament és una acció d'impugnació de l'eficàcia d'un testament vàlid en el que existeix una presumpció de vici de voluntat del testador.⁸⁴

Ara l'article 126 del CS disposa que “*seran nuls els testaments amb preterició errònia de legitimaris, en els supòsits previstos a l'article 367*”. Segons JOU el tractament que dona aquesta article a la nul·litat és d'anul·labilitat. D'altra banda, la nul·litat del testament per causa de preterició implica també la de tots els codicils i les memòries testamentàries atorgades pel testador (art. 127.1 CS)⁸⁵

L'acció per a demanar la nul·litat del testament per causa de preterició errònia prescriu al cap de cinc anys a comptar de la mort del causant⁸⁷ i només la poden sol·licitar el preterit i els seus hereus, però no els seus creditors.⁸⁸

L'article 128.4⁸⁹ continua dient que si després de mort el testador tots els interessats que estiguin legitimats per a exercitar l'acció de nul·litat o ineficàcia reconeixen la validesa del testament, sempre que aquest reconeixement consti en

⁸⁴ Albadalejo, Manuel; Roca Trias, Encarnación; Roca- Sastre Muncunill. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 217. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

⁸⁵ Article 127.1 CS: La nul·litat del testament implica la de tots els codicils i les memòries testamentàries atorgats pel testador, llevat que siguin compatibles amb un testament anterior que hagi de subsistir per la nul·litat del posterior.

⁸⁶ Lamarca i Marqués, Albert; Egea i Fernández, Joan. Ferrer i Riba, Josep. *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona, 2009. Editorial Atelier. Pp.1392. 978-84-92788-11-8 (Volum II)

⁸⁷ Article 378 del CS.-1.L'acció per a exigir la llegítima i el seu suplement prescriu en tot cas al cap de quinze anys a partir de la mort del causant. 2.L'acció per a demanar la nul·litat del testament per causa de preterició errònia i la reducció o la supressió de disposicions inoficioses prescriuen al cap de cinc anys a comptar de la mort del causant.

⁸⁸ Article 128.1 del CS. La nul·litat o la ineficàcia, per qualsevol de les causes expressades, dels testaments, els codicils i les memòries testamentàries, o de les institucions, els llegats o les altres disposicions que continguin, confereix acció per a demanar-la, una vegada oberta la successió, als qui poden obtenir qualsevol benefici patrimonial en el supòsit que es declari la nul·litat o es reconegui la ineficàcia. Aquesta acció és transmissible als hereus, però no pot ésser exercida pels creditors de l'herència.

⁸⁹ Article 128.4 del CS. si després de mort el testador tots els interessats que estiguin legitimats per a exercitar l'acció de nul·litat o ineficàcia reconeixen la validesa del testament, el codicil o la memòria testamentària, o la institució, el llegat o les altres disposicions que continguin, queden convalidats els esmentats actes o disposicions, sempre que aquest reconeixement consti en escriptura pública, en la qual ha d'ésser expressada l'existència, certa o dubtosa, de la corresponent causa de nul·litat o ineficàcia.

escriptura pública, en la qual ha d'ésser expressada l'existència, certa o dubtosa, de la corresponent causa de nul·litat o ineficàcia.

Per tant, es pot dir que el legitimari erròniament preterit pot renunciar a exercir aquesta acció, de manera explícita compareixent davant de notari, o de manera tàcita, deixant passant els 5 anys sense exercir-la.

Segons JOU, tot això ens fa plantejar una qüestió de tràfic jurídic diari: el notari pot investigar si existeix o no una hipotètica preterició, intencional o errònia en el cas que se li ha requerit per autoritzar *p.ex* una escriptura? Si la preterició “resulta del mateix testament i és, per tant intencional, l'autorització de la escriptura no perjudica el dret del preterit a reclamar la legitima. Si la preterició és errònia, no resultarà del testament i no és possible que el notari intenti que l'hereu instituït li provi fets negatius”. És més, continua JOU “ni tant sols l'exhibició del llibre de família del que resulti l'existència de fills no mencionats al testament poden acreditar l'existència de preterició errònia” ja que els fills poden haver rebut alguna donació en vida en concepte o imputable a la preterició i per tant no existirà.

CAPITOL II: REGULACIÓ VIGENT DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Article 451 – 16. Preterició de legitimaris.- 1. És preterit el legitimari a qui el causant no ha fet cap atribució en concepte de llegítima o imputable a aquesta i que tampoc no ha estat desheretat. El legitimari preterit pot exigir allò que per llegítima li correspon.

2. Si el legitimari preterit és un descendent del causant que ha nascut o ha esdevingut legitimari després d’haver-se atorgat el testament o un descendent l’existència del qual el causant ignorava en el moment de testar, té l’acció perquè es declarin ineficaços el testament i, si escau, els codicils atorgats pel causant, per causa de preterició errònia. Se n’exceptuen els casos següents:

- a) Si el causant ha instituït hereu únic, en tota l’herència, el cònjuge o el convivent en parella estable
- b) Si el causant ha instituït hereu únic, en tota l’herència, un fill o un altre descendent i en el moment d’atorgar testament tenia més d’un fill o almenys un fill i una estirp de fill premort.
- c) Si la relació de filiació en virtut de la qual hom esdevé legitimari ha quedat legalment determinada després de la mort del causant.

3. El legitimari per dret de representació només pot exercir l’acció de preterició errònia si el representant, en cas d’haver sobreviscut al causant, ho hauria pogut fer.

4. El simple reconeixement genèric del dret de llegítima a qui correspongui o l’atribució d’un llegat simple de llegítima a favor de tots els fills no exclou el dret dels legitimaris a exercir l’acció de preterició errònia si escau d’acord amb els apartats 1 a 3.

5. L’acció per impugnar el testament o els codicils per causa de preterició errònia caduca al cap de quatre anys de la mort del testador.

1.-Introducció i regulació

La preterició de legitimaris es troba regulada avui dia en un únic precepte al CCCat, art. 451-16 de la secció quarta, capítol I, títol 5è del Llibre quart relatiu a la matèria de Successions. També s’ha de tenir en compte altres articles com *p.ex.* l’art. 422-7, relatiu a la ineficàcia del testament, i l’art. 431-9 sobre la nul·litat de pactes successoris, que ambdós es refereixen a la preterició, la primera com a causa de nul·litat i la segona com a causa d’exclusió.⁹⁰⁹¹

Com hem anat veient al llarg del treball, la preterició ha sofert una llarga evolució històrica en el dret civil català. Els últims dos textos legals, la CDCC i el CS, ja dedicaven a la figura de la preterició un únic precepte, article 141 i article 367 respectivament. L’únic text més recent que preveia més d’un article va ser el PCDCC.

Segons LAMARCA “de ben segur que l’economia legislativa no ha contribuït a la claredat sobre aquesta institució” i continua dient que “la preterició és un dels àmbits més complexos en matèria de llegítima, tant pel que fa a la delimitació de la pròpia noció, en la doble vessant d’intencional i d’errònia, com sobre el seu règim jurídic, que pot portar a la ineficàcia del testament”.⁹² Si bé és bastant comuna a la pràctica notarial, la preterició manca de jurisprudència.

En aquest punt del treball relatiu a “**La regulació vigent del Codi Civil de Catalunya**” intentarem extreure conclusions del perquè la regulació institucional de la preterició vigent és la que és i si té relació amb els precedents històrics que hem anat veient. En aquest sentit, no entrarem a profunditzar els temes que ja hem discutit en altres punts del treball i que tenen idèntic contingut a l’actual.

⁹⁰ Article 422-7. Ineficàcia per preterició errònia.- 1.El legitimari pot esdevenir ineficaç per causa de preterició errònia, a instància del legitimari preterit, en els casos que estableix l’article 451-16.2. 2. És aplicable a l’acció de preterició el que estableix l’article 422-3.3. ; l’article 422-3.3 estableix que “no poden exercir l’acció de nul·litat les persones legitimades que, coneixent la possible causa de nul·litat, admeten la validesa del testament o de la disposició testamentària després de la mort del testador, l’executen voluntàriament o renuncien a l’acció”.

⁹¹ Lamarca i Marqués, Albert; Egea i Fernández, Joan. Ferrer i Riba, Josep. *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona, 2009. Editorial Atelier. Pp.1384. 978-84-92788-11-8 (Volum II)

⁹² Ídem

2.-Concepte

Segons la realitat jurídica actual es pot definir la preterició com “l’oblit o ommissió del legitimari al testament del causant”⁹³.

La regulació actual de la preterició estableix una noció de significat comú del terme preterir, al contrari a la que tradicionalment s’utilitzava, la qual tenia una de diversa, arribant a distingir en un únic article la preterició de caràcter formal i la de caràcter material. De l’art. 451-16 en resulta únicament una noció material i així s’entén que és preterit aquell “a qui el causant no ha fet cap atribució en concepte de llegítima o imputable a aquesta i que tampoc no ha estat desheretat”.

Per tant, el precepte deixa de banda qüestions formals històriques, que requerien la <<menció>> o <<nomenament>> del legitimari al testament i es centra en l’omissió material.⁹⁴ L’article 367 CS, que és l’últim precedent, encara combinava ambdós criteris.⁹⁵ Ara bé, segons alguns autors “encara que de la seva literalitat no sembla contemplar-se la preterició formal, és obvi que el legitimari omès al testament no rep cap atribució en concepte de llegítima en ell, de tal manera que a menys que hagi rebut en vida del causant la llegítima, la preterició es dona igualment”⁹⁶

3.-La preterició intencional i la preterició errònia

a) Concepte.

La primera vegada que apareixen les dues modalitats de preterició a un text legal és a la CP de 1955, i que després també n’acabaran fent referència les posteriors. L’art. 451-16 CCCat no és l’excepció; a l’apartat primer per parlar d’intencional – encara que no apareix mencionada com a tal-⁹⁷ i al segon per parlar de errònia.⁹⁸ El fet de no aparèixer

⁹³ Del Pozo Carrascosa, Pedro; Vaquer Aloy, Antoni; Bosch Capdevila, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. 2ª edición: Madrid, 2013. Editorial Marcial Pons. Pp. 410. 978-84-15948-12-4.

⁹⁴ A mode d’exemple: art. 141 deia “Es preterido el legitimario cuando no ha sido mencionado en el testamento de su causante”.

⁹⁵ però també el art. 367 CS “Es preterit el legitimari no esmentat en el testament del seu causant”, etc.

⁹⁶ Del Pozo Carrascosa, Pedro; Vaquer Aloy, Antoni; Bosch Capdevila, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. 2ª edición: Madrid, 2013. Editorial Marcial Pons. Pp. 410. 978-84-15948-12-4.

⁹⁷ Art. 451-16.1 “Es preterit el legitimari a qui el causant no ha fet cap atribució en concepte de llegítima o imputable a aquesta i tampoc no ha estat desheretat”

⁹⁸ Art. 451-16.2 “Si el legitimari és un descendent del causant que ha nascut o ha esdevingut legitimari després d’haver-se atorgat el testament o descendent l’existència del qual el causant ignorava en el moment de testar”

esmentada com a tal ja era així a la CDCC i CS, però no a l’art. 299 del PCDCC que deia que “*la preterición será intencional cuando responda a la voluntad del testador de excluir de la legítima al legitimario preterido*”. Segons LAMARCA el rebuig de la llei a referir-se a preterició intencional es pot explicar perquè “el dret vigent no cal presumir aquesta voluntat d’excloure el legitimari del seu dret, ja que no existeix cap obligació d’esmentar-lo al testament, resultant el dret a la llegítima directament de la llei”. I per contra es diu que “sí té sentit mantenir el terme de preterició errònia, perquè aquí es tracta d’un defecte de la voluntat del causant, per bé que objectiu, que atorga testament ignorant l’existència de legitimaris”.⁹⁹ De totes maneres, en tots dos casos hi hauria una valoració subjectiva de l’omissió en què ha incorregut el causant sobre els legitimaris.

Si parlem de la preterició errònia, en dret català es diu que té una doble vessant, la subjectiva i l’objectiva.¹⁰⁰ Hi ha haurà ommissió objectiva si el testador abans de tenir fills, o que aquests siguin legitimaris, fa testament. En canvi, hi haurà ommissió subjectiva quan en el moment d’atorgar testament ignorava l’existència d’un fill que ja havia nascut. El cas més comú en dret civil català és, però, atorgar testament abans de tenir fills, i per això, com veurem més endavant, existeixen una sèrie de clàusules generals per evitar la preterició. En tots dos casos, l’errònia es determina temporalment al moment d’atorgar testament, sent irrellevant el que succeeixi amb posterioritat.

b) Els seus efectes.

Segons disposa l’article 451-16.2 la preterició errònia té l’efecte de que “*es declaren ineficaços el testament, i si escau, els codicils atorgats pel causant*”, en canvi la intencional té l’efecte de que “*el legitimari pot exigir allò que per llegítima li correspon*”. El CCCat disposa doncs, un nou efecte de la preterició errònia ja que l’art. 367 CS deia que aquesta (errònia) “*confereix al legitimari preterit acció per a obtenir la nul·litat del testament*”. Quin és el motiu d’aquest canvi?

⁹⁹ CASANOVAS, RCDGP, 2003-2, 281. En fa referència: Lamarca i Marqués, Albert; Egea i Fernández, Joan. Ferrer i Riba, Josep. *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona, 2009. Editorial Atelier. Pp.1384. 978-84-92788-11-8 (Volum II)

¹⁰⁰ Lamarca i Marqués, Albert; Egea i Fernández, Joan. Ferrer i Riba, Josep. *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona, 2009. Editorial Atelier. Pp.1386. 978-84-92788-11-8 (Volum II)

Si recordem ROCA TRÍAS, quan ens plantejava quin era realment el sentit d'establir l'efecte de declarar la nul·litat del testament, deia que l'acció que es “concedeix al legitimari preterit és la d'impugnació d'un testament vàlid ja que és una possibilitat que se li dóna, que pot no exercir-la” per tant realment “és impugnable per presumir-se l'existència d'un defecte en la voluntat del testador” ja que “si la impugnació no es produeix, llavors cessa la sospita i el testament produirà tots els efectes que li són propis”. I com a conseqüència del triomf d'aquesta acció s'obriria la successió intestada i el fill preterit serà declarat hereu universal del causant.

Ara, l'apartat 2 corregeix aquest <<efecte fort>>¹⁰¹ de la preterició errònia, preferint els efectes de la ineficàcia. La doctrina - diu GARRIDO - ja va posar de manifest que els casos de preterició errònia que donen lloc a la impugnació de les disposicions successòries no poden enquadrar-se dins de la categoria de la <<nul·litat>>, sinó més aviat de la <<impugnabilitat>>¹⁰². La causa d'ineficàcia es deu a supòsits de fet externs aliens en sí al testament i, en principi posteriors al mateix. És per això que l'art. 451-16 ara parla de <<esdevé ineficaç>> i no de <<esdevé nul>>.

En relació a la preterició errònia són susceptibles d'ineficàcia tots els testaments atorgats abans de tenir fills el causant. Excepcionalment podrà donar-se també en aquells casos en què el testador ja els tingués, però ignorava la seva existència, o els descendents que esdevenen legitimaris amb posterioritat.¹⁰³ En aquest últim cas, podríem entendre que fa referència als néts¹⁰⁴, però segons LAMARCA aquets són aquells que comprendrien els de reclamació de la paternitat i els fills adoptius.¹⁰⁵ En relació als primers, queda sanejada en establir l'excepció c) “si la relació de filiació en virtut de la

¹⁰¹ Atendiendo a los efectos de la preterición, nos encontramos con dualidad de efectos, los llamados con el nombre de <<efecto débil>> y <<efecto débil>> [...] El denominado <<efecto fuerte>> solo tenía lugar, además de cuando se trataba de descendientes, cuando se tratase de una preterición denominada no intencional [...] el texto definitivo sigue comprendiendo casos de <<efectos fuertes>> de la preterición, es decir, de efectos que pueden llegar a destruir la planificación sucesoria verificada por el causante, e incidentalmente nos define qué entiende por preterición errónea. Garrido Melero, Martín. Derecho de Sucesiones. *Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. 2a.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009. 967 pp 971. 978-84-9768-669-3 (Tomo II)

¹⁰² Garrido Melero, Martín. Derecho de Sucesiones. *Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. 2a.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009. 967 pp 971. 978-84-9768-669-3 (Tomo II)

¹⁰³ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 10 d'abril de 1995, RJ 7988.

¹⁰⁴ En aquests supòsits LAMARCA entén que si bé es tracta de qualsevol descendent, només la del fill dóna acció per a impugnar el testament, ates que els altres descendents ho són només per dret de representació i, l'apartat 3 els dóna legitimació activa exclusivament pel cas en què la tingués el representant, i no per preterició errònia

¹⁰⁵ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 21 de desembre de 1993, RJ 8141

qual hom esdevé legitimari ha quedat legalment determinada després de la mort del causant”. Pel que fa al supòsit dels adoptats, atès que la determinació de la filiació no és sobrevinguda – perquè sobrevinguda seria el cas d’un descendent biològic la filiació del qual encara no ha estat determinada –, la preterició errònia no s’hauria d’excloure. Segons ROCA TRÍAS, un cop produïda la seva equiparació amb la filiació per naturalesa s’admetria la possibilitat d’efectes invalidants del testament per preterició errònia en cas de filiació per adopció.

Des del nostre punt de vista, creiem que el CCCat ha estat encertat en establir que el legitimari preterit tingui l’acció d’ineficàcia, i no la de nul·litat com feien els altres precedents com el CS. Si tenim en compte que la preterició errònia, art. 451-16.2, està protegint la voluntat presumpta del causant, és més raonable que com a molt tingui l’acció declarativa d’ineficàcia ja que altrament podria produir-se una modificació sobrevinguda dels fonaments del negoci - que en aquest cas seria el testament- .¹⁰⁶ El mateix punt de vista adopta LAMARCA que diu que el Llibre quart “ja comptava amb antecedents no prou ben resolts, tant en l’art. 141 CDCC, com en la versió de l’art. 141 reformat per la Llei 13/1984 i l’art. 139 reformat per la Llei 8/1990”.

Per últim, en quan a la preterició intencional únicament dir que a l’ igual que ja ho feien els anteriors precedents, és tractaria de qualsevol altra preterició, és a dir, la dels pares, i la dels fills o descendents l’existència del qual ja era coneguda pel causant i a la vegada eren ja legitimaris al moment d’atorgar el testament.¹⁰⁷ A mode d’exemple, en un cas de SAT de 3 d’octubre de 1986¹⁰⁸, es discutia el tema de la preterició intencional i errònia presentant els dos tipus de preterició: El cas tractava d’un home que havia fet testament davant del mossèn¹⁰⁹ en el que instituïa hereu al seu fill, sense mencionar per a res a la seva altra filla, i havent tingut posteriorment 3 fills més. Aquest tribunal el que va fer va ser declarar que havia preterició intencional respecte la filla, i errònia respecte

¹⁰⁶ FIGA, RJC, 1970, 108.

¹⁰⁷ Del Pozo Carrascosa, Pedro; Vaquer Aloy, Antoni; Bosch Capdevila, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. 2ª edición: Madrid, 2013. Editorial Marcial Pons. Pp. 410. 978-84-15948-12-4.

¹⁰⁸ SAT de 3 d’octubre de 1986 (ponent: Luis María Días), RJC 1987 I. Garrido Melero, Martín. *Derecho de Sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. 2a.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009. 967 pp 969. 978-84-9768-669-3 (Tomo II)

els altres tres fills ja que segons deia aquests 3 són “una verdadera falta de voluntad del testador elevat a la categoria de presumpció *iuris et de iure*”.

4.-Excepcions de la preterició errònia

La primera excepció que trobem a la tradició jurídica catalana és la que va concedir el Rei Pere III als ciutadans de Barcelona, on establí que no es pogués anular un testament en el que es fes menció de les persones que per dret comú havien de ser instituïdes. Amb això, evitava que donés lloc a una invalidació del testament en alguns casos especials.¹¹⁰

Després no és fins la CDCC de 1960 que apareix una excepció específicament per la preterició errònia¹¹¹, i serà amb el CS que per primera vegada es recullin totes de forma numèrica, art. 367.3 CS. El CCCat estableix 3 excepcions: a) la del cònjuge ; b) la del hereu únic; i c) quan la filiació ha quedat legalment determinada després de la mort causant.

- a) Si el causant ha instituït hereu únic, en tota l’herència, el cònjuge o el convivent en parella estable (art. 451 -16.2. a) CCCat).

Aquesta excepció va ser introduïda per la Llei 13/1984, de 20 de març que va modificar la Compilació de 1960 establint que es deixava d’aplicar la sanció de la nul·litat total del testament en els supòsits que “*els instituïts hereus fossin el cònjuge o els descendents del testador*”.

Quan es va modificar l’art. 141, de tal forma que va a passar a ser el CS, l’art. 367 CS va recollir aquesta excepció de la preterició errònia, i ho feia dient que “*Si l’instituït ho és en tota l’herència i es tracta del cònjuge o només d’un fill o només d’un descendent*

¹¹⁰ Veure pàg. 9: <<... tal testamento u otra cualquiera última voluntad, no sea ni pueda citarse nulo o nula, ni pueda anularse, aunque sean preteridas o desheredadas las personas que según <<*iure communi*>> se tuvieran que instituir y a aquellas que deben citarse, los que quede protegido su derecho sobre legitima, excepto que fueran justamente preteridas y también desheredadas...>>; també Garrido Melero, Martín. Derecho de Sucesiones. *Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. 2a.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009. 972 pp 969. 978-84-9768-669-3 (Tomo II)

¹¹¹ Art. 141.4: El descendiente del causante que resulte ser legitimario por derecho de representación y resulte preterido según las normas anteriores, no tendrá derecho a ejercitar la acción por preterición errónea, si no hubiese podido ejercerla su representado de haber sobrevivido al causante.

ulterior del testador, si, en atorgar-se el testament, aquest tenia més d'un fill o almenys un fill i una estirp de fill premort”.

Aquesta primera excepció de l'art. 367 CS si ens fixem recull també la que és la b) de l'article 451-16 CCCat. El fet de regular-ho en dos excepcions diferents avui dia té la seva raó de ser. El text de 1990 posava en dubte si s'havia d'entendre que el requisit de que el testador tingui en el moment d'atorgar testament més d'un fill o, al menys, un fill i una estirp de fill premort, es referia tant sols al segon supòsit (quan l'instituït en tota l'herència és un fill o descendent ulterior del testador) o als dos (el mencionat i el que l'instituït en tota l'herència és el cònjuge del testador)?

Segons GARRIDO, la interpretació més lògica que es podia fer en aquest precepte, i que ara ha sigut confirmat pel CCCat, és considerar que l'exigència d' *“un fill o almenys un fill i una estirp de fill premort”* només podia aplicar-se al primer supòsit ja que “la pràctica notarial catalana ens demostra contínuament que lo habitual a Catalunya és que els cònjuges s'institueixin hereus mútuament i després cridin als fills com a SV”. A més a més, continua l'autor, degut a què quan diu *“un fill o almenys [...]”* està pensant en dos o més fills, el preterit i el instituït, mentre que en cas del cònjuge en tot cas pot existir un sol preterit (o preterits).

Per tant, si es té en compte que als testament catalans es sol designar hereu al cònjuge o parella de fet havent-hi fills no podem considerar que la preterició errònia doni lloc a la nul·litat ja que aniríem en contra de la voluntat del testador. La pregunta que ens planteja GARRIDO, i que pot ser interessant discutir és: per què no s'introdueix una excepció quan es crida a un estrany, havent altres fills? Segurament la resposta sigui perquè el dret de successions és un dret formal, en la que la voluntat del causant té que expressar-se necessàriament a través d'uns tipus i d'uns models a seguir configurats per l'ordenament jurídic. Per tant, “abans de debatre sobre l'eficàcia o ineficàcia d'una disposició d'última voluntat és precís acudir a observar el catàleg previst per la llei”¹¹²

Aquesta excepció com veiem no fa cap referencia ni distinció si el causant ha instituït hereu únic al cònjuge i a la vegada hi ha fills o si l'ha instituït hereu i no n'hi ha. Si bé és

¹¹² Garrido Melero, Martín. Derecho de Sucesiones. *Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. 2a.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009. 967 pp 969. 978-84-9768-669-3 (Tomo II)

cert que l'argument utilitzat és la simple tradició jurídica catalana, no se'ns diu quina és aquesta tradició.

En relació al supòsit que a la vegada hi ha fills personalment creiem que aquesta tradició és la de deixar com hereu al cònjuge i a la vegada substituïts vulgars o fideïcomisos als fills. En alguns supòsits inclús el desheretament dels fills i la institució exclusiva del cònjuge passaria per evitar una successió intestada, en la que els fills - menors d'edat - no haguessin pogut administrar els béns fins assolir la majoria d'edat, poden quedar el cònjuge supervivent sense propietats ni diners per a mantenir aquests. Així, la institució del cònjuge permetria que en cas de mort del causant, i mentre que els fills fossin menors d'edat, els béns privatis o comuns d'ambdós poguessin ser administrats efectivament fins l'assoliment de la majoria d'edat dels fills, on una posterior modificació del testament segurament deixarien aquests com a SV.

I si no hi ha fills, tampoc ens semblaria rellevant que l'article hi fes referència ja que entenem que en el moment que aquests tinguin descendència podran modificar el testament. Altra cosa serà que aquests, tot i coneixent que tenen descendència i passat un termini raonable de temps, no modifiquessin el testament.

- b) Si el causant ha instituït hereu únic, en tota l'herència, un fill o un altre descendent i en el moment d'atorgar testament tenia més d'un fill o almenys un fill i una estirp de fill premort (art. 451-16.2.b) CCCat).**

Si defensem la postura anterior, si s'institueix a un fill en tota l'herència tampoc podríem considerar que la preterició errònia doni lloc a la nul·litat. En aquest sentit el testador haurà preferit a un fill davant d'altre, i per tant, si declaréssim la nul·litat aniria en contra la seva voluntat.

És essencial que per tal d'excloure la preterició – diu el STSJC- “en el moment d'exposar la seva voluntat testamentària, el testador coneixia de l'existència de la pluralitat de descendents”.¹¹³

¹¹³ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 10 de setembre de 2012, en fa referència Del Pozo Carrascosa, Pedro; Vaquer Aloy, Antoni; Bosch Capdevila, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. 2ª edición: Madrid, 2013. Editorial Marcial Pons. Pp. 412. 978-84-15948-12-4.

Per tant, es pot dir que la finalitat de protecció de la regla de la preterició errònia decau, ja que si el causant ha deixat clar i constància de la seva voluntat de fer-ne hereu només un d'ells, no tindrà sentit protegir els eventuais legitimaris que puguin néixer. Així doncs, la presumpció *iuris et de iure* aquí no concorrerà.¹¹⁴

- c) Si la relació de filiació en virtut de la qual hom esdevé legitimari ha quedat legalment determinada després de la mort del causant (art. 451-16.2.c) CCCat).

Ens trobem en el supòsit el qual la filiació es determina legalment amb posterioritat de la mort del causant quant aquest ja havia fet testament. En aquest cas però, el causant – a diferencia que en la resta de casos – no va tenir ni tant sols possibilitat de modificar el testament “*per molt que tingués coneixement de la gestació o hagués autoritzat la fecundació assistida post mortem*”.¹¹⁵ En un principi aquest article recull els supòsits dels anomenats fills pòstums, però també aquells casos de determinació judicial de la filiació, en els quals el causant no s’hi hagi pogut pronunciar personalment en forma d’oposició, ja que s’ha iniciat el procés després de la seva mort.

La pregunta que ens hem de plantejar és sí es considera realment que un dels legitimaris, que ha quedat legalment determinada la filiació després de la mort del causant, pot ser els anomenats fills pòstums? Per respondre a aquesta pregunta exposarem les dues posicions doctrinals oposades, la primera de LAMARCA i la segona de ROCA TRIAS.

El primer d’ells, LAMARCA, exposa que “aquest cas inclou els fills pòstums, el qual era un dels que històricament fonamentaven els efectes de la preterició errònia” i continua “per determinació legal de la filiació cal entendre tota determinació de la filiació, inclosa, la dels fills nascuts amb posterioritat a la mort del causant, els anomenats pòstums, i no només la filiació que resulta d’un plet de reclamació de la filiació”.¹¹⁶

¹¹⁴ Puig Salellas, Terceres Jornades de Tossa, 1985, 219. En fa referencia :Lamarca i Marqués, Albert; Egea i Fernández, Joan. Ferrer i Riba, Josep. *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona, 2009. Editorial Atelier. Pp.1386. 978-84-92788-11-8 (Volum II)

¹¹⁵ Article 92 és l’antic Codi de Família, Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família (vigent fins l’1 de gener de 2011) que ara és l’actual art. 235-7 del CCCat.

¹¹⁶ Lamarca i Marqués, Albert; Egea i Fernández, Joan. Ferrer i Riba, Josep. *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona, 2009. Editorial Atelier. Pp.1389. 978-84-92788-11-8 (Volum II)

Per altra banda, ROCA TRIAS, la restringia als supòsits en què la filiació s’hagués de determinar a través de l’exercici d’accions.¹¹⁷ Segons l’article 9.2 CF¹¹⁸, en el supòsit que tractem no només inclouria els fills de fecundació assistida *post mortem*, sinó que també s’inclou el del consentiment per a adoptar després de la mort del causant.¹¹⁹

Si bé el supòsit dels pòstums no es contemplava com excepció a la CDCC, per tan llavors donava lloc a la nul·litat, amb el CS s’establia que “*si el preterit és una persona que és declarada descendent del causant després de la seva mort*” no dóna lloc a preterició errònia. Aquesta és la primera vegada, després de la modificació del CDCC a través de Llei 13/1984, que apareix tal excepció i segurament sigui aquest el sentit que s’ha volgut continuar donant a l’actual CCCat. I és que quan es diu “declarar”, no necessàriament ha de ser a través de via judicial, així, quan es diu al CCCat “*legalment determinada*” poden sorgir dubtes de la finalitat d’aquesta. Segons el nostre punt de vista, tot i que pensem que el significat sigui la de no declarar preterició respecte els fills pòstums, no defensem aquesta posició tan rígida, doncs semblaria injust no declarar preterició errònia respecte un fill que ha nascut 3 dies després de la mort del causant, o la mare del qual ha mort al part. Està clar que en els dos exemples ha sigut impossible modificar el testament a temps i així evitar la preterició, tot i que la filiació quedés “legalment determinada” després de la mort del causant.

5.-La preterició errònia i el dret de representació (art. 451-16.4 CCCat).

L’apartat 3 de l’art. 451-16 CCCat estableix que “*el legitimari per dret de representació només pot exercir l’acció de preterició errònia si el representat, en cas d’haver sobreviscut al causant, ho hauria pogut fer*”, i d’aquesta manera el nés podran instar la ineficàcia del testament. És a dir, que si el fill premort al causant i la filiació va ser determinada amb posterioritat d’atorgar l’última voluntat, si han sobreviscut fills

¹¹⁷Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. Pp 206. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)

¹¹⁸ Article 92 és l’antic Codi de Família, Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família (vigent fins l’1 de gener de 2011) que ara és l’actual art. 235-7 del CCCat.

¹¹⁹ CASANOVAS, RCDP, 2003 -2, 284 i ROCA TRIAS, Instituciones, III, 7a, ed., 2009, 551. Ho cita així marca i Marqués, Albert; Egea i Fernández, Joan. Ferrer i Riba, Josep. *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona, 2009. Editorial Atelier. Pp.1389. 978-84-92788-11-8 (Volum II)

legitimaris al premort – i el causant a la vegada no va canviar el testament – llavors aquests nés podran exercir l’acció en nom del pare.¹²⁰

Aquesta excepció va aparèixer per primera vegada al text original de la CDCC de 1960 el qual deia “*el descendiente del causante que resulte ser legitimario por derecho de representación y que resulte preterido según las normas anteriores, no tendrá derecho a ejercitar la acción por preterición errónea, si no hubiese podido ejercerla su representado de haber sobrevivido al causante*”. Més tard amb la reforma 8/1990 es canvia la redacció de l’articulat i parla de “*en aquest cas, hom pot demanar la nul·litat del testament si el representant ha sobreviscut al causant i no ha pogut exercitar l’acció*”. Tots tres semblen dir el mateix, tot i que explicat de diferent forma.¹²¹

Per què l’art. 451-16 no recull l’apartat 3 com una de les excepcions de l’apartat 2? Si analitzem el tercer apart. ens diu que sí que podrà haver-hi preterició errònia amb els nés (també descendents del causant), però en canvi no podran exercir l’acció d’impugnació en nom seu. Entenem que no poden exercir l’acció d’impugnació perquè diu en cas que “*el representat*”, és a dir el premort, “*ho hagués pogut fer*”. Per tant qui ha d’haver estat preterit per poder impugnar l’eficàcia ha d’haver sigut el premort i no el nét.

6.-El llegat simple de llegítima i preterició errònia i les clàusules genèriques de llegítima (art. 451-16.4 CCCat).

Tot i que no hi ha gaire jurisprudència al respecte, sí que és veritat que la pràctica notarial catalana és bastant habitual que es redactin segones o terceres clàusules del estil: <<*que lega a sus hijos la legitima que le corresponda con arreglo a derecho*>>, <<*lega, a quien pudiere corresponder con arreglo a derecho, sus derechos legitimarios*>>.¹²²

Aquestes clàusules no solen incloure cap referència nominal i per tan és genèric en favor de qui arribi a ser legitimari. Segons GARRIDO, que exerceix la funció de notari,

¹²⁰ Lamarca i Marqués, Albert; Egea i Fernández, Joan. Ferrer i Riba, Josep. *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona, 2009. Editorial Atelier. Pp.1389. 978-84-92788-11-8 (Volum II)

¹²¹ Garrido Melero, Martín. *Derecho de Sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. 2a.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009. 967 pp 969. 978-84-9768-669-3 (Tomo II)

aquestes fórmules presenten molts avantatges ja que no s'entrà a especificar quina és la porció legitimària que correspondria als fills.¹²³

Anteriorment les clàusules de reconeixement de llegítima no tenien cap eficàcia en termes de cautela en prevenció de la preterició errònia, tret d'un cas - que ja vam comentar- el qual es va fer testament deixant la llegítima quan el causant coneixia de la gestació del legitimari. Ara l'art. 451-16.4 estableix que “*El simple reconeixement genèric del dret de llegítima a qui correspongui o l'atribució d'un llegat simple de llegítima no exclou el dret dels legitimaris a exercir l'acció de preterició errònia*”, per tant el que fa es resoldre el tema de les clàusules genèriques a favor de tots els fills, com *p.ex* en aquelles clàusules que diguessin <<deixa per llegítima a qui correspongui>> o << quantes persones poguessin acreditar la llegítima>>. Això vol dir que indirectament s'accepten les clàusules individualitzades o específiques. El que no deixa clar l'art. és què es considera per no genèric. Serviria una clàusula del tipus <<llego al meu primer fill la llegítima que li correspongui” per evitar la preterició errònia? O en cas contrari caldria nombrar expressament el nom del fill, del qual no sabem el nom?

Al Capítol anterior vàrem comentar algun cas com *p.ex* aquell en el que es¹²⁴va inadmetre la demanda de l'actora, filla pòstuma que va néixer després del suïcidi del testador, perquè el tribunal interpretava que la clàusula <<*lega a dicha futura descendencia legitima, o a quien pudiera acreditarla, la legitima correspondiente*>> no hi havia preterició formal donat que el pòstum és mencionat al testament de manera tan precisa com llavors era possible fer-ho al moment d'atorgar testament, i tampoc hi ha preterició material, ja que s'ha atribuït la llegítima corresponent.

Un altre exemple de preterició errònia es donaria en el següent supòsit: El causant va atorgar testament quan tenia 20 anys i era solter, abans de marxar cap a l'estranger, instituint hereva a la seva mare. Després de guanyar molts diners, va retornar a Catalunya i va contraure matrimoni del qual van néixer 3 fills. No va atorgar nou testament. Si seguim la interpretació de l'art. encara que el testament tingues un llegat simple de llegítima << a favor de qui acrediti ser legitimaris>>, com no contempla individualment

¹²³ Garrido Melero, Martín. Derecho de Sucesiones. *Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. 2a.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009. 967 pp 975. 978-84-9768-669-3 (Tomo II)

¹²⁴ Veure pàgina 48 relatiu 2.5.2.- Concepte de preterició

als seus fills, i no escull a un hereu únic que sigui la seva dona o un dels seus fills, el testament podria ser declarat ineficax per preterició errònia.¹²⁵

7.-La caducitat de l'acció d'impugnació (art. 451-16.5 CCCat).

L'apartat cinquè sotmet l'exercici de l'acció d'impugnació del testament o codicil a un termini de caducitat de 4 anys en cas que hi hagi preterició errònia. Hi ha notables diferències respecte l'anterior precepte que contemplava la preterició de legitimari: la primera, perquè el CS parlava de prescripció i no de caducitat; la segona perquè el termini s'escurça 1 any respecte els 5 que marcava l'art. 378.2 del CS¹²⁶; i per últim perquè no es deia expressament - cosa que s'havia d'intuir - que també implicava la nul·litat del codicil.¹²⁷

En relació a la primera diferència, l'actual regulació parla de caducitat de quatre anys, que és la general al Llibre quart en matèria de llegítima. Aquesta acció d'ineficàcia per causa de preterició errònia només es pot exercir “a instància del legitimari preterit, en els casos que estableix l'article 451-16.2”¹²⁸ i és susceptible de renúncia tàcita o per actes concloents¹²⁹ segons el que disposa l'article 422-3.3.¹³⁰¹³¹

En relació al termini, que ara és de 4 anys, els dies *ad quo* - és a dir quan comença a comptar el termini de caducitat - és dona a partir de la mort del testador i no des que el

¹²⁵ Del Pozo Carrascosa, Pedro; Vaquer Aloy, Antoni; Bosch Capdevila, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. 2ª edició: Madrid, 2013. Editorial Marcial Pons. Pp. 413978-84-15948-12-4.

¹²⁶ Art. 378.2 CS: L'acció per a demanar la nul·litat del testament per causa de preterició errònia i la reducció o la supressió de disposicions inoficioses prescriuen al cap de cinc anys a comptar de la mort del causant.

¹²⁷ Els articles 126, 367 i 378.2 CS només feien referencia a la nul·litat del testament per preterició errònia, sense fer cap esment al codicil.

¹²⁸ Article 422-7. Ineficàcia per preterició errònia.- 1. El testament pot esdevenir ineficax per causa de preterició errònia, a instància del legitimari preterit, en els casos que estableix l'article 451-16.2.

¹²⁹ Article 422-7. Ineficàcia per preterició errònia.- 2. És aplicable a l'acció de preterició el que estableix l'article 422-3.3.

¹³⁰ Article 422-3.3. Acció de nul·litat. - 3. No poden exercir l'acció de nul·litat les persones legitimades que, coneixent la possible causa de nul·litat, admeten la validesa del testament o de la disposició testamentària després de la mort del testador, l'executen voluntàriament o renuncien a l'acció.

¹³¹ Lamarca i Marqués, Albert; Egea i Fernández, Joan. Ferrer i Riba, Josep. *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona, 2009. Editorial Atelier. Pp.1392. 978-84-92788-11-8 (Volum II)

legitimari podia conèixer raonablement la mort del testador. Per tant, la regla de l' article 122-5-1¹³² no s'aplica ja que la de l'art. 451-16 és més específica.

8.-La nul·litat dels codicils i pactes successoris

Per últim, en relació a l'esment del codicil, encara que al CS no es digués, també implicava la nul·litat de tots els codicils i memòries testamentaries. Aquest esment nou al codicil “planteja l'oportunitat d'estendre els efectes de la preterició errònia als casos en què el causant no ha atorgat testament i només un o més codicils, i ha deixat la seva successió universal a allò que preveu l'abintestat. En aquests supòsits excepcionals, i d'acord amb la inclusió expressa del codicil, es pot sostenir que el fonament objectiu temporal de la preterició també es donarà”. A més a més de l'argument objectiu “s'afegeix el fonament institucional que l'objecte de la impugnació no és només de la institució d'hereu en testament, sinó que aquest esdevé ineficaç en tota la seva integritat, sense que operi la clàusula codicil·lar implícita (art. 422-6)”.¹³³ Es pot sostenir, però, que “l'incís <<si escau>> de l'apartat 2 indica que el codicil haurà de complementar un testament anterior, i també que en cas de successió intestada l'efecte de la preterició no es donarà perquè el fill esdevindrà hereu”¹³⁴. Per tant es pot dir que el defecte de voluntat existirà igualment perquè el causant ha ordenat el codicil amb el fonament que no tenia fills que després sobrevindrà.

Pel que fa als pactes successoris, amb el dret tradicional català s'entenia que si s'elegia pel principi de primogenitura comportava que s'excloguessin els efectes de la preterició errònia. Segons RIBOT “el fonament del pacte d'institució universal del fill primer implicava assumir la possibilitat del naixement d'altres fills, els cabalers, que no arribarien mai a ser hereus. Per tant, abans no tenia sentit preveure la nul·litat del pacte

¹³² Article 122-5. Càmput del termini i preclusió.- 1. El termini de caducitat s'inicia, si no hi ha normes específiques, quan neix l'acció o quan la persona titular pot conèixer raonablement les circumstàncies que fonamenten l'acció i la persona contra la qual es pot exercir. En tot cas, s'aplica també a la caducitat el que disposa l'article 121-24 en matèria de preclusió.

¹³³ Lamarca i Marqués, Albert; Egea i Fernández, Joan. Ferrer i Riba, Josep. *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona, 2009. Editorial Atelier. Pp.1392. 978-84-92788-11-8 (Volum II)

¹³⁴ Lamarca i Marqués, Albert; Egea i Fernández, Joan. Ferrer i Riba, Josep. *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona, 2009. Editorial Atelier. Pp.1392. 978-84-92788-11-8 (Volum II)

per preterició errònia. Avui dia, el principi de primogenitura ja no n'és fonament, però tot i així els pactes successoris no poden ser impugnats per preterició errònia.

CONCLUSIONS

L'objectiu principal d'aquest treball era fer un estudi jurídic del conjunt de preceptes de la figura de la preterició en el Dret civil de Catalunya. Com a síntesi podem afirmar que l'actual regulació del CCCat té com el seu precedent principal el Privilegi de Barcelona concedit per Pere III.

El concepte de preterició a la tradició jurídica catalana va començar sent un d'estrictament formal, en el que es tenia com un mer <<dret a ser mencionat>> i, on la preterició material ens l'havíem d'intuir quan parlava “d'atribuir”. A la vegada tampoc apareixia diferenciada la preterició intencional de l'errònia fins el Projecte de Compilació del 1955, cosa que obligava a concebre la preterició com un concepte merament formal al tractar-se d'un “oblit o omissió del legitimari al testament”. Ambdós formes d'entendre la preterició tenen com a conseqüència l'acceptació d'un únic efecte a la preterició (la nul·litat), cosa que comportava que els fills pòstums sempre fossin preterits, sent considerats aquests efectes excessius i possiblement contraris a la voluntat del testador, que veuria com el testament seria nul i deixava oberta la successió intestada.

Poc a poc el Privilegi de Barcelona acabava agafant més força als posteriors textos, i paral·lelament apareixen noves formes de concebre la preterició, encaminada a configurar els efectes de la preterició a la mera protecció de la llegítima, únic límit a la llibertat de testar del testador. Aquestes noves formes es mostraven en entendre la preterició, ja no com un concepte estrictament formal sinó també material, i diferenciava la figura de la preterició intencional de l'errònia. Aquests dos canvis comportaren a la vegada que s'hagués d'establir un nou efecte a la preterició i a la vegada reduir les conseqüències del que ja hi havia; així es va determinar que per preterició intencional únicament es podia reclamar el que per legitima correspongués, i per preterició errònia es donava la possibilitat de impugnar la ineficàcia del testament. Com veieu aquests dos efectes són els mateixos que recollia la regulació especial de Barcelona, on únicament cabia declarar la nul·litat de la disposició d'hereu en cas de preterició errònia de pòstums i deixant la de reclamar en la resta de casos. Per tant, pensem que tan els efectes, la forma de concebre el concepte, i els tipus de preterició estan directament relacionades i la modificació d'una d'elles comporta també la de les altres.

Per últim, en quant a la regulació actual del CCCat considerem que algunes qüestions podrien ser més clares. Per una banda, la lletra c) de l'apartat segon estableix que s'exceptuen els efectes de declarar la ineficàcia el testament “*si la relació de filiació en virtut de la qual hom esdevé legitimari ha quedat legalment determinada després de la mort del causant*”, sense aclarir si per “*legalment determinada*” significa que ha de ser necessàriament declarada judicialment per una causa de reclamació de paternitat o també s'ha de reconèixer als pòstums perquè ha quedat “*declarat*” en posterioritat del causant. Entenem que hauria d'ésser únicament la judicialment declarada ja que no semblaria just englobar en aquest supòsit al fills pòstums; *p.ex* si neix hores després de morí el testador. Així mateix tambéensem que s'hauria de determinar un termini de temps entre el naixement del fill i la possibilitat de modificar el testament i així evitar la futura preterició. Potser seria raonable determinar un període de temps no superior a 2 anys.

Per concloure, una altre qüestió un tant ambigua és l'apartat quart del mateix article ja que si bé diu que el “*simple reconeixement genèric a qui correspongui*” no exclou la preterició errònia, no ens diu com ha de ser el reconeixement individualitzat; si ha de contenir un nomenament específic o no.

BIBLIOGRAFIA

Llibres i articles doctrinals

- Borrell y Soler, Antonio M. *Derecho Civil vigente en Cataluña: Sucesiones por causa de muerte*. Segunda edición. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1944. Tomo Quinto.
- CASANOVAS, RCDGP, 2003-2, 281
- Del Pozo Carrascosa, Pedro; Vaquer Aloy, Antoni; Bosch Capdevila, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. 2ª edición: Madrid, 2013. Editorial Marcial Pons. 978-84-15948-12-4.
- Gesteira Alonso, C. Y Salvador Coderech, P., *La adopción en Cataluña*
- Garrido Melero, Martín. *Derecho de Sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. 2a.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009. 978-84-9768-669-3 (Tomo II)
- Jou i Mirabent, Lluís. *Comentaris al Codi de Sucesiones de Catalunya, Ley 40/1991, de 30 de diciembre*. Barcelona: abril 1994. Primera edició. Editorial: BOSCH, Casa editorial, SA. 84-7676-270-4 (Tomo II)
- Lamarca i Marqués, Albert; Egea i Fernández, Joan. Ferrer i Riba, Josep. *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona, 2009. Editorial Atelier. 978-84-92788-11-8 (Volum II)
- Mirambell i Abancó, Antoni ; Salvador Coderech, Pau. *Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*. Primera edició: setembre de 1995. 84-393-3594-6
- Rivero Hernández, F. *La filiación en el nuevo régimen de la familia*. Civitas. Madrid 1981.
- Roca Trias, Encarnación. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*. Madrid, 1982. Editorial revista de derecho privado. 84-7130-362-0 (Tomo XXVIII, vol 2º)
- Puig Salellas, Terceres Jornades de Tossa, 1985, 219

Pàgines web

- Correa Rojas, Karla; Algarra Bulla, Brandon Nicolás. *Instituciones Jurídicas Derecho Romano: Régimen de las Personas y Familia*. Editat 12 de març de 2013 [data consulta : 7-04-2016] <http://institucionesjuridicasderechoromano.blogspot.com.es/2013_03_01_archive.html>
- Diccionari de la llengua catalana, Institut d'Estudis Catalans. Segona edició. [data consulta: 12-04-2016] <<http://dlc.iec.cat/results.asp?txtEntrada=ap%E8ndix> >
- Gran Enciclopèdia catalana, SAU. Data de consulta : 19-4-2016. << <http://www.enciclopedia.cat/EC-GEC-0014237.xml> >>
- Notarios y Registradores. Madrid: 17 de novembre de 2007 [data de consulta: 25-4-2016] <<http://www.notariosyregistradores.com/web/>>
- Puig i Ferriol, Lluís. El Derecho Civil Catalán. [data de consulta 27-4-2016] <<file:///C:/Users/Marc/Downloads/13.El%20derecho%20civil%20catal%C3%A1n.pdf>>

Jurisprudència

- Sentència de la Sala de lo Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 1 d'octubre de 1991, RJ1992\3908.
- Sentència del TSJC de 21 de desembre de 1992, RJ 1993/2244.
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 21 de desembre de 1993, RJ 814.
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, núm. 12/1995 de 10 d'abril RJ/1995/7988.
- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 10 de setembre de 2012
- SAT de 3 d'octubre de 1986, RJC 1987 I

Legislació

- Novel·la 115 de Justinianeu.
- Privilegi de Barcelona concedit l'any 1339 per part del Rei Pere III als ciutadans de Barcelona.
- Constitucions i altres drets de Catalunya de les Corts de Tortosa de 1365.
- Memòria i Text articulat i redactat per Manuel Duran i Bas i publicada a Barcelona l'any 1883.
- El Projecte d'apèndix de 1930
- L'avantprojecte d'apèndix de les institucions de Dret civil català de 1931.
- Codi civil espanyol aprovat per Real Decret de 24 de juliol de 1889 (BOE núm. 206, de 25 de juliol de 1889).
- Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre Compilació del dret civil especial de Catalunya (BOE núm. 175, de 22 de juliol).
- Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, pel qual s'aprova el text articulat i refós de la Compilació del dret civil de Catalunya (DOGC núm. 465, i correcció d'errades DOGC núm. 494, de 14 de desembre).
- Llei 13/1984 de 20 de març que va modificar el text de l'article 141 CDCC (DOGC núm. 456, de 27 de juliol de 1984).
- Llei 8/1990, de 9 d'abril, de modificació de la regulació de la llegítima (DOGC, núm. 1280, de 18 d'abril de 1990).
- Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya aprovat per Llei 40/1991, de 30 de desembre (DOGC núm. 1544, de 21 de gener de 1992).
- Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família (vigent fins l'1 de gener de 2011) (DOGC núm. 2687 de 23 de juliol de 1998)
- Llei 10/2008, de 10 de juliol que deroga el Codi de successions (DOGC núm. 5175, de 17 de juliol).
- Llei 10/2008, del 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions (DOGC, núm. 5175, de 17 de juliol de 2008)

